

BASILE Fabio, *Commento all'art. 116 – Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, III ed., IPSOA, Milano, 2011, pagg. 1619-1635

116 Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti

[1] 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.

[2] Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave.

SOMMARIO: I. Natura e fondamento della responsabilità - II. I requisiti per l'applicazione dell'art. 116 - III. (Segue) in particolare, il nesso causale - IV. (Segue) in particolare, la (controversa necessità della) realizzazione del "reato voluto", almeno a livello di tentativo - V. (Segue) in particolare, la necessaria presenza anche di un "coefficiente di colpevolezza", e la giurisprudenza della Corte costituzionale sull'art. 27 Cost. - VI. Rapporti del concorso anomalo con il reato aberrante e con il reato preterintenzionale - VII. Trattamento sanzionatorio. Circostanze - VIII. Questioni di legittimità costituzionale - IX. Casistica.

I. Natura e fondamento della responsabilità

1

L'art. 116 fonda una responsabilità a titolo di concorso doloso in capo al concorrente (c.d. **concorrente anomalo**) che ha agito con il dolo di un reato *diverso* da quello effettivamente realizzato: ad esempio, se Tizio e Caio concordano di commettere un furto, ma durante l'esecuzione del reato Tizio usa violenza sulle persone, così commettendo dolosamente una rapina, in forza dell'art. 116 anche Caio risponderà di rapina.

2

Nell'intenzione del legislatore la norma in esame configurava un caso di **responsabilità oggettiva** secondo la logica del *versari in re illicita* [ANTOLISEI, PtG, 582; MANTOVANI, PtG, 532; FIANDACA-MUSCO, PtG, 522; GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 240; MARINUCCI-DOLCINI 464; PAGLIARO

(19) 126; PULITANÒ 476], se non addirittura un caso di responsabilità per fatto altrui [PADOVANI 297; PANNAIN (21) 440]: la lettera dell'art. 116 riconnette, infatti, la responsabilità del concorrente anomalo per il reato diverso, da lui non voluto, alla mera sussistenza di un nesso causale tra tale reato e la sua condotta.

3

Risalenti nel tempo, e prive di adesioni nella dottrina e nella giurisprudenza attuali, sono invece le teorie che riconducono l'art. 116 nell'alveo della **responsabilità dolosa**, sulla base di una particolare concezione 'allargata' dell'oggetto del dolo nel concorso di persone [GALLO (12) 107], ovvero sulla base di una implicita, previa accettazione, da parte del concorrente, del risultato ultimo dell'impresa concorsuale [LATAGLIATA (17) 585; LATAGLIATA (18) 197 - incisivamente critico su entrambe tali teorie PAGLIARO (19) 117].

4

Il **particolare rigore** della disciplina predisposta dall'art. 116 discende - oltre che da esigenze di natura processuale già avvertite sotto la vigenza del codice Zanardelli (di cui cfr. l'art. 378 sulla c.d. complicità corrispettiva) [PAGLIARO (19) 35] - da due ragioni di fondo: la prima, di ordine tecnico-dogmatico, è costituita dal (presunto) dogma della **unitarietà del titolo di responsabilità per tutti i concorrenti**, che impedirebbe una differenziazione nella qualificazione penale delle condotte di ciascuno di essi [DELL'ANDRO (8) 111; PANNAIN (21) 780; C 13.2.1990, Marino, *CP* 1992, I, 618, con nota di CERASE; C 7.6.1983, Guidi, CED 160677, *RP* 1984, 429; C 10.12.1980, Pezzuto, CED 147961, *GP* 1981, II, 485]; la seconda, di ordine politico-criminale, si basa sulla **valutazione fortemente negativa**, da parte del legislatore del 1930, **del fenomeno concorsuale** [GALLO, III, 220], caratterizzato dalla necessità di fare affidamento su forze altrui che non si possono controllare, col conseguente pericolo, implicito nella stessa situazione di concorso, che si eccedano i limiti del reato concordato e si provochi la lesione di altri beni penalmente tutelati [INSOLERA (16) 457; PAGLIARO (19) 38; PULITANÒ 476; C 22.9.1999, Gusinu, CED 214106; C 5.5.1987, Scaccia, CED 177607].

II. I requisiti per l'applicazione dell'art. 116

5

Ai fini dell'applicazione dell'art. 116 è *pacifico* che debbano ricorrere i seguenti **requisiti**: **1)** la condotta di concorso del concorrente anomalo al "reato voluto"; **2)** il suo dolo rispetto al "reato voluto"; **3)** la concreta realizzazione, almeno a livello di tentativo, di un "reato diverso" rispetto a

quello da lui voluto; **4)** l'assenza del suo dolo rispetto a tale "reato diverso"; **5)** per converso, la necessità che tale "reato diverso" sia coperto dal dolo di almeno uno degli altri concorrenti; **6)** il nesso causale tra la condotta del concorrente anomalo e il "reato diverso" effettivamente realizzato. È, invece, *controverso* se debbano ricorrere ulteriori requisiti, non direttamente imposti dalla lettera dell'art. 116, e segnatamente: **7)** la realizzazione del "reato voluto" almeno a livello di tentativo; **8)** la necessaria presenza anche di un "coefficiente di colpevolezza" del concorrente anomalo rispetto al reato effettivamente realizzato (quest'ultimo punto costituisce l'aspetto più controverso e discusso della norma in esame).

6

Con il requisito *sub* 1) - **condotta di concorso al "reato voluto"** - si richiede che il soggetto, chiamato a rispondere *ex* art. 116 del "reato diverso", abbia apportato alla realizzazione del "reato voluto" quel tanto di contributo causale, che basterebbe a farlo considerare compartecipe a tale reato, se questo fosse stato effettivamente (l'unico) realizzato [cfr. PAGLIARO (19) 61]. Potrà, pertanto, indifferentemente trattarsi di un contributo materiale o morale; insostituibile o sostituibile; fondamentale o di minima importanza; commissivo o omissivo (purché siano presenti, in quest'ultima ipotesi, i presupposti di cui all'art. 40 cpv.).

7

Il requisito *sub* 2) - **dolo del "reato voluto"** [su cui cfr. da ult. C 9.10.2009, Rizza, CED 245152; in dottrina, PAGLIARO (19) 44] - sussiste allorché il concorrente anomalo, in base alle regole ordinarie in tema di concorso di persone, abbia la consapevolezza e la volontà di contribuire causalmente alla realizzazione di un fatto concreto, conforme a quello descritto da una norma incriminatrice. A tal proposito si osserva che: - è sufficiente anche il dolo eventuale [PAGLIARO (19) 46]; - non è necessaria la presenza di un previo accordo [PAGLIARO (19) 48]; - tale requisito viene meno se l'imputato non era in dolo in quanto versava in un errore sul fatto (art. 47), o riteneva erroneamente presente una causa di giustificazione o una scusante (art. 59 co. 4) [PAGLIARO (19) 47; GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 245; per un'applicazione particolare di questi principi in un'ipotesi di errore sul fatto determinato dall'altrui inganno (art. 48), cfr. C 1.4.2004, Cioria, CED 229240]; - se si ammette che anche un soggetto non-imputabile possa essere in dolo rispetto ad un reato, allora l'art. 116 potrà applicarsi anche nei suoi confronti: ovviamente, ai soli fini dell'applicazione delle eventuali misure di sicurezza, e non già ai fini dell'applicazione di una pena [PAGLIARO (19) 47].

8

Quanto al requisito *sub* 3) - **concreta realizzazione**, almeno a livello di

tentativo, **di un “reato diverso”** rispetto a quello voluto dal concorrente anomalo - è opinione consolidata che per “reato diverso”, il quale può essere indifferentemente più grave o meno grave di quello voluto [ANTOLISEI, PtG, 585; PADOVANI 298], si intende un fatto corrispondente ad un *diverso titolo di reato*, distinto quindi anche nel *nomen iuris*. Non è, pertanto, tale: - né un reato accompagnato da una circostanza aggravante o attenuante, come un furto con scasso (art. 625 n. 2) realizzato in luogo di un furto semplice (art. 624), trovando qui applicazione gli artt. 110 e 118 [FIANDACA-MUSCO, PtG, 522; ANTOLISEI, PtG, 585]; - né un reato in cui muti soltanto il concreto oggetto materiale, come un furto di una cosa diversa da quella concordata [BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI 671; ritengono, invece, applicabile l’art. 116 anche in tale ipotesi PULITANÒ 478; SEMINARA (25) 1121; ESPOSITO (9) 1161]; - né, infine (si tratta di ipotesi speciale rispetto alla precedente), un reato in cui muti soltanto il soggetto passivo, come nel caso dell’uccisione, su iniziativa di uno dei concorrenti, di un soggetto diverso dalla vittima concordata [PAGLIARO (19) 66; cfr. anche *infra*, 38].

9

Quanto al requisito *sub* 4) - **assenza di dolo rispetto al “reato diverso”** effettivamente realizzato - il concorrente anomalo non deve aver voluto il “reato diverso” nemmeno a titolo di *dolo eventuale* [C 16.5.2003, P., CED 225850; C 4.7.2000, Morgana, CP 2001, 2350, con nota di PIRAS (23); C 14.5.2010, Rubino, CED 246914], o di *dolo alternativo* (i concorrenti agiscono, ad esempio, con la volontà di uccidere o, indifferentemente, di ferire) [C 17.11.2006, De Cristofaro, CED 235427; C 25.9.1991, Palmas, RP 1992, 656; LATAGLIATA (18) 213], altrimenti si ricade nella disciplina generale del concorso doloso di cui all’art. 110.

10

Si noti, tuttavia, che talora in giurisprudenza **si afferma la presenza del dolo rispetto al “reato diverso” con eccessiva disinvoltura**, con conseguente applicazione dell’art. 110 anziché dell’art. 116. Ciò avviene ogni qual volta ci si lasci influenzare - in sede di accertamento del dolo del reato effettivamente realizzato - dalla *valutazione negativa della personalità dell’imputato*, scaturente dall’aver già rinvenuto, in capo a questi, il dolo del “reato voluto”, così scivolando nella seguente semplificazione probatoria: se ha voluto il reato “a”, avrà voluto anche il reato “b” (quasi un rigurgito dell’antica teoria secondo cui *regulariter dolus praesumitur ex illicito actu*) [in argomento v. anche DEMURO, *Il dolo - II. L’accertamento*, 2010, 403]: **a)** un ragionamento di tipo presuntivo sembra, ad esempio, riecheggiare in una recente sentenza [C s.u. 9.1.2009, Antonucci, CED 241574], secondo cui l’espressa adesione del concorrente a un’impresa criminosa - consistente nella produzione di un evento gravemente lesivo (la ‘gambizzazione’ della vittima) mediante il

necessario e concordato impiego di micidiali armi da sparo - *implica comunque il consenso preventivo* all'uso cruento e illimitato delle medesime da parte di colui che sia stato designato come esecutore materiale, anche per fronteggiare le eventuali evenienze peggiorative della vicenda o per garantirsi la via di fuga, sicché in capo al concorrente non esecutore materiale dell'evento omicidiario sarebbe ravvisabile per lo meno un dolo eventuale, con conseguente applicazione dell'art. 110, anziché dell'art. 116; *b)* addirittura in altre pronunce per affermare il dolo rispetto al “reato diverso” ci si accontenta della mera prevedibilità (per giunta solo astratta) del fatto, come sembrerebbe indicare la regola di giudizio secondo cui “il concorso di persone nel delitto di lesioni/omicidio, seguito a una rapina a mano armata in danno del titolare di una gioielleria è, ai sensi dell'art. 110, pieno e non anomalo, atteso che l'evento lesivo/omicidiario verificatosi non può considerarsi eccezionale e imprevedibile ma un *ordinario possibile suo sviluppo*, alla luce di una verificata regolarità causale dovuta all'uso delle armi per fronteggiare evenienze peggiorative o per garantirsi la via di fuga” [fanno propria tale regola di giudizio C 21.6.2001, Milici, CED 219434; C 18.5.2009, Moscato, CED 244808; C 14.5.2010, Rubino, CED246914].

11

Quanto al requisito *sub 5)* - **necessità che il “reato diverso” sia coperto dal dolo di almeno uno degli altri concorrenti** [normalmente, ma non necessariamente, dell'esecutore materiale: PAGLIARO (19) 65] - va rilevato che se il “reato diverso” è stato realizzato per *colpa*, senza essere stato voluto da alcuno dei concorrenti, non sarà possibile applicare l'art. 116 [GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 245; MANTOVANI, PtG, 534; C 21.3.1987, Salamina, RP 1987, 640]; per lo stesso motivo non è possibile rispondere *ex art.* 116 di omicidio *preterintenzionale*, laddove nessuno dei concorrenti abbia voluto l'evento morte [LATAGLIATA (18) 193; PAGLIARO (19) 78; PADOVANI 297; cfr. anche *infra*, 39]. È, invece, irrilevante che il dolo del “reato diverso” sia *sopravvenuto*, in capo ad uno dei concorrenti, solo in una fase successiva all'accordo criminoso (di regola, durante la fase esecutiva), ovvero sia esistito *fin dall'inizio* e sia stato *tenuto nascosto* agli altri concorrenti [applica l'art. 116 in un'ipotesi siffatta C 23.8.2010, Amadio, CED 248033: l'accordo intervenuto tra i compartecipi riguardava l'intimidazione a scopo estorsivo mediante l'uso di un'arma, ma il soggetto incaricato dell'esecuzione materiale tentava di uccidere la vittima in attuazione di un suo preesistente proposito omicidiario, fino a quel momento dissimulato agli altri compartecipi].

III. (Segue) in particolare, il nesso causale

12

La sussistenza del requisito *sub 6)* - **nesso causale tra la condotta del**

concorrente anomalo e il “reato diverso” effettivamente realizzato -, una volta precisato che nella seconda parte dell’art. 116 co. 1 la formula “evento” non va intesa con riferimento al mero evento in senso naturalistico, ma è sinonimo di “fatto”, cioè di tutti gli elementi oggettivi descritti dalla norma incriminatrice [MARINUCCI-DOLCINI 464, nota 33], va accertata in base alle ordinarie regole valide per il concorso di persone, quindi, secondo l’orientamento preferibile, in base allo schema della **causalità condizionalistica** [MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale* 400; in argomento v. COCO P., *L’imputazione del contributo concorsuale atipico*, 2008, 1]. Del resto, l’art. 116 ripete alla lettera la stessa formula (“se l’evento è conseguenza della sua azione od omissione”) già utilizzata dal legislatore nell’art. 40 in tema di rapporto di causalità, e nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale si legge che il concetto di causalità nell’art. 116 “è una pura e semplice applicazione degli articoli (40 e 41), che non distinguono tra cause mediate e cause immediate, cause dirette e cause indirette, cause simultanee e cause successive” [Rel. min. prog. c.p. I, 173].

13

In passato - in un’epoca, tuttavia, in cui il principio di colpevolezza non aveva ancora sviluppato appieno le proprie potenzialità (cfr. *infra*, 25 ss.) - una parte della dottrina e della giurisprudenza ha cercato di temperare gli iniqui eccessi derivanti da una rigorosa applicazione della teoria causale condizionalistica in un’ipotesi (all’epoca ritenuta) di responsabilità oggettiva, introducendo criteri di limitazione del rapporto causale. Si è, quindi, fatto ricorso alla teoria della c.d. **causalità umana**, in forza della quale si sarebbe potuto escludere il nesso causale, e quindi la responsabilità del concorrente anomalo, allorché il “reato diverso” avesse avuto, rispetto all’attività criminosa originariamente concordata, il carattere dell’eccezionalità [ANTOLISEI, PtG, 585; PANNAIN, PtG, 878; C 15.7.1953, Govoni, *RP* 1953, II, 1013; C 13.1.1950, Inverardi, *GP* 1951, II, 149]. Nella stessa epoca e agli stessi fini un altro orientamento faceva sostanzialmente ricorso alla teoria della c.d. **causalità adeguata**, richiedendo che il secondo reato rappresentasse “un logico e prevedibile sviluppo del primo” [PECORARO ALBANI (22) 142; C 7.11.1958, Campolo, *GP* 1958, II, 455]. Nel momento attuale, alla luce della limitazione della responsabilità del concorrente anomalo perseguibile oggi lungo i binari della colpevolezza, il ricorso a queste teorie causali alternative non risulta più né necessario, né condivisibile.

14

Se la condotta del concorrente anomalo è una **condotta omissiva**, la sua rilevanza causale rispetto al “reato diverso” presuppone l’esistenza, in capo a lui, ai sensi dell’art. 40 cpv., di un obbligo giuridico di impedire l’evento, vale a dire, nel particolare contesto concorsuale, di impedire *quel* reato diverso

[PAGLIARO (19) 63 e 104]. Pertanto, se, ad esempio, il cassiere di una banca omette di chiudere la cassaforte al fine di consentire ad un complice di asportare, nottetempo, i soldi ivi custoditi, e questi, incontrata per caso nella banca l'addetta alle pulizie, l'uccide, il funzionario non potrà rispondere di omicidio *ex art. 116*, in quanto non è configurabile nei suoi confronti alcun obbligo giuridico di impedire la morte della sfortunata donna.

15

Attesa la necessità del rapporto causale nei termini sopra esposti, la giurisprudenza precisa che non è possibile applicare l'art. 116 allorché il "reato diverso" concretamente realizzato sia conseguenza di fattori eccezionali, sopravvenuti, meramente occasionali e **non ricollegabili eziologicamente** alla condotta criminosa di base, tenuta dal concorrente anomalo [C 17.11.2006, De Cristoforo, CED 235427; C 10.11.1994, De Nuccio, CED 199365].

IV. (Segue) in particolare, la (controversa necessità della) realizzazione del reato voluto, almeno a livello di tentativo

16

Quanto al requisito *sub 7)* - **necessaria realizzazione del "reato voluto", almeno a livello di tentativo** - occorre premettere che l'orientamento dottrinale assolutamente dominante disconosce la necessità di tale requisito [PAGLIARO (19) 40 e 125; GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 245; PISAPIA-LENER (24) 148]. L'opinione maggioritaria ritiene, infatti, che l'art. 116 possa applicarsi – oltre che nell'ipotesi di realizzazione congiunta di *entrambi* i reati – anche nell'ipotesi di realizzazione del *solo* "reato diverso" *al posto* del "reato voluto", del quale non si richiede, quindi, nemmeno il tentativo [PAGLIARO (19) 82; MANTOVANI, PtG, 531]. Ad avviso di chi scrive, invece, se non si realizza il "reato voluto", almeno a livello di tentativo, si è fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 116, ed il concorrente anomalo potrà rispondere del "reato diverso" tutt'al più solo in base alle ordinarie regole dell'imputazione colposa: se, ad esempio, Tizio dà mandato a Caio di rubare i gioielli che Sempronia indosserà in una serata di gala, fornendogli una precisa indicazione della vittima e del luogo dove potrà incontrarla, e Caio, effettivamente riconosciuta e incontrata Sempronia in quell'occasione, la malmena, senza, tuttavia, compiere alcun atto idoneo diretto in modo non equivoco a rubarle i gioielli, non si vede come Tizio possa essere chiamato a rispondere *ex art. 116* di lesioni personali dolose, per quanto la sua condotta abbia costituito una *condicio sine qua non* di tali lesioni e per quanto, in ipotesi, tali lesioni fossero in concreto anche prevedibili.

17

A sostegno di tale opinione [cfr. BASILE (5) 5] militano i seguenti argomenti:

1) se si prescindesse dalla verifica, almeno a livello di tentativo, del “reato voluto”, sia sul piano concettuale che in fase di accertamento processuale non potrebbe essere individuata, in relazione al concorrente anomalo, né una sua condotta di concorso al “reato voluto” (*supra*, 6), né un suo dolo rispetto a tale reato (*supra*, 7). **Mancherebbe**, infatti, **qualsiasi referente fattuale** cui ancorare tali elementi, sicché, da un lato, avremmo una **condotta di partecipazione** che, in realtà, non accede ad alcun “fatto di reato”, in spregio allo schema della c.d. “accessorietà minima” - da molti ritenuto requisito minimo indispensabile di ogni fattispecie concorsuale [cfr. per tutti GALLO, III, 163; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale* 395]; dall’altro, saremmo di fronte all’impossibilità di configurare il **dolo del “reato voluto”**: affinché, infatti, sussista davvero un tale dolo - e non una mera velleità criminosa, un vuoto ed equivoco desiderio, incapace di esprimere qualcosa nel mondo dei tipi psichici giuridicamente rilevanti - è necessario, in ossequio al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, che, a livello oggettivo, si sia verificato almeno un tentativo di tale reato (cfr. commento all’art. 584, 11) [giustamente si sottolinea che “in base ai principi generali del diritto penale, non si potrebbe dare rilievo alla volontà di un reato in concorso, se questa volontà non si proiettasse nel mondo esterno”: PAGLIARO (19) 49; si omette, tuttavia, di specificare che tale proiezione esterna, per assumere rilevanza penale, deve raggiungere almeno la soglia del tentativo]; **2)** nella particolare ipotesi di **accordo o istigazione a commettere un reato**, se l’art. 116 potesse trovare applicazione a prescindere dalla realizzazione, almeno a livello di tentativo, del “reato voluto”, si integrerebbe una **crassa violazione dell’art. 115**. Tale norma stabilisce, infatti, il principio dell’irrelevanza penale dell’accordo e dell’istigazione non seguiti dalla commissione, almeno tentata, del reato - e nell’ipotesi di mancata commissione del reato rientra, evidentemente, anche la commissione di un reato *diverso* da quello oggetto di accordo o istigazione, cioè di un *reato diverso da quello voluto*. Si ricordi, del resto, l’espressione adoperata dall’art. 115: “qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, *e questo non sia commesso*”, dove è evidente che il reato che deve essere commesso, per la punibilità dei concorrenti, è lo stesso per il quale si era avuto l’accordo (o l’istigazione) [LATAGLIATA (18) 196]. Se, pertanto, si applicasse l’art. 116 all’ipotesi di accordo o istigazione seguiti dalla commissione - al posto del (tentativo) del “reato voluto” - di un “reato diverso”, si punirebbe proprio là dove l’art. 115 impone di non punire [riconosce il carattere derogatorio di una tale interpretazione dell’art. 116 rispetto all’art. 115, senza tuttavia trarne le nostre stesse conseguenze, INSOLERA (15) 486]; **3)** infine, in attesa di una riforma/abolizione legislativa dell’art. 116, la necessità del requisito in parola - realizzazione del (tentativo del) reato voluto - sortirebbe il benefico effetto di **restringere il campo di applicazione** di una norma che, altrimenti, rischia

di implementare uno schema di responsabilità ancor più rigoroso (e assurdo) dello stesso *versari in re illicita*, giacché il concorrente anomalo che non realizza nemmeno il (tentativo del) “reato voluto”, a ben vedere non versa affatto *in re illicita*, ma, ciò nondimeno, viene assoggettato a pena per le conseguenze della sua condotta (penalmente irrilevante).

V. (Segue) in particolare, la necessaria presenza anche di un “coefficiente di colpevolezza”, e la giurisprudenza della Corte costituzionale sull’art. 27 Cost.

18

La responsabilità oggettiva incarnata nell’art. 116 ha sollevato, fin dai primi anni successivi all’avvento della Costituzione, numerose critiche e perplessità [cfr. per tutti MANTOVANI, PtG, 533]. La questione di illegittimità costituzionale per **contrasto con l’art. 27 Cost.** è stata, pertanto, precocemente sottoposta alla **Corte costituzionale**, la quale, tuttavia, sulla base di un’interpretazione già allora presente in giurisprudenza, con sentenza interpretativa di rigetto [C cost. **42/1965**, *GCost* 1965, 639] ha “salvato” l’art. 116, negando che esso configuri un’ipotesi di responsabilità oggettiva.

19

Secondo le parole della Corte costituzionale, infatti, la responsabilità *ex art.* 116 si fonda sulla "sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno **sviluppo logicamente prevedibile** di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza". La Corte, tuttavia, ha volutamente ommesso di specificare il contenuto di siffatto “**coefficiente di colpevolezza**” (“non è compito di questa Corte il delimitare particolarmente la natura e gli aspetti del coefficiente di colpevolezza che ricorre nella fattispecie dell’art. 116”), ed in particolare non ha chiarito se tale “coefficiente” sia equivalente, nella sostanza, alla colpa [MARINUCCI-DOLCINI 470].

20

In questo modo la Corte costituzionale ha di fatto autorizzato la giurisprudenza ordinaria a negare l’esigenza di un legame effettivamente colposo, per accontentarsi invece della mera **prevedibilità in astratto**, da accertarsi attraverso un accostamento, compiuto ‘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 fatto (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 Tizio consegna a Caio una pistola-giocattolo per il compimento di una rapina e Caio, inopinatamente, la sostituisce con un’arma vera, uccidendo la vittima, Tizio risponderà di concorso in omicidio doloso, anche se il reato diverso non era da lui in alcun modo prevedibile) [MARINUCCI-DOLCINI 470].

21

In effetti, per **un primo, e a lungo prevalente, orientamento della Cassazione** il concetto di prevedibilità deve essere inteso come prevedibilità *in astratto*: da un accostamento *a priori* della fattispecie astratta del “reato voluto” alla fattispecie astratta del “reato diverso” deve essere, in altre parole, possibile prevedere che dalla commissione del primo si può ‘scivolare’ nel secondo [C 18.5.1994, Bilardo, *GP* 1996, II, 757; C 7.4.1990, Siviero, *RP* 1991, 658; C 2.10.1989, Loddo, *CP* 1992, 621; C 9.12.1985, Decembrino, CED 172644; C 9.1.1985, Carbone, *GP* 1985, II, 662; C 20.5.1983, Cannas, CED 161409, *RP* 1984, 529].

22

Alla stregua di tale concezione, si è affermata, ad esempio, la **responsabilità ex art. 116 del concorrente anomalo** [primi cinque esempi tratti da MUSCO, *CB*, art. 116, 435]: - per il *delitto di omicidio*, sul rilievo che, essendo stata concordata una rapina a mano armata, era prevedibile la reazione della vittima ed il conseguente uso delle armi con effetti anche letali [C 5.4.1978, Atzeni, *RP* 1978, 1033]; - per il *delitto di tentato omicidio* a carico di un componente di un gruppo terroristico il quale, fermato dalle forze dell’ordine, ottemperava all’ingiunzione di resa, mentre un suo compagno reagiva sparando [C ass. Brescia 2.2.1978, *GP* 1978, II, 596]; - per il *delitto di sequestro di persona* a carico del concorrente che svolgeva le funzioni di palo per la commissione di un furto [C 24.11.1978, Valente, CED 140436]; - per il *delitto di rapina* rispetto ad un accordo che contemplava la commissione di un furto [C 9.7.1984, Mariniello, *RP* 1985, 676]; - per il *delitto di resistenza a pubblico ufficiale* commesso da uno dei concorrenti al furto per opporsi all’agente di p.s. che tentava di arrestarli nella flagranza del reato [C 6.6.1983, Tabanelli, CED 159390]; - per il *delitto di rapina* (appropriazione con violenza di un orologio rolex) commesso di propria iniziativa da uno dei carcerieri ai danni della persona sequestrata a scopo di estorsione [C 11.3.1986, Muia, CED 172057].

23

Questo orientamento non può essere condiviso perché **non garantisce il superamento della responsabilità oggettiva**, in quanto affida la valutazione di prevedibilità al mero criterio dell’*id quod plerumque accidit*, svincolandola da una valutazione sul caso concreto e, quindi, di fatto, negando qualsiasi

contenuto di rimproverabilità personale alla responsabilità *ex art.* 116 [CANESTRARI (7) 1397; GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 242; PAGLIARO (19) 108; FIANDACA-MUSCO, PtG, 523].

24

Tale orientamento, peraltro, se coerentemente applicato, rischia anche di condurre a **conseguenze assurde**. Se, infatti, la prevedibilità viene valutata solo in astratto, quindi *a priori*, dovrebbe, ad esempio, escludersi la responsabilità *ex art.* 116 del mandante che volle il solo reato di furto in abitazione rispetto al reato di violenza sessuale commesso dal mandatario ai danni della proprietaria dell'appartamento (nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, infatti, non è logicamente prevedibile che un furto sfoci in una violenza sessuale), quantunque nel caso concreto tutte le circostanze di specie lasciassero prevedere tale *escalation*: l'appartamento preso di mira 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, etc.

25

Tali rilievi critici inducono a ribadire la necessità di conferire alla responsabilità *ex art.* 116 **carattere colposo**, come del resto si desume dalla **giurisprudenza della Corte costituzionale** sul principio di colpevolezza degli ultimi decenni [oltre alle storiche sentenze C cost. 364/1988 e C cost. 1085/1988, cfr. pure C cost. 2/1991; C cost. 179/1991; C cost. 61/1995; C cost. 206/1996, nonché, più di recente, C cost. 322/2007; per un quadro di sintesi, cfr. BASILE (3) 219]. La Corte costituzionale, infatti, pur non essendosi più pronunciata dal 1965 ad oggi sull'art. 116, ha fornito preziose indicazioni per l'interpretazione anche di tale norma, affermando tra l'altro che:

26

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**” [C cost. 364/1988]: 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'inflizione di una pena ulteriore rispetto a quella prevista per il “reato voluto”) [GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 243];

27

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” [C cost. 364/1988]: ebbene, poiché nella fattispecie di cui all'art. 116 il *complessivo ultimo risultato vietato* è costituito 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;

28

c) il **principio del *versari in re illicita***, cui l'interpretazione tradizionale riconduceva anche l'art. 116, “*contrasta* con l'art. 27 co. 1 Cost.” [C cost. 1085/1988];

29

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 contrassegnare il disvalore della fattispecie* [e sicuramente, nell'ambito del concorso anomalo, il “reato diverso” ha tale funzione] 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, il “reato diverso”] si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex art. 27 co. 1 Cost.*” [C cost. 1085/1988];

30

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” [C cost. 322/2007]: e tale affermazione non lascia residuare alcun dubbio sull'onere dei giudici di interpretare l'art. 116 in modo conforme al principio di colpevolezza (ovvero, ove una tale interpretazione sia ritenuta impraticabile, di sollevare eccezione di illegittimità costituzionale).

31

La fattispecie di cui all'art. 116 deve, pertanto, essere interpretata, già *de iure condito*, riconoscendovi presente il **limite della colpa rispetto al “reato diverso”** [PULITANÒ 477; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale* 321]. A tale soluzione, del resto, non osta la presunta impossibilità di muovere un rimprovero di colpa per un risultato non voluto nei confronti di chi ha intrapreso volontariamente un'attività illecita (e, specificamente, penalmente

illecita) [sulla possibilità di concepire e praticare una colpa in attività illecita - di recente espressamente ammessa anche da C s.u. 29.5.2009, Ronci, CED 243381 - cfr. commento all'art. 586, 26 ss.].

32

Maggiormente conforme alle indicazioni scaturenti dalla giurisprudenza costituzionale è, pertanto, un secondo orientamento formatosi sull'art. 116, il quale subordina la responsabilità del concorrente anomalo ad una valutazione della **prevedibilità in concreto** del “reato diverso”, alla luce, quindi, del contenuto del piano d'azione concordato (ove esistente), di tutte le modalità di svolgimento del fatto, dei moventi, della personalità dei concorrenti e di ogni altra circostanza rilevante nel caso di specie [PAGLIARO (19) 109; PAGLIARO, PtG, 580; FIANDACA-MUSCO, PtG, 523; MANTOVANI, PtG, 533; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale* 218; PULITANÒ 477; C 1.4.2004, Cicoria, CED 229240; C 10.3.1998, Preite, CED 209945; C 22.12.1987, Atzeni, CED 177308; cfr. da ultimo C 16.6.2010, n. 23212, M.; C 9.10.2009, Rizza, CED 245152, nonché C 6.3.2009, Serafin, CED 243303, secondo cui la prognosi postuma sulla prevedibilità del diverso reato commesso dal concorrente deve essere effettuata *in concreto*, valutando la personalità dell'imputato e le circostanze ambientali nelle quali si è svolta l'azione]. In applicazione di tali principi la Cassazione ha, ad esempio, censurato la decisione con cui il giudice di merito aveva affermato la responsabilità *ex artt.* 116-575 di un imputato che, rivoltosi ad un boss di un clan mafioso, aveva chiesto di punire - mediante la rottura della mano - un rivale, laddove gli esecutori della spedizione punitiva, in violazione non solo dello specifico contenuto del “mandato” originario, ma anche dell'ordine del loro capo, uccidevano la vittima [C 9.10.2009, Rizza, cit.].

33

A ben vedere, pertanto, una valutazione della prevedibilità (realmente) in concreto - purché effettuata dal punto di vista di un uomo ragionevole (lo si chiami, o meno, *homo eiusdem professionis et condicionis* o agente-modello), e non di un soggetto onnisciente e onnipredidente - viene di fatto ad equivalere ad una valutazione di **colpa vera e propria** [GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 243; MANTOVANI, PtG, 533; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale* 321; in giurisprudenza parlano esplicitamente di colpa rispetto al “reato diverso”: C 3.5.2010, Malgeri, CED 246926, e C 6.8.2010, Carminati, CED 248196. Sulla centralità della nozione di “prevedibilità” ai fini dell'accertamento della colpa, cfr. BASILE (4) 209. Dubitano, invece, della piena equivalenza di tale valutazione di prevedibilità in concreto con un'imputazione per colpa: CANESTRARI (7) 1398; INSOLERA (15) 483, 487; FIANDACA-MUSCO, PtG, 523; PADOVANI 297; PIRAS (23) 2355; MUSCO, in *CB*, art. 116, 435, il quale parla di un “modello di *imputazione parzialmente colposa*”, in quanto non si

richiede la prova della violazione di un dovere di diligenza]. Appare pertanto corretta la massima giurisprudenziale secondo cui “la norma dell'art. 116 si applica quando l'imputato, pur non avendo previsto la commissione del diverso illecito da parte dei concorrenti, avrebbe potuto rappresentarsene l'eventualità se, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, avesse fatto uso della dovuta diligenza” [C 5.12.2006, Taroni, CED 235449, nonché C 25.2.2005, Lauro, CED 231460, ove, in motivazione, si precisa che all'accertamento della prevedibilità in concreto occorre procedere “utilizzando il parametro dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*”].

34

Si badi, tuttavia, che **non** sarebbe **corretto** ravvisare la colpa nel fatto che il concorrente anomalo, **affidandosi ad altri** per la realizzazione di un proposito criminoso, *violerebbe per ciò solo una regola di prudenza* in quanto non potrebbe esercitare sulla condotta altrui quel controllo finalistico che è invece possibile sul proprio comportamento. Tale affermazione, pur frequente in giurisprudenza [da ultimo: C 17.11.2006, De Cristofaro, CED 235427], conduce, infatti, inevitabilmente ad una **presunzione di colpa**, in quanto in tutte le ipotesi di realizzazione concorsuale si verificherebbe automaticamente la violazione della suddetta regola prudenziale [PAGLIARO (19) 171; GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 243]: ciò equivarrebbe in pratica a dire che il concorrente anomalo - il quale per definizione si affida ad altri per l'esecuzione di una condotta criminosa - risponderà *sempre e inmancabilmente* per colpa (*culpa in re ipsa!*) per il reato diverso da quello da lui voluto [BASILE (5) 37]. Una siffatta affermazione giurisprudenziale è, pertanto, innocua solo ove essa, ridotta a mera formula di stile, si accompagni comunque ad una valutazione della prevedibilità in concreto e dal punto di vista di un uomo ragionevole (si veda, inoltre, *infra*, 45, sul possibile rilievo di tale affermazione non sull'*an*, ma sul *quantum* della responsabilità).

35

Una volta subordinata in via interpretativa la responsabilità del concorrente anomalo al criterio della colpa, occorre, tuttavia, rilevare che l'art. 116 presenta pur sempre significative anomalie (emendabili solo in via legislativa) rispetto ad un'ordinaria ipotesi di responsabilità colposa (si parla a tal proposito di **responsabilità colpevole anomala**): *in primo luogo*, infatti, il concorrente anomalo verrà chiamato a rispondere a titolo di dolo (quindi con la pena comminata per il reato doloso) per un suo comportamento strutturalmente colposo [PAGLIARO (19) 177; MANTOVANI, PtG, 533; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale* 325, 405; GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 247; PULITANÒ 478]; *in secondo luogo*, tale suo comportamento colposo gli attirerà addosso una responsabilità anche per reati (ad es., rapina, violenza sessuale) non previsti dalla legge come delitti colposi [PULITANÒ 478; CANESTRARI (7)

1398].

VI. Rapporti del concorso anomalo con il reato aberrante e con il reato preterintenzionale

36

L'**art. 83** (*aberratio delicti*) e l'**art. 116** differiscono *non già* perché il primo prevede una realizzazione monosoggettiva del reato, e il secondo una situazione di concorso: anche l'art. 83, infatti, ben potrebbe applicarsi in caso di concorso di persone se, durante l'esecuzione plurisoggettiva del reato concordato, per un c.d. errore-inabilità, si realizzasse un reato diverso da nessuno voluto [LATAGLIATA (18) 191; GRASSO *CommSist II*, art. 116, 246; PULITANÒ 476]. *Né* le due norme differiscono in punto di elemento soggettivo [in tal senso, invece, in passato C 30.1.1982, Bocco, CED 153399]: un'interpretazione costituzionalmente orientata porta, infatti, a subordinare in entrambe le ipotesi la responsabilità per il reato diverso ad una colpa vera e propria. L'unica differenza tra le due norme risiede, invece, nel fatto che, mentre l'art. 83 si applica quando **nessuno (dei concorrenti) ha voluto il "reato diverso"**, l'art. 116 si applica, invece, quando **almeno uno (dei concorrenti) ha voluto il "reato diverso"** [PULITANÒ 476; PAGLIARO (19) 38, 65]. Se ciò basti a giustificare, al cospetto dell'art. 3 Cost., una così profonda differenza nel trattamento sanzionatorio disposto dalle due norme, è questione sulla quale sarebbe opportuna una rinnovata valutazione da parte della giurisprudenza delle supreme corti [nel senso di un'irragionevole disparità sanzionatoria, cfr. PAGLIARO (19) 175; PULITANÒ 478; *contra*, C 26.2.1980, Longhin, *RP* 1980, 681; C 30.1.1982, Bocco, cit.; INSOLERA (15) 486].

37

L'**art. 82** (*aberratio ictus*) e l'**art. 116** possono essere **applicati congiuntamente** qualora, in una situazione di concorso, uno dei concorrenti realizzi volutamente un reato diverso da quello concordato, offendendo, tuttavia, un soggetto diverso dalla vittima *da lui* presa di mira: se, ad esempio, Tizio, nel corso di una rapina a mano armata commessa insieme a Caio, spara con dolo omicida un colpo di pistola ai danni di Sempronio, uccidendo tuttavia Mevio, intervenuto in suo salvataggio, Caio - in presenza degli altri requisiti sopra illustrati - risponderà per concorso anomalo in omicidio doloso, in forza del **combinato disposto degli artt. 116-82-575** [cfr. C 27.9.2001, Liguori, CED 219751, secondo cui "la disciplina del c.d. concorso anomalo, contenuta nell'art. 116, può trovare applicazione anche nel caso di delitti caratterizzati dall'offesa a persona diversa da quella cui l'aggressione era diretta (*aberratio ictus*), non incidendo la divergenza degli effetti della condotta illecita rispetto all'obiettivo originariamente determinato sul tessuto

psicologico dell'azione, nella trama del quale si è strutturalmente inserito il contributo del partecipe, da riguardarsi quindi come responsabile - al pari dell'autore materiale - anche del delitto diverso da quello da entrambi originariamente concordato". Nello stesso senso, C 6.12.1989, Di Cicco, CED 182751].

38

Si noti, tuttavia, che nella diversa ipotesi in cui uno dei concorrenti, di propria iniziativa, rechi **offesa ad un soggetto diverso dalla vittima concordata** con gli altri - ad esempio, il killer assoldato per uccidere Sempronio uccide in realtà la guardia del corpo di Sempronio, nella quale riconosce un suo rivale in amore - secondo autorevole dottrina siamo fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 116, perché non è stato realizzato un "reato diverso" [PAGLIARO (19) 66]: nel nostro esempio il mandante risponderà, pertanto, per concorso pieno (e non anomalo) in omicidio doloso, in forza del **combinato disposto degli artt. 110-82-575** (cfr. *supra*, 8).

39

Già si è detto che non è possibile rispondere *ex art. 116* di **omicidio preterintenzionale**, allorché nessuno dei concorrenti abbia voluto l'evento morte (cfr. *supra*, 11). Pertanto, se tutti i concorrenti volevano le sole lesioni o percosse da cui è derivata la morte, tutti risponderanno di omicidio preterintenzionale *ex artt. 584-110* [C 14.10.2004, T., CED 230836; C 13.1.1997, Marchitelli, CED 207576; C 2.2.1996, Vanzan, CED 204297, *CP* 1997, 1007]; se, invece, anche uno solo di essi ha agito con dolo omicida, questi risponde di omicidio doloso *ex artt. 575-110*, mentre gli altri (quelli che non hanno voluto la morte) rispondono di omicidio doloso *ex artt. 575-116* [C 23.1.1990, Belpiede, *CP* 1991, 1376]. **Diversa** ancora è l'**ipotesi** in cui i concorrenti concordano la commissione di un certo reato (ad es., un furto), ma uno di essi realizza dolosamente il reato di lesioni o percosse dal quale deriva, non voluta, la morte. In questo caso di omicidio preterintenzionale risponderà il solo esecutore materiale; gli altri, invece, risponderanno, a titolo di concorso anomalo (art. 116), di lesioni o percosse dolose, ma non di omicidio preterintenzionale, giacché l'evento morte non è stato voluto nemmeno dall'esecutore materiale [*contra* - nel senso della responsabilità anche degli altri per omicidio preterintenzionale *ex art. 116* - LATAGLIATA (18) 198].

VII. Trattamento sanzionatorio. Circostanze

40

Il concorrente anomalo è punito con la **pena prevista per il reato doloso** effettivamente realizzato. Tale pena, se il "reato diverso" è più grave di quello voluto, è obbligatoriamente diminuita fino ad un terzo, ai sensi del **co. 2**

dell'art. 116, il quale configura una vera e propria *circostanza attenuante* ad effetto comune (art. 64 n. 3), soggetta alla disciplina generale delle circostanze, compreso l'eventuale giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 [GRASSO, *CommSist II*, art. 116, 246; C 30.4.1990, Rignanese, CED 184190]. La maggiore o minore gravità del “reato diverso” va desunta dalla misura della pena in concreto applicabile per tale reato al concorrente anomalo, confrontata con la pena per il “reato voluto”, tenuto conto anche delle circostanze eventualmente presenti e del relativo giudizio di bilanciamento. Qualora sia stato realizzato unicamente il “reato diverso”, ma non quello voluto (cfr. tuttavia *supra*, 16 ss.), tale confronto non potrà essere fatto in concreto, ma sulla base di un ragionamento ipotetico.

41

Se oltre al “reato diverso” è stato commesso anche il “reato voluto”, si applicano le norme sul **concorso** (riteniamo: formale) **di reati**, a meno che, nel caso di specie, uno dei due reati, in base ai criteri di soluzione del conflitto apparente di norme, non risulti assorbito nell'altro [PAGLIARO (19) 84 e 177].

42

Il concorso previsto dall'art. 116 è equiparato nei suoi effetti al concorso comune di cui all'art. 110, salvo per quanto concerne l'attenuante di cui al co. 2. Ne deriva che l'applicabilità al concorrente anomalo delle **aggravanti o attenuanti che ineriscono al reato effettivamente realizzato**, va regolata come nel concorso comune - quindi, ai sensi dell'art. 118 - senza deroghe o eccezioni [PAGLIARO (19) 81 e 145]. In particolare, dopo la riforma del 1990 dell'art. 118 sono state ritenute inapplicabili al concorrente anomalo, in relazione al “reato diverso”: - l'aggravante del **nesso teleologico** di cui all'art. 61 n. 2 [C 17.12.2003, Pernice, CED 226463; in senso contrario, ma prima del 1990: C 22.12.1987, Atzeni, CED 177307 e C 12.10.1983, Manco, *CP* 1985, 1363]; - l'aggravante della **premeditazione** [C 24.3.2009, Cazan, CED 243729].

43

Un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene l'attenuante della minima importanza dell'opera prestata nella preparazione o nell'esecuzione del reato (**art. 114 co. 1**) incompatibile con l'attenuante di cui all'art. 116 co. 2, “non essendo configurabile una minima partecipazione ad un fatto di per sé non voluto” [C 10.1.1994, Manitta, CED 198358; C 15.1.1991, Balsamo, CED 186151; conforme nella conclusione PAGLIARO (19) 144; cfr. anche commento all'art. 114].

44

La giurisprudenza ha altresì escluso la possibilità di riconoscere, a favore del concorrente anomalo, il vincolo della **continuazione** tra il “reato diverso” e altri reati, precedenti o successivi, di cui questi debba rispondere. Essendo, infatti, il “reato diverso” da lui non voluto, esso non si può trovare inserito in alcun previo “disegno criminoso” [C 27.6.2008, Cosoleto, CED 240515; C 24.7.1993, Ghilleri, CED 197543].

VIII. Questioni di legittimità costituzionale

45

La piena conformità dell'art. 116 col **principio di colpevolezza** potrebbe essere affermata *solo* in presenza di **due condizioni**: **1)** che l'*imputazione* del reato diverso sia subordinata ad un *effettivo legame di colpevolezza* tra il concorrente anomalo e tale reato (profilo dell'*an respondeatur*); **2)** che venga assicurata una *risposta sanzionatoria* proporzionata alla colpevolezza espressa dal fatto concreto nel suo complesso (profilo del *quantum respondeatur*) (cfr. anche art. 584, 64). La *prima condizione* potrebbe essere soddisfatta già *de iure condito*, in via interpretativa-applicativa, qualora si optasse a favore dell'imputazione della conseguenza non voluta per colpa, effettiva e non presunta, concepita ed accertata al pieno dei suoi requisiti ordinari (cfr. *supra*, 33). La *seconda condizione*, invece, non pare possa essere soddisfatta in via interpretativa-applicativa, in quanto il concorrente anomalo rimane pur sempre destinatario della pena di un reato doloso per un suo comportamento strutturalmente colposo (cfr. *supra*, 35). Anche la concessione dell'attenuante di cui al co. 2 nella sua massima misura non potrebbe sanare tale anomalia [BASILE (5) 46], per quanto si possa convenire con quanti sostengono che il fatto di cui all'art. 116 meriti una pena più grave di quella prevista per un ordinario fatto colposo [cfr. PAGLIARO (19) 38: “l'affidarsi ad altri per la realizzazione di un proprio proposito criminoso implica l'attivare forze che non possono poi essere controllate. Il comportamento, dunque, appare maggiormente riprovevole che non nelle comuni ipotesi di colpa: e ciò può spiegare l'esigenza di una più severa punizione”]. In giurisprudenza, la questione dell'illegittimità costituzionale dell'art. 116 in relazione agli artt. 3 e 27 Cost. per il mancato rispetto delle due condizioni sopra indicate, è stata da ultimo ritenuta infondata da C 8.1.2010, Hajro, CED 245205.

IX. Casistica

46

Lesioni/omicidio commessi nel corso di una rapina: C 21.6.2001, Milici, CED 219434; C 18.5.2009, Moscato, CED 244808; C 14.5.2010, Rubino, CED246914: il concorso di persone nel delitto di lesioni/omicidio, seguito a una rapina a mano armata in danno del titolare di una gioielleria è, ai sensi

dell'art. 110, pieno e non anomalo, atteso che l'evento lesivo/omicidiario verificatosi non può considerarsi eccezionale e imprevedibile ma un *ordinario possibile suo sviluppo*, alla luce di una verificata regolarità causale dovuta all'uso delle armi per fronteggiare evenienze peggiorative o per garantirsi la via di fuga". **C 2.2.2001, Riso, CED 218191**: nell'ipotesi di omicidio commesso durante una rapina con uso di armi, la questione relativa alla responsabilità per l'omicidio da parte di chi non ha fatto uso delle armi a titolo di concorso anomalo o pieno, deve essere risolta caso per caso, senza aprioristiche opzioni concettuali, accertando - in riferimento alle specifiche e peculiari circostanze concrete - se l'evento mortale fosse solo prevedibile oppure se esso sia stato previsto e voluto, per lo meno nella forma del dolo eventuale: nel caso di specie, la Suprema Corte ha affermato la sussistenza del dolo eventuale e la conseguente responsabilità *ex artt.* 110 e 575 sulla base della consapevolezza da parte di tutti gli imputati che le armi avevano il colpo in canna e che anche la sera prima del fatto l'autore materiale dell'omicidio aveva commesso una rapina con le medesime modalità e con la medesima reazione armata della vittima. **C 17.12.1991, Vizzini, CED 189105**: l'omicidio della vittima in occasione di una rapina (anche non a mano armata) si raccorda di regola alla disciplina dell'art. 116, giacché tale reato determina sempre un gravissimo pericolo per la vita del rapinato, il quale per impulso naturale è portato a resistere alla violenza o alla minaccia che gli proviene dal rapinatore e a sperimentare qualsiasi mezzo per sottrarsi ad essa. Il verificarsi del più grave reato di omicidio è in tale ipotesi non già un evento eccezionale o atipico rispetto al crimine voluto e concordato, ma un evento che rientra nell'ordinario svolgersi dei fatti umani.

47

Omicidio commesso in occasione delle concordate lesioni personali: C s.u. 9.1.2009, Antonucci, CED 241574: l'espressa adesione del concorrente a un'impresa criminosa - consistente nella produzione di un evento gravemente lesivo (la "gambizzazione" della vittima) mediante il necessario e concordato impiego di micidiali armi da sparo - implica comunque il consenso preventivo all'uso cruento e illimitato delle medesime da parte di colui che sia stato designato come esecutore materiale, anche per fronteggiare le eventuali evenienze peggiorative della vicenda o per garantirsi la via di fuga, sicché in capo al concorrente non esecutore materiale dell'evento omicidiario è ravvisabile per lo meno un dolo eventuale, con conseguente applicazione dell'art. 110, anziché dell'art. 116. **C 9.10.2009, Rizza, CED 245152**: va annullata la decisione con cui il giudice di merito aveva affermato la responsabilità *ex artt.* 116-575 di un imputato che, rivoltosi ad un *boss* di un clan mafioso, aveva chiesto di punire - mediante la rottura della mano - un rivale, laddove gli esecutori della spedizione punitiva, in violazione non solo dello specifico contenuto del "mandato" originario, ma anche dell'ordine del

loro capo, uccidevano la vittima. **C 19.1.1999, Zumbo, RIDPP 2000, 1195:** rispondono di omicidio *ex artt.* 575 e 116 coloro i quali abbiano accettato di partecipare ad un'aggressione portando con sé armi improprie (un bastone ed un bloccasterzo), qualora uno dei concorrenti abbia cagionato la morte dell'agredito mediante uso di arma da fuoco: la consapevolezza di voler provocare almeno delle lesioni è sufficiente a far ritenere che la degenerazione dello scontro, a prescindere dalle specifiche modalità e dagli specifici mezzi adoperati, non possa essere considerata come circostanza eccezionale tale da interrompere il nesso di causalità psichica tra il reato concordato e l'evento diverso realizzatosi, rientrando nella ragionevole prevedibilità psichica di ciascun concorrente.

BIBLIOGRAFIA: (1) ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, RIDPP 1995, 51; (2) ARDIZZONE, *Le ipotesi di responsabilità oggettiva: tra dogmatica e politica criminale*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989, 285; (3) BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, 2005; (4) BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in BELLANTONI, VIGONI, *Studi in onore di Mario Pisani*, III, 2010, 209; (5) BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle sez. un. sull'art. 586*, in BERTOLINO, EUSEBI, FORTI, *Studi in onore di Mario Romano*, 2011, 456; (6) BERNASCONI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di art. 116 c.p.*, IP 1994, 323; (7) CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, SI 1996, 1396; (8) DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, 1956; (9) ESPOSITO, *Dalla divergenza dell'oggetto materiale nel concorso di persone anomalo all'aberratio causae: riflessioni in materia di dolo*, IP 2001, 1159; (10) FLICK, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 116 c.p.*, RIDPP 1964, 812; (11) FROSALI, *L'elemento soggettivo del concorso di persone del reato*, AP 1947, 6; (12) GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, 1957; (13) GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita e principio di colpevolezza*, RIDPP 2000, 1197; (14) INSOLERA, *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.*, RIDPP 1978, 1489; (15) INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, Dpen II, 1988, 437; (16) INSOLERA, *L'art. 116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva: riflessioni interpretative e proposte di modifica*, in STILE (a cura di), *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989, 455; (17) LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, EdD, VIII, 1961, 584; (18) LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964; (19) PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, 1966; (20) PAGLIARO, *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto*

concorsuale, RIDPP 1994, 3; (21) PANNAIN, Sull'art. 116 del c.p., AP 1965, II, 432; (22) PECORARO-ALBANI, Il concorso di persone nel reato, 1961; (23) PIRAS, L'elemento soggettivo del concorso anomalo, CP 2001, 2352; (24) PISAPIA-LENER, La responsabilità oggettiva con particolare riguardo alla partecipazione a reato diverso da quello voluto, in AA.VV., Convegno nazionale su alcune delle più urgenti riforme del diritto penale, 1961, 131 e 363; (25) SEMINARA, Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato, RIDPP 1983, 1121; (26) SEMINARA, Sul concorso di persone nel reato, DPP 2007, 1401.