

IL CONCORSO C.D. ANOMALO DI PERSONE: UNA NUOVA APERTURA GIURISPRUDENZIALE AL CRITERIO DELLA PREVEDIBILITÀ IN CONCRETO*

Nota a Cass., Sez. 1, 28 febbraio 2014 (ud. 19 novembre 2013),
n. 9770, imp. V.J.J.L. ed altro

Fabio Basile

ABSTRACT

La sentenza qui annotata – nel giudicare un caso in cui uno dei due coimputati si era prefigurato la commissione di un reato diverso (e meno grave) di quello commesso dall'altro complice – ravvisa un'ipotesi di c.d. concorso anomalo di persone, correttamente subordinando la responsabilità ex art. 116 c.p. ad una valutazione di prevedibilità in concreto del reato diverso, così aderendo ad un recente orientamento giurisprudenziale che interpreta il suddetto articolo in modo sostanzialmente conforme al principio di colpevolezza.

SOMMARIO

1. I fatti. – 2. I requisiti per l'applicazione dell'art. 116 c.p. – 3. La prevedibilità del reato diverso. – 3.1. Prevedibilità in astratto... – 3.2. ...o prevedibilità *in concreto*? – 4. Prevedibilità in concreto, colpa e principio di colpevolezza. – 4.1. La più recente giurisprudenza costituzionale sul principio di colpevolezza. – 5. Una colpa punita con la pena del dolo?

* Il presente contributo riproduce, con alcune lievi modifiche, una nota a sentenza pubblicata su *Giurisprudenza italiana*, maggio 2014.

1.

I fatti.

Nel corso di un litigio avvenuto nei pressi di una discoteca tra due gruppi contrapposti di equadoregni, Tizio sferra una coltellata a Caio mentre Sempronio trattiene Caio stesso per le braccia, mantenendo ferma la presa anche quando Tizio indugia nel ferire la vittima, rivoltandole il coltello nell'addome. Solo il provvidenziale, tempestivo intervento di un'autoambulanza scongiura la morte di Caio, che aveva riportato shock emorragico da lesione epatica ed emotorace.

Per tali fatti in primo e in secondo grado Tizio (l'esecutore materiale) e Sempronio (il suo complice) vengono condannati per tentato omicidio; in appello a Sempronio viene riconosciuta la diminuzione di cui all'art. 116 c.p.: ed è proprio sull'art. 116 c.p., che regola il c.d. "concorso anomalo" di persone nel reato, che intendiamo ora appuntare la nostra attenzione.

Il caso di specie ci presenta, in effetti, una 'classica' situazione di possibile concorso anomalo: in base alle risultanze processuali, infatti, Sempronio si sarebbe prefigurato il mero ferimento, o addirittura la semplice immobilizzazione della vittima, ma l'esecutore materiale Tizio ha realizzato un reato diverso (e più grave), ovvero un tentato omicidio. In presenza di quali requisiti possiamo applicare, in un caso del genere, l'art. 116 c.p.? Vediamolo in dettaglio nel prossimo paragrafo.

2.

I requisiti per l'applicazione dell'art. 116 c.p.

Ebbene, i requisiti necessari ai fini dell'applicazione dell'art. 116 c.p. sono generalmente individuati, anche dalla sentenza in commento, nei seguenti termini:

1) *la condotta di concorso del concorrente anomalo al "reato [da lui] voluto"*: e qui Sempronio, "bloccando con le braccia la vittima mentre era intenta a fuggire", ha senz'altro concorso alla realizzazione del fatto da lui voluto, vale a dire il ferimento o per lo meno l'immobilizzazione di Caio;

2) *il dolo del concorrente anomalo rispetto a tale "reato voluto"*: anche a questo proposito il caso di specie non solleva difficoltà particolari, tanto più che la sentenza in esame opportunamente rileva che ai fini della sussistenza del requisito in parola non è necessario alcun "previo concorso" con l'altro concorrente;

3) *la concreta realizzazione, da parte di altro concorrente, di un "reato diverso" rispetto a quello voluto dal concorrente anomalo*: qui il reato diverso da quello voluto da Sempronio, realizzato dall'altro concorrente Tizio, è l'omicidio, rimasto solo a livello di tentativo grazie al provvidenziale arrivo di un'autoambulanza;

4) *l'assenza di dolo da parte del concorrente anomalo rispetto a tale "reato diverso"*: dalle risultanze probatorie era emerso che Sempronio non aveva previsto l'omicidio, né aveva accettato il relativo rischio (con esclusione, quindi, in capo a Sempronio anche del dolo eventuale rispetto all'evento morte, la cui presenza avrebbe, invece, fatto scattare il "concorso pieno" ai sensi dell'art. 110 c.p.);

5) *la necessità che tale "reato diverso" sia coperto dal dolo di almeno uno degli altri concorrenti*: nella specie, fin dal giudizio di primo grado i giudicanti riconoscono sussistente il dolo omicidiario di Tizio;

6) *il nesso causale tra la condotta del concorrente anomalo e il "reato diverso" effettivamente realizzato*: a tal proposito la sentenza in esame opportunamente rileva che Sempronio ha "agevolato l'esecutore materiale, avendo continuato a tenere bloccata la vittima" anche mentre Tizio indugiava a rivoltare il coltello nell'addome del povero Caio;

7) *infine, la prevedibilità del reato diverso, effettivamente realizzato*¹, quindi, nella specie, la prevedibilità del delitto di (tentato) omicidio. Proprio su quest'ultimo requisito – il cui effetti-

¹ Per una più ampia descrizione dei sopraelencati requisiti – anche sulla scorta di riferimenti a dottrina e giurisprudenza – sia consentito rinviare a BASILE, *Commento all'art. 116 c.p.*, in DOLCINI, MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., Milano, 2011, 1619 segg. In tale scritto si segnala, peraltro, la necessità anche di un ottavo requisito per poter applicare l'art. 116 c.p.: la realizzazione del "reato voluto" dal concorrente anomalo almeno a livello di tentativo. L'illustrazione in questa sede degli argomenti a sostegno di tale opinione ci porrebbe, tuttavia, assai lontano dall'oggetto della presente nota, tanto più che nel caso di specie la sussistenza in fatto di tale (dogmaticamente controverso) requisito è indubbia.

vo contenuto, e le cui modalità di accertamento costituiscono, come è noto, l'aspetto più controverso e discusso dell'art. 116 c.p. – nella sentenza in esame rinveniamo alcune affermazioni assolutamente degne di nota, sulle quali conviene adeguatamente soffermarsi, non prima, però, di aver illustrato brevemente il dibattito in corso in dottrina e giurisprudenza sul punto.

3. La prevedibilità del reato diverso.

È noto, infatti, che nelle intenzioni del legislatore storico l'art. 116 c.p. avrebbe dovuto configurare un caso di *responsabilità oggettiva* secondo la logica del *versari in re illicita*²: ai fini dell'accollo della responsabilità al concorrente anomalo per il reato diverso da lui non voluto la lettera della legge si accontenta, infatti, della mera sussistenza del nesso causale tra la sua condotta e tale reato, senza affatto richiedere alcun collegamento di tipo soggettivo.

Ma già nel 1965 la Corte costituzionale, respingendo con una sentenza interpretativa di rigetto l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 116 c.p. per contrasto con l'art. 27 Cost., proclamava l'emancipazione di tale norma dal dominio della responsabilità oggettiva, ritenendo necessaria, ai fini della sua applicazione, la "presenza anche di un *coefficiente di colpevolezza*"³. Senonché a tale proclama non si accompagnava una più precisa indicazione del contenuto di tale coefficiente di colpevolezza, il quale veniva vagamente indicato, nelle parole della Corte, in una non meglio specificata relazione di prevedibilità logica: "il reato diverso o più grave commesso dal concorrente [deve] potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno *sviluppo logicamente prevedibile* di quello voluto"⁴.

3.1. Prevedibilità in astratto...

Proprio la vaghezza di quest'ultimo passaggio della sentenza costituzionale del 1965 ha così finito per autorizzare di fatto la giurisprudenza ordinaria successiva ad accontentarsi di una mera prevedibilità *in astratto* del reato diverso, vale a dire di una prevedibilità da accertarsi tramite un accostamento, fatto 'a tavolino', dei due modelli legali di reato – quello del reato voluto e quello del reato diverso –, senza bisogno di tener conto delle concrete modalità di realizzazione del caso di specie. Ai fini dell'applicazione dell'art. 116 c.p. si è, pertanto, a lungo ritenuta sufficiente la constatazione, basata su un confronto compiuto *in vitro* tra le due fattispecie incriminatrici, che dalla commissione del reato voluto si possa 'scivolare' nella commissione del reato non voluto⁵.

Così, ancora di recente, la Cassazione riconosce il concorso anomalo ogni qual volta il "reato diverso" costituisca "il logico sviluppo di quello concordato, sì da restare escluso solo qualora il diverso e più grave reato commesso dal concorrente consista in un evento atipico, del tutto eccezionale ed imprevedibile"⁶, o – detto con formula nella sostanza equivalente – "la possibile conseguenza della condotta concordata, secondo regole di ordinaria coerenza dello svolgersi dei fatti umani, non spezzata da fattori accidentali e imprevedibili"⁷.

In base a tale regola di giudizio, ad esempio, il 'palò' di un programmato furto, degenerato in rapina impropria, è stato ritenuto responsabile *ex art. 116 c.p.* del tentato omicidio commesso da uno degli esecutori materiali del furto/rapina ai danni di un agente di P.S. prontamente

² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, pt. gen.*, XVI ed., Milano, 2003, 582; MANTOVANI, *Diritto penale, pt. gen.*, VIII ed., Padova, 2013, 546; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, pt. gen.*, VI ed., Bologna, 2009, 522; GRASSO, in ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del c.p., vol. II*, IV ed., Milano, 2012, 260; MARINUCCI, DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, 464; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 126; PULITANÒ, *Diritto penale, pt. gen.*, V ed., Torino, 2013, 439; PALAZZO, *Corso di diritto penale, pt. gen.*, V ed., Torino, 2013, 510.

³ Corte cost. 42/1965, *GCost* 1965, 639.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cass. 18 maggio 1994, Bilardo, *GP* 1996, II, 757; Cass. 7 aprile 1990, Siviero, *RP* 1991, 658; Cass. 2 ottobre 1989, Loddo, *CP* 1992, 621; Cass. 9 dicembre 1985, Decembrino, *CED* 172644; Cass. 9 gennaio 1985, Carbone, *GP* 1985, II, 662; Cass. 20 maggio 1983, Cannas, *CED* 161409, *RP* 1984, 529.

⁶ Cass., Sez. I, 5 gennaio 2011 (ud. 3 dicembre 2010), P., n. 200.

⁷ Cass., Sez. I, 30 dicembre 2011 (ud. 19 maggio 2011), S., n. 48726; Cass., Sez. I, 23 settembre 2011 (ud. 18 marzo 2011), X., n. 34536.

intervenuto, “trattandosi [il tentato omicidio] di evento non imprevedibile né del tutto svincolato dal delitto di rapina, che determina pur sempre un grave pericolo per la vita del rapinato, portato, per impulso naturale, a resistere alla violenza e minaccia e a sperimentare qualsiasi mezzo per sottrarsi ad essa, sicché l’omicidio o il tentato omicidio deve ritenersi legato alla rapina da un rapporto di regolarità causale e può considerarsi un evento che rientra, secondo l’*id quod plerumque accidit*, nell’ordinario sviluppo della condotta delittuosa”⁸.

A ben vedere, tuttavia, questo orientamento non può essere condiviso perché *non* garantisce affatto il superamento della responsabilità oggettiva, in quanto la valutazione di prevedibilità risulta del tutto svincolata dalle peculiarità del caso concreto, e quindi dalla possibilità del concreto imputato di prevedere – sulla base di elementi desumibili dal caso di specie – il reato diverso commesso dai suoi complici: insomma, la prevedibilità astratta non può costituire un valido fondamento per un rimprovero autenticamente personale⁹.

In base al criterio della prevedibilità in astratto, ad esempio, poiché di regola *la* rapina può degenerare in omicidio, poco importa che nel caso concreto *quella* rapina non lasciasse prevedere un esito mortale: se il mandante consegna al mandatario una pistola-giocattolo per il compimento di una rapina e il mandatario, inopinatamente, la sostituisce di nascosto con un’arma vera, uccidendo la vittima, il mandante risponderà di concorso in omicidio doloso, anche se il reato diverso non era da lui in alcun modo prevedibile!¹⁰

Questo orientamento, peraltro, se coerentemente applicato, rischia anche di condurre a *conseguenze assurde*: in un esempio inverso al precedente, il mandante che incarica il mandatario di eseguire un furto in abitazione, non dovrebbe rispondere *ex art. 116 c.p.* della violenza sessuale commessa dal mandatario ai danni della proprietaria dell’appartamento (nell’ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, infatti, non è in astratto prevedibile che un furto sfoci in una violenza sessuale), quantunque nel caso di specie tutte le circostanze lasciassero prevedere il trasmodare di quel furto in violenza sessuale: l’appartamento preso di mira per il furto era quello di una giovane donna sola; il mandatario non solo era noto per il suo temperamento *machista*, impulsivo e violento, ma era già stato protagonista di alcuni episodi di violenza sessuale; costui aveva già fatto pesanti ‘apprezzamenti’ sessuali sul conto della giovane vittima, noti al mandante, etc.

3.2. ...o prevedibilità in concreto?

Per emancipare davvero l’art. 116 c.p. dal dominio della responsabilità oggettiva, occorre quindi abbandonare il criterio, tanto pigro quanto insidioso, della prevedibilità in astratto, e condurre, con riferimento al singolo caso di specie, un’indagine sulla prevedibilità *in concreto* del reato diverso.

È quanto sta, in effetti, facendo un più recente e per ora ancora minoritario orientamento giurisprudenziale¹¹, il quale subordina l’applicazione dell’art. 116 c.p. ad un accertamento della *prevedibilità in concreto* del reato diverso, dando il giusto rilievo alla sua “concreta rappresentabilità”¹², e alla “personalità dell’imputato e alle circostanze ambientali nelle quali si è svolta l’azione”¹³.

In applicazione di tale nuovo orientamento la Cassazione ha, ad esempio, censurato la decisione con cui il giudice di merito aveva affermato la responsabilità *ex artt. 116-575 c.p.* di un imputato che, rivoltosi ad un boss mafioso, aveva chiesto il suo intervento per punire mediante la rottura della mano un rivale, mentre gli esecutori della spedizione punitiva, in violazione non solo dello specifico contenuto del “mandato” originario, ma anche dell’ordine

⁸ Cass., Sez. I, 1 febbraio 2012 (ud. 15 novembre 2011), Camko, CED 251849.

⁹ CANESTRARI *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, *Studium Iuris* 1996, 1397; GRASSO, *op. cit.*, 263; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 108; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 523.

¹⁰ Così, pressoché alla lettera, MARINUCCI, DOLCINI, *Corso*, cit., 470.

¹¹ In dottrina, da tempo a favore di una valutazione della prevedibilità in concreto del reato diverso, PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 109; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 523; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 547; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, 2012, 342; PALAZZO, *Corso*, cit., 511.

¹² Cass., Sez. II, 15 maggio 2012 (ud. 9 febbraio 2012), G., n. 18383.

¹³ Cass., Sez. II, 6 marzo 2009 (ud. 15 gennaio 2009), Serafin, CED 243303; Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2012 (ud. 5 dicembre 2011), Mazarella, CED 252405 (in motivazione).

del loro capo, uccidevano la vittima¹⁴. Sempre in adesione a tale orientamento, la Cassazione ha, invece, confermato la responsabilità *ex artt.* 116-575 c.p. di un imputato che – in quanto ideatore e poi, in fase esecutiva, palo di una rapina – ben poteva prevedere la morte della vittima, un anziano inerme da lui conosciuto, il quale fu fatto oggetto di una feroce aggressione con una sbarra di ferro, fornita proprio dall'imputato, da parte degli altri correi, tra cui vi erano, peraltro, due giovani plurirecidivi¹⁵.

Ebbene, anche la *sentenza in esame* aderisce, meritoriamente, a questo nuovo orientamento, sia a livello di affermazioni di principio, sia a livello di motivazione in dettaglio di tali affermazioni con riferimento al caso giudicato.

Con questa sentenza, infatti, la Cassazione – dopo aver premesso che “la prevedibilità dell'evento più grave deve essere valutata in concreto, tenendo conto della personalità dell'imputato e delle concrete circostanze di fatto nelle quali si è svolta l'azione” – passa all'analisi del caso di specie, rilevando che Sempronio “aveva continuato a trattenere la vittima pur essendo stato in grado di percepire che il coimputato gli si stava avventando contro armato di un coltello, senza avere in alcun modo impedito tale ultimo evento, ma anzi avendo agevolato l'esecutore materiale, avendo continuato a tenere bloccata la vittima”, sicché “il comportamento tenuto dal ricorrente (...) correttamente è stato valutato dalla Corte territoriale nel senso che egli, pur non avendo voluto contribuire alla tentata uccisione della vittima, aveva pur sempre avuto la possibilità di prospettarsi il grave evento che si stava per verificare; invero, nella specie, la tentata uccisione della vittima non poteva essere ritenuta dal ricorrente un evento atipico ed imprevedibile, essendo stato egli consapevole che il coimputato Tizio stesse, nella contingenza, per avventarsi sulla vittima armato di un micidiale coltello”.

4.

Prevedibilità in concreto, colpa e principio di colpevolezza.

Come risulta dai passaggi appena citati della sentenza qui annotata, e dagli ulteriori esempi sopra riferiti, una valutazione della prevedibilità in concreto – purché effettuata dal punto di vista di un uomo ragionevole (lo si chiami, o meno, *homo eiusdem professionis et conditionis* o agente-modello), e non di un soggetto onnisciente e onnipotente – viene di fatto ad equivalere ad un giudizio di *colpa*¹⁶, sicché non sorprende se alcune delle sentenze che aderiscono al più recente orientamento sopra esposto non esitano a subordinare *tout court* alla colpa la responsabilità del concorrente anomalo¹⁷.

Adotta, ad esempio, espressamente un “*modello di imputazione colposa*” ai fini dell'applicazione dell'art. 116 c.p. una recente sentenza, secondo cui la “rappresentabilità [del reato diverso]” è “da valutarsi in relazione alle circostanze ed ad ogni altro profilo del fatto concreto”¹⁸: nella specie, la Cassazione, nel giudicare un caso di rapina a mano armata realizzata da una banda di criminali, sfociata nell'uccisione di una delle due guardie giurate preposte al trasporto di un ingente carico di denaro contante, conferma la responsabilità *ex artt.* 116-575 c.p. del bassista della banda (che peraltro era proprio il caposervizio delle due guardie giurate aggredite), in quanto questi aveva avuto un “atteggiamento negligente” rispetto all'evento morte, giacché “non poteva affatto escludere con certezza e non contemplare neppure il rischio che la criminale rapina a mano armata contro un autoblindo con a bordo guardie giurate, anch'esse armate, non potesse in nessun modo degenerare nell'utilizzo delle armi medesime: le guardie giurate avevano il compito di difendere il carico loro affidato e se stessi, avevano il dovere, se necessario, di sventare la rapina anche con l'utilizzo delle armi, al cui uso lo stesso imputato aveva in

¹⁴ Cass., Sez. V, 9 ottobre 2009 (ud. 8 luglio 2009), Rizza, CED 245152.

¹⁵ Cass., Sez. I, 21 dicembre 2011 (ud. 22 settembre 2011), F., n. 47652.

¹⁶ Così anche GRASSO, *op. cit.*, 263; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 548; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 342. Dubitano, invece, della piena equivalenza di una siffatta valutazione di prevedibilità in concreto con un'imputazione per colpa CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe*, cit., 1398; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, *Dig. Disc. Pen.* II, 1988, 483, 487; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 523; PIRAS, *L'elemento soggettivo del concorso anomalo*, CP 2001, 2355. In generale, sulla centralità della valutazione di prevedibilità ai fini dell'accertamento della colpa, cfr. BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 marzo 2012.

¹⁷ Oltre alla sentenza cit. nella nota 29, v. Cass., Sez. I, 3 maggio 2010 (ud. 3 febbraio 2010), Malgeri, CED 246926, e Cass., Sez. I, 6 agosto 2010 (ud. 21 aprile 2010), Carminati, CED 248196; v. pure Cass., Sez. II, 5 dicembre 2006 (dep. 10 novembre 2006), Taroni, CED 235449, e Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2005 (ud. 13 gennaio 2005), Lauro, CED 231460, ove si dà rilievo alla violazione della “dovuta diligenza”.

¹⁸ Cass., Sez. I, 23 gennaio 2012 (ud. 26 ottobre 2011), Papa, CED 251827 (in motivazione).

passato invitato i dipendenti della società di vigilanza destinati al trasporto di valori¹⁹.

4.1. La più recente giurisprudenza costituzionale sul principio di colpevolezza.

La necessità della colpa per poter applicare l'art. 116 c.p. risulta, d'altra parte, imposta dalla stessa giurisprudenza costituzionale sul principio di colpevolezza degli ultimi decenni. Vero è che la Corte costituzionale, dopo il 1965, non è più tornata ad occuparsi direttamente dell'art. 116 c.p., ma dalla sua giurisprudenza sull'art. 27 Cost., successiva a tale data²⁰, sono comunque desumibili preziose indicazioni per l'interpretazione anche dell'art. 116 c.p.

Pur occupandosi di altre norme, la Corte costituzionale ha infatti statuito che:

a) "il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere *almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica*"²¹; e il "reato diverso" non può non essere ricompreso tra gli "elementi più significativi" della fattispecie di cui all'art. 116, essendo esso estremamente significativo sia rispetto all'offesa (in quanto offensivo, in via autonoma, di un differente bene giuridico), sia rispetto alla pena (in quanto determina l'infissione di una pena ulteriore rispetto a quella prevista per il "reato voluto")²²;

b) "è *in relazione al complessivo ultimo risultato vietato* che va posto il problema della violazione delle regole preventive che, appunto in quanto collegate al medesimo, consentono di riscontrare nell'agente la *colpa* per il fatto realizzato"²³; ebbene, poiché nella fattispecie di cui all'art. 116 c.p. il "complessivo ultimo risultato vietato" è costituito proprio dalla produzione del "reato diverso", è in relazione a tale reato che va posto il problema della violazione di "*regole preventive*" al fine di poter riscontrare nell'agente la *colpa* per il fatto realizzato;

c) il principio del *versari in re illicita*, cui l'interpretazione tradizionale riconduce anche l'art. 116 c.p., "*contrastata* con l'art. 27 co. 1 Cost."²⁴;

d) "perché l'art. 27 co. 1 Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che *tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrastare il disvalore della fattispecie* [e sicuramente, nell'ambito del concorso anomalo, è tale il "reato diverso"] siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati (...); soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto [e sicuramente non è tale, nella fattispecie di cui all'art. 116 c.p., il "reato diverso"] si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex art. 27 co. 1 Cost.*"²⁵;

e) "il principio di colpevolezza si pone non soltanto quale 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"²⁶; e tale affermazione non lascia residuare più alcun dubbio sull'onere dei giudici di interpretare l'art. 116 c.p. in modo conforme al principio di colpevolezza.

Se si vuol fare sul serio, quindi, con il principio di colpevolezza come interpretato nella giurisprudenza costituzionale, la fattispecie di cui all'art. 116 c.p. deve essere applicata, già *de iure condito*, riconoscendovi presente il limite della *colpa rispetto al "reato diverso"*²⁷.

L'ultima delle sentenze della Cassazione che, al momento della redazione della presente nota, siamo riusciti a reperire in argomento sembra proprio suggerire un siffatto esito: "l'e-

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Per un quadro di sintesi su tale giurisprudenza, sia consentito rinviare a BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, 219.

²¹ Corte cost. 364/1988, corsivo aggiunto.

²² Così pure GRASSO, *op. cit.*, 263.

²³ Corte cost. 364/1988, corsivo aggiunto.

²⁴ Corte cost. 1085/1988, corsivo aggiunto.

²⁵ Corte cost. 1085/1988, corsivo aggiunto.

²⁶ Corte cost. 322/2007, corsivo aggiunto.

²⁷ PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 440; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., 342; v. anche BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita*, in RIDPP 2011, 936 ss., ove, richiamandosi alla fondamentale sentenza della Cass., Sez. Un. 29 maggio 2009 (ud. 22 gennaio 2009), Ronci, CED 243381 sull'art. 586 c.p., si confutano le obiezioni circa una presunta *impossibilità* di muovere un rimprovero di colpa per un risultato non voluto nei confronti di chi versa *in re illicita*, vale a dire nei confronti di chi ha intrapreso volontariamente un'attività illecita (e, specificamente, penalmente illecita).

voluzione giurisprudenziale e dottrinale delle linee interpretative dell'istituto è approdata ad escludere che la norma di cui all'art. 116 c.p. contenga un'ipotesi di responsabilità oggettiva, non consentita dal principio di colpevolezza ricavabile dalla regola generale della personalità della responsabilità penale, sancita dall'art. 27 Cost., co. 1 (...), quanto una fattispecie punita a titolo di responsabilità intenzionale rispetto alla condotta criminosa voluta e meno grave, ed a titolo di colpa rispetto al diverso e più grave reato in concreto consumato, prevedibile, facendo uso, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto ed alla personalità del concorrente, della dovuta diligenza²⁸.

5. Una colpa punita con la pena del dolo?

Anche dopo aver raggiunto questo prezioso risultato (la responsabilità del concorrente anomalo va subordinata in via interpretativa al criterio della colpa), resta, tuttavia, ancora un motivo di insoddisfazione nei confronti dell'art. 116 c.p.: il principio di colpevolezza risulta rispettato, infatti, solo in relazione all'*an* della responsabilità del concorrente anomalo ("nessuna pena senza colpevolezza"), non invece in relazione al *quantum* della sua responsabilità ("nessuna pena più grave senza colpevolezza più grave"), giacché la pena imposta dall'art. 116 c.p. al concorrente anomalo *in colpa* rimane pur sempre quella del reato *doloso* commesso dall'altro concorrente (quantunque diminuita di un terzo).

Si pensi proprio al caso di specie dal quale abbiamo preso le mosse, il quale si chiude con due condanne per tentato omicidio *doloso*. A Sempronio che, secondo la condivisibile impostazione seguita dalla Corte, poteva in concreto prevedere l'uccisione della vittima e che è quindi *in colpa* per la morte della vittima, viene inflitta una pena (4 anni di reclusione) che è solo di un anno più lieve della pena (5 anni di reclusione) inflitta, invece, a Tizio, benché sia stato questi, con *dolo* di omicidio, a sferrare la micidiale coltellata²⁹: insomma, solo un anno in meno di reclusione per segnare la differenza tra un omicidio nella sostanza colposo (quello commesso da Sempronio) e un omicidio nella sostanza doloso (quello commesso da Tizio).

Ma qui dobbiamo necessariamente fermarci perché il superamento di questo secondo profilo di violazione del principio di colpevolezza (*nulla maior poena sine maiore culpa*) non è perseguibile in via interpretativa, nemmeno dal più sensibile dei giudici alla lezione di civiltà scaturente dall'art. 27 Cost. L'unica cosa che un tale giudice potrebbe fare, sarebbe allora sollevare eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 116 c.p. per violazione del principio di colpevolezza *quoad poenam*.

Ma se mai la Corte costituzionale, accogliendo tale eccezione, espellesse dal nostro ordinamento l'art. 116 c.p., con conseguente libero operare delle ordinarie regole sul concorso di persone nel reato, si rischierebbe di provocare mali peggiori di quelli ai quali si vuole porre rimedio.

La scomparsa dell'art. 116 c.p. comporterebbe, infatti, una drastica riduzione dell'area del 'penalmente rilevante' rispetto alla situazione attuale³⁰: in primo luogo, infatti, a causa della preclusione derivante dall'art. 42 co. 2, il concorrente anomalo *in colpa* non potrebbe più rispondere per il "reato diverso", ogni qual volta questo reato fosse punito dalla legge solo a titolo di dolo (ad es., una rapina commessa al posto del furto da lui voluto); in secondo luogo, a causa delle incertezze dogmatiche e giurisprudenziali circa la configurabilità di un concorso colposo nel delitto doloso altrui³¹, si potrebbe dubitare della sua responsabilità per il "reato diverso" persino nei casi in cui tale reato sia punito anche a titolo di colpa (si pensi ancora una volta al caso affrontato dalla sentenza in esame: se non esistesse l'art. 116 c.p., Sempronio potrebbe rispondere di omicidio colposo *ex artt.* 110-589 c.p. solo ove si fosse disposti ad ammettere la possibilità di un concorso colposo nel delitto doloso altrui).

²⁸ Cass., Sez. I, 14 marzo 2014 (ud. 5 dicembre 2013), C., n. 12273: si noti, peraltro, che si tratta di una sentenza pronunciata, solo qualche giorno dopo, dalla stessa sezione (con lo stesso presidente) della sentenza qui annotata.

²⁹ Facciamo qui riferimento alla pena inflitta ai due imputati dalla Corte d'appello, tenuto conto, per entrambi, sia del rito abbreviato che delle attenuanti generiche. La sentenza di Cassazione in commento annulla con rinvio la sentenza d'appello *quoad poenam*, ma solo perché riconosce a favore di entrambi gli imputati la ricorrenza dell'attenuante della provocazione.

³⁰ Sul punto v. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., p. 167 ss.

³¹ Su tale controversia configurabilità, v. la recente e completa indagine di BORGHI, *Il concorso colposo nel reato colposo e nel reato doloso. Teoria e prassi in Italia e in Germania*, Milano, 2014 (tesi dottorale).

Di riflesso e per reazione, i giudici ordinari potrebbero, allora, trovarsi esposti alla tentazione di coprire questi sopravvenuti vuoti di punizione riconoscendo con maggior 'generosità' il dolo in capo a tutti i concorrenti: con conseguente punizione di Sempronio per omicidio doloso senza nemmeno la diminuzione di cui al secondo comma dell'art. 116 c.p.

Ciò considerato, è lecito auspicare che sia il legislatore a correggere l'incompatibilità dell'art. 116 c.p. con il principio di colpevolezza *quoad poenam*, attraverso un meditato intervento che provveda ad un complessivo riordino della materia, in modo tale che il pieno rispetto del principio di colpevolezza non sia ottenuto al prezzo di inopportuni vuoti di punizione, pericolosamente colmabili in via giudiziale con condanne ancora più inique di quelle che si vogliono oggi scongiurare.