

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

DOTTORATO DI RICERCA IN

“SISTEMA PENALE INTEGRATO E PROCESSO”

XXV CICLO



TESI DI DOTTORATO

Responsabilità oggettiva ed ipotesi concorsuale ex art. 116 c.p.

TUTOR:

CH. MO PROF.

CARLO LONGOBARDO

CANDIDATO:

DOTT.

GIOVANNI ROSSI

COORDINATORE DEL DOTTORATO:

CH.MO PROF. SERGIO MOCCIA

Indice Sommario

Introduzione p. 5

Capitolo I

La disciplina codicistica del concorso di persone nel reato.

Premessa p. 13

1. Il fondamento teorico-giuridico del concorso di persone nel reato.
..... p. 15

**1.1. I diversi modelli per la disciplina del concorso di persone nel reato:
il modello differenziato ed il modello unitario. La scelta del codice
penale vigente.....** p. 18

**2. I requisiti strutturali della fattispecie plurisoggettiva eventuale. I
requisiti oggettivi.....** p. 23

2.1. La pluralità di concorrenti..... p. 23

2.2. La realizzazione di un fatto tipico..... p. 28

**2.3 Il contributo di ciascun concorrente alla realizzazione del fatto
tipico.....** p. 30

3. Il requisito soggettivo della fattispecie concorsuale..... p. 42

4. La desistenza volontaria..... p. 46

5. Il concorso eventuale ed il concorso necessario..... p. 47

6. La funzione sistematica dell'art. 115 c.p. p. 50

6.1. L'accordo e l'istigazione..... p. 54

**6.2. La deroga espressa alla generale irrilevanza dell'accordo e
dell'istigazione sterili.....** p. 57

6.3. Un'ipotesi di quasi-reato: l'applicabilità della misura di

sicurezza..... p. 60

Capitolo II

L'ulteriore fattispecie plurisoggettiva della cooperazione nel delitto colposo.

1. La cooperazione nel delitto colposo..... p. 63

2. La funzione della norma sulla cooperazione colposa..... p. 72

3. La cooperazione colposa nelle contravvenzioni..... p. 79

4. La cooperazione colposa nel delitto doloso..... p. 82

Capitolo III

Il concorso di persone nel reato e la disciplina delle circostanze.

1. Le circostanze aggravanti all'interno del sistema del concorso di persone..... p. 84

1.1 La determinazione dell'art. 111 c.p. come ipotesi circostanziata di concorso di persone nel reato..... p. 85

1.2. Le ipotesi di aggravamento di pena di cui all'art. 111 c.p. p. 89

1.3. Le differenze tra l'art. 111 e l'art. 112 c.p. p. 91

2. Le circostanze aggravanti di cui all'articolo 112 c.p. p. 93

2.1. La circostanza aggravante per i promotori, gli organizzatori e i dirigenti..... p. 97

2.2. L'aggravante per la determinazione al reato di una persona subordinata..... p. 100

2.3. L'aggravante per chi determina al reato una persona minorenni o in stato di infermità o deficienza psichica..... p. 103

3. La circostanza attenuante del contributo di minima importanza.....	p. 108
3.1. L'esperienza giurisprudenziale della circostanza attenuante della << minima importanza >>.....	p. 115
3.2. I casi in cui l'attenuante della minima importanza non è applicabile.....	p. 119
3.3. L'ulteriore circostanza attenuante per le persone imputabili determinate al reato.....	p. 123
3.4. La discrezionalità del giudice nell'applicazione delle circostanze attenuanti dell'art. 114 c.p.	p. 126
4. La comunicabilità delle circostanze ai concorrenti prima della l. 7 febbraio 1990 n. 19.....	p. 129
4.1. La nuova disciplina della comunicabilità delle circostanze ai concorrenti dopo la l. 7 febbraio 1990 n. 19.....	p. 131
4.2. Le singole circostanze che non si comunicano ai compartecipi.....	p. 137
5. La disciplina delle circostanze di esclusione della pena: differenza tra circostanze soggettive e circostanze oggettive.....	p. 140
5.1. Le circostanze soggettive di esclusione della pena.....	p. 141
5.2. Le circostanze oggettive di esclusione della pena.....	p. 148

Capitolo IV

Il concorso anomalo: tra prevedibilità e responsabilità oggettiva.

Premessa introduttiva p. 149

1. La responsabilità del concorrente anomalo quale forma di

responsabilità oggettiva.....	p. 153
2. Origine storica del concorso anomalo e questione di legittimità costituzionale.....	p. 167
3. L'elemento psicologico nell'art. 116 c.p. secondo la ricostruzione dottrinarica.....	p. 183
4. I requisiti strutturali della fattispecie del concorso anomalo secondo l'evoluzione giurisprudenziale.....	p. 197
5. La compatibilità costituzionale dell'art. 116 c.p.....	p. 205
6. L'art. 116 c.p. e la funzione rieducativa della pena.....	p. 210
7. Prospettive di riforma.....	p. 215
 <i>Bibliografia</i>	 p. 226

Introduzione.

L'oggetto di ricerca della presente tesi di dottorato concerne la delicata questione della responsabilità del concorrente rispetto ad un reato diverso da quello originariamente voluto, cioè la responsabilità del "concorrente anomalo" di cui all'articolo 116 c.p. Secondo tale disposizione, infatti – espressamente rubricata << reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti >> –, << 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 >>. Classico è l'esempio dei due concorrenti che originariamente si organizzano per commettere un furto in abitazione (ritenuta al momento disabitata), ma dove poi uno dei due, per fronteggiare le resistenze dell'inaspettata vittima, commette in concreto una rapina. In questo caso, quindi, risponderà della rapina anche il concorrente che voleva realizzare esclusivamente il furto e che si è limitato a fare da "palo" rimanendo fuori dall'abitazione? Oppure sarà considerato responsabile della rapina solo il concorrente esecutore materiale della stessa? La risposta a questi quesiti sembra essere dettata esplicitamente nella lettera dell'articolo 116 c.p., secondo cui, come poc'anzi ricordato, del reato diverso (o più grave) effettivamente commesso da uno dei concorrenti risponde anche il concorrente che non lo ha voluto, ovvero il cosiddetto "concorrente anomalo". Tuttavia, contrariamente a quanto appare *prima facie*, l'individuazione concreta degli elementi costitutivi – oggettivi e soggettivi – di tale ipotesi concorsuale è tutt'altro che chiara, soprattutto alla luce dei principi costituzionali che devono informare tutto il diritto penale.

In particolare, il nodo problematico non ancora risolto in maniera univoca, né in dottrina e in giurisprudenza, è quello della natura giuridica della responsabilità del concorrente anomalo. Secondo alcuni, infatti, quest'ultima è una chiara ipotesi di responsabilità oggettiva, in cui manca del tutto l'accertamento dell'elemento soggettivo della fattispecie; secondo altri, invece, è una tipica ipotesi di responsabilità dolosa; per la giurisprudenza dominante, viceversa, seguita anche da una cospicua parte della dottrina, il concorso anomalo rappresenta una particolare forma di responsabilità colposa, dove però l'elemento della colpa viene sostituito in concreto dal requisito della "prevedibilità".

A tale proposito, in questo studio si cerca di evidenziare che, nonostante le innumerevoli interpretazioni proposte sia a livello accademico sia a livello giurisprudenziale, la disposizione dell'articolo 116 c.p. risulta tuttora in evidente contrasto con i fondamentali principi costituzionali su cui si basa l'attuale diritto penale del fatto, tra cui quelli della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.), della tipicità della fattispecie (art. 25, comma 2, Cost.), della funzione rieducativa della pena, nonché della proporzionalità della stessa rispetto al fatto concreto (artt. 27, comma 3, e 3 Cost.).

Tuttavia, prima di analizzare approfonditamente la questione della natura giuridica della responsabilità del concorrente anomalo, questo lavoro si impegna di inquadrare in via sistematica la fattispecie dell'articolo 116 c.p. all'interno del contesto della disciplina del concorso di persone nel reato di cui agli articoli 110 e seguenti c.p. Difatti, solo partendo da una preliminare analisi della disciplina generale del concorso

eventuale di persone nel reato, con una descrizione di tutti i suoi elementi costitutivi (di natura oggettiva e di natura soggettiva), si possono poi individuare le differenze e le eccezioni che alla stessa disciplina generale vengono poste con la peculiare disciplina del concorso anomalo. Di conseguenza, in primo luogo, la presente ricerca di dottorato si focalizza sulla disciplina generale del concorso di persone nel reato, nonché sulle opzioni dogmatiche e di politica criminale che con essa il legislatore del 1930 ha voluto soddisfare. Nel dettaglio, in via preliminare, si pone l'attenzione sulle diversità dei due possibili modelli di disciplina del concorso di persone nel reato, quello differenziato e quello unitario, sottolineando le ragioni che hanno condotto il legislatore dell'epoca a scegliere quest'ultimo modello. Inevitabilmente, quindi, si passano in rassegna i requisiti strutturali dell'ordinario concorso di persone nel reato, cosiddetto concorso eventuale di persone o fattispecie plurisoggettiva eventuale, per poi passare alla disciplina delle circostanze, nonché a quella particolare ipotesi di concorso di persone nel reato denominata cooperazione nel delitto colposo.

Dopo aver fatto questa prima disamina sulla disciplina generale del concorso di persone, la trattazione si sposta *funditus* sull'argomento della responsabilità del concorrente anomalo, delineando tutti gli orientamenti interpretativi che si sono susseguiti nel tempo, a partire dall'entrata in vigore del codice penale Rocco del 1930. E precisamente, per quanto concerne la natura di tale responsabilità, vengono analizzati i lavori preparatori del codice penale per individuare se effettivamente la *ratio legis* era effettivamente quella di inserire nel concorso di persone una

chiara ipotesi di responsabilità oggettiva, basata esclusivamente sul nesso di causalità materiale. Tuttavia, proprio dall'analisi dei lavori preparatori si percepisce che anche all'epoca della stesura del codice penale non vi era unanimità di vedute sulla natura della responsabilità del concorrente anomalo, anzi, nella relazione al progetto emergeva già *in nuce* un orientamento che riteneva sussistente l'elemento psicologico doloso nella fattispecie dell'articolo 116 c.p. Nonostante questa originaria incertezza dei lavori preparatori, successivamente in dottrina si è prevalentemente sostenuto che la responsabilità del concorrente anomalo rappresentasse un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ove non occorre l'accertamento dell'elemento soggettivo, bensì è sufficiente il mero rapporto di causalità materiale. Questa interpretazione, però, se chiaramente in linea con il regime autoritario dell'epoca, non è più compatibile con l'odierno diritto penale costituzionalmente orientato, dove per la responsabilità di un fatto-reato necessita che questo sia attribuito all'individuo – come affermato anche dalle storiche sentenze 364 e 1085 del 1988 della Corte Cost. – sia dal punto di vista oggettivo che dal punto di vista soggettivo. In altri termini, sulla base del principio della personalità della responsabilità penale, una persona può essere ritenuta responsabile di un fatto-reato solo quando questo è ricollegabile alla stessa sia dal punto di vista del rapporto di causalità materiale che dal punto di vista dell'elemento psicologico, doloso o colposo. Così facendo, dunque, necessitano sempre gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie, risultando incompatibili con l'attuale assetto costituzionale, in particolare con il principio della personalità responsabilità penale di cui all'art. 27,

comma 1, Cost., tutte le ipotesi di mera responsabilità oggettiva, dove è sufficiente, per la punibilità, l'accertamento del solo nesso di causalità materiale.

Orbene, per risolvere la questione della compatibilità costituzionale dell'art. 116 c.p., il cui testo sembrerebbe propendere proprio per la sufficienza dell'accertamento del solo rapporto causale, la Corte Cost. è intervenuta con una sentenza interpretativa di rigetto, la n. 42 del 1965, con la quale si esclude l'illegittimità costituzionale dell'attuale disciplina del concorso anomalo. Pertanto, per comprendere le ragioni del rigetto, prima si è analizzata la pronuncia della Consulta, per poi evidenziarne i punti critici che dalla stessa sono derivati. In sostanza, accanto al nesso di causalità materiale, la Corte ha affermato la necessaria presenza di un nesso di "causalità psichica" che sia in grado di rappresentare un indice di colpevolezza. Quest'ultimo, in particolare, viene ravvisato dalla Consulta nella prevedibilità dell'evento diverso e non voluto dal concorrente. Secondo le parole della Corte, l'evento diverso e più grave deve essere uno "sviluppo logicamente prevedibile" di quello voluto. Pertanto, solo se si accerta tale prevedibilità del fatto diverso e più grave si può affermare la responsabilità del concorrente *ex art. 116 c.p.* Con tale interpretazione adeguatrice – o correttiva –, mutuata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, la Corte costituzionale nega che l'art. 116 c.p. costituisca un'ipotesi di responsabilità oggettiva, come tale contraria all'art. 27, comma 1, Cost.

Da questa sentenza, però, è scaturito un acceso dibattito sulla natura del requisito della prevedibilità, che può essere intesa in astratto o in

concreto. Tuttavia, come emerge nel lavoro di ricerca, nonostante la teoria della prevedibilità in concreto sia ormai quella seguita dalla giurisprudenza attualmente prevalente, essa non è in grado di eliminare i dubbi di legittimità costituzionale della norma in esame.

Ciò detto, rilevati gli orientamenti giurisprudenziali sul punto, si passano ad analizzare le diverse interpretazioni dottrinarie sull'elemento soggettivo nel concorso anomalo. Infatti, ancor prima della ricordata sentenza della Corte Cost., n. 42 del 1965, la dottrina ha cercato di ricostruire *ab origine* un elemento psicologico nella fattispecie dell'art. 116 c.p., negando così la sua natura di responsabilità oggettiva. Originariamente, infatti, non è mancato chi ha accolto la tesi della responsabilità a titolo di dolo. E tale orientamento è stato sostenuto facendo riferimento a diverse argomentazioni. Così come non è mancato chi ha sostenuto la natura sostanzialmente colposa del concorso anomalo. Invero, con la sentenza adeguatrice della Corte Costituzionale, come già detto, si introduce nell'art. 116 c.p. l'elemento della "prevedibilità", classico presupposto dell'imputazione soggettiva a titolo di colpa. Tuttavia, come afferma autorevole dottrina, si tratta di una colpa *sui generis*, perché manca un suo elemento caratterizzante: non si richiede, infatti, per la punibilità ex art. 116 c.p., la violazione di una regola oggettiva di diligenza diretta ad evitare quel determinato fatto concretamente realizzato. Ed a questa obiezione non si può replicare affermando che la violazione del dovere obiettivo di diligenza sarebbe rappresentato dall'imprudenza di essersi affidato, per la realizzazione del proposito criminoso, alla condotta altrui, come tale non controllabile. In

tal modo, infatti, si crea solo una presunzione di colpa in capo ad ogni compartecipe che concorre con altri per commettere un reato, anche se poi in concreto viene realizzato un reato diverso e non voluto.

In ogni caso, seppure si volesse accogliere la tesi della responsabilità a titolo di colpa, è evidente che saremmo di fronte ad una violazione del principio generale dell'art. 42, co. 2, c.p. Quest'ultimo, infatti, stabilisce che si può essere puniti a titolo di colpa solo se il reato è espressamente previsto dalla legge come colposo, cosa che invece non accade nell'art. 116 c.p.

Di conseguenza, resta l'anomalia della responsabilità racchiusa nella norma in commento. Da un lato, perché non c'è una concreta violazione di una regola obiettiva di diligenza – a meno che non si voglia accogliere la tesi della presunzione di colpa –; dall'altro, perché non è espressamente prevista dalla norma la punibilità a titolo di colpa del concorrente anomalo.

È evidente, quindi, che in tutte le ricostruzioni fornite non vi è altro che una mera presunzione dell'elemento psicologico, in concreto mai accertato.

Peraltro, una responsabilità “apparentemente colposa”, data la “prevedibilità” in concreto dell'evento diverso, viene punita a titolo di dolo, con evidente sproporzione della pena rispetto al grado di colpevolezza.

Da queste semplici constatazioni sembra evidente come il problema della compatibilità dell'art. 116 c.p. con il principio della personalità della responsabilità penale – di cui all'art. 27 Cost. – è tutt'altro che risolto.

Anzi, se la colpevolezza è il limite normativo oltre il quale non può andare la sanzione penale, applicare una pena a titolo di dolo per un fatto strutturalmente colposo – ma non previsto come tale dalla legge – rappresenta una violazione del su menzionato principio, oltre che del principio di legalità di cui all'art. 25, comma 2, Cost. Precisamente, si applicherebbe una sanzione – prevista per il reato doloso – sproporzionata rispetto all'elemento psicologico – colposo – effettivamente posseduto dal concorrente che non volle il reato diverso. Vi sarebbe, in altri termini, una sproporzione tra il fatto strutturalmente colposo e la sanzione – prevista per il reato doloso – concretamente applicata. Pertanto, oltre che con il principio delle personalità della responsabilità penale, si potrebbe configurare una violazione dell'art. 116 c.p. anche con i principi di ragionevolezza e di proporzione della sanzione penale, desumibili dall'art. 27 Cost., nonché dall'art. 3 Cost.

In ultimo, per completezza di trattazione, dopo aver analizzato tutti i profili di compatibilità costituzionale dell'art. 116 c.p., il lavoro di ricerca si sofferma ad analizzare i più recenti progetti di riforma del codice penale per comprendere in che modo le diverse Commissioni di riforma hanno cercato di recuperare quella tanto auspicata dimensione costituzionale del concorso anomalo, richiesta dalla Consulta già con la sentenza 42 del 1965, ma allo stato non ancora realizzata.

Capitolo I

La disciplina codicistica del concorso di persone nel reato.

Premessa

Il presente lavoro di ricerca attiene alle ipotesi di responsabilità oggettiva riscontrabili nelle fattispecie concorsuali. In particolare, come già anticipato, ci occuperemo nel dettaglio dell'ipotesi della responsabilità del concorrente per il caso in cui venga realizzato un reato diverso da quello originariamente voluto. Stiamo parlando, in sostanza, della fattispecie del cosiddetto concorso anomalo di cui all'articolo 116 c.p., che espressamente disciplina l'ipotesi del <<reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti>>. Come vedremo, la disciplina dettata dalla disposizione appena citata consente di attribuire la responsabilità per il reato commesso da uno dei concorrenti (esecutore materiale) anche agli altri concorrenti che non volevano realizzarlo. Ciò che rileva per il legislatore è il fatto di aver concorso con altre persone alla commissione di un reato, seppur diverso, anche se quest'ultimo non viene commesso in concreto. È evidente, allora, che la nostra trattazione non può prescindere da un'analisi della disciplina generale del concorso di persone nel reato, così come prevista nell'attuale contesto legislativo e giurisprudenziale. Pertanto, dobbiamo prima analizzare le disposizioni degli articoli 110 e seguenti del codice penale, per poi passare ad un analitico approfondimento della peculiare ipotesi concorsuale di cui all'articolo 116 c.p., che tuttora rimane una forma di responsabilità oggettiva nel nostro ordinamento giuridico, nonostante gli sforzi interpretativi della dottrina e

della giurisprudenza costituzionalmente orientata.

1. Il fondamento teorico-giuridico del concorso di persone nel reato.

L'articolo 110 del codice penale testualmente prevede che: << Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti >>.

La disposizione dell'art 110 c.p. poc'anzi richiamata disciplina le ipotesi del cosiddetto "concorso eventuale" di persone nel reato. Essa costituisce, in particolare, una norma grazie alla quale il nostro ordinamento estende la punibilità a tutti i soggetti che concorrono alla realizzazione di un fatto previsto dalla norma incriminatrice di parte speciale come reato monosoggettivo. Come vedremo, la dottrina parla di "concorso eventuale" per distinguerlo dal c.d. "concorso necessario" in cui la plurisoggettività costituisce di per sé, già all'interno della norma di parte speciale, un elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice. In altri termini, concorso "necessario" è quello dei reati plurisoggettivi, cioè che necessariamente sono realizzati da più persone, mentre quello "eventuale" è quello dei reati normativamente descritti in una realizzazione monosoggettiva¹. Solo la combinazione dell'art. 110 c.p. con la fattispecie incriminatrice monosoggettiva consente di creare una nuova ed autonoma fattispecie plurisoggettiva "eventuale" e, quindi, di punire tutti gli eventuali concorrenti del nuovo fatto tipico-concorsuale.

La *fattispecie plurisoggettiva eventuale* così individuata, dunque, in osservanza del principio di legalità, permette di sanzionare anche le condotte atipiche rispetto alla norma incriminatrice, che invece considera soltanto i comportamenti monosoggettivi. In altri termini, alla *fattispecie*

¹ PATERNITI, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. giur.*, 2008, pp. 1 ss.

monosoggettiva si affianca una nuova *fattispecie concorsuale*, cui corrisponde un fatto tipico che considera insieme tutte le singole forme di partecipazione nel reato. Tali condotte di partecipazione – normalmente atipiche rispetto alla fattispecie monosoggettiva – saranno considerate “tipiche” rispetto alla fattispecie concorsuale, sempre che siano ritenute penalmente rilevanti in base ai criteri minimi fissati dalla dottrina e dalla giurisprudenza¹.

Secondo alcuni² la fattispecie plurisoggettiva eventuale è unica per tutti i concorrenti; secondo altri ³, viceversa, è diversa per ciascuno di essi, pertanto si hanno tante fattispecie plurisoggettive eventuali per quanti sono gli effettivi concorrenti. Tali fattispecie plurisoggettive eventuali avrebbero in comune lo stesso fatto materiale, ma si differenzerebbero per i diversi elementi psicologici dei singoli concorrenti e per taluni aspetti esteriori⁴.

Prima della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, attualmente prevalente, in dottrina è a lungo prevalsa la teoria dell'accessorietà. Per quest'ultima, in particolare, la punibilità di ciascun concorrente si basa sull'accessorietà della sua condotta atipica rispetto a quella principale corrispondente alla fattispecie tipica monosoggettiva⁵. All'interno della stessa teoria dell'accessorietà, però, si distinguono varie forme, a seconda della rilevanza della condotta principale. Si ha così un'accessorietà

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 493.

² DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, 1956, pp. 40 ss.; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persona nel reato*, 1957, pp. 55 ss.

³ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, VII ed., 2000, pp. 536 ss.

⁴ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, p. 14 ss.

⁵ DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, in *Diritto Penale. Raccolta degli scritti*, I, 1976, p. 313; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964, pp. 67 ss.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, pp. 22 e ss.

estrema, se per la punibilità del concorrente si presuppone una condotta principale tipica, antigiuridica e colpevole; un'accessorietà *limitata*, che richiede una condotta principale tipica ed antigiuridica; un'accessorietà *minima*, per la quale è sufficiente una condotta principale tipica.

La maggiore obiezione mossa contro la teoria dell'accessorietà è stata quella della impossibilità di spiegare la punibilità dei concorrenti nei casi di *esecuzione frazionata*. In quest'ultimi casi, infatti, il reato viene commesso in parte da tutti i concorrenti e non può essere individuata una condotta principale che corrisponda alla fattispecie tipica. Si pensi al classico esempio della rapina, in cui un concorrente eserciti la minaccia con la pistola ed un altro concorrente s'impadronisca del portafoglio della vittima. In tale ipotesi nessuno dei due compartecipi tiene una condotta corrispondente alla fattispecie tipica della rapina, di conseguenza non può essere ravvisata alcuna condotta principale, determinante per la punibilità dei concorrenti – secondo la teoria dell'accessorietà –. Tuttavia, una parte della dottrina afferma che nelle ipotesi di esecuzione frazionata vi sia un'accessorietà *reciproca* tra le condotte atipiche. Precisamente, si sostiene che <<ciascun contributo, per acquistare rilievo giuridico, ha bisogno di venire accostato ad un altro complementare>>¹. In tal modo, però, se rappresenta una mera integrazione di condotte di per sé atipiche, la stessa teoria dell'accessorietà viene nella sostanza superata².

In conclusione, come sostiene autorevole dottrina, ciò che resta della teoria dell'accessorietà nell'attuale sistema penale è la non punibilità delle condotte atipiche che non siano collegate alla realizzazione di un reato³.

¹ PEDRAZZI, *Il concorso*, op. cit., p. 96.

² DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, op. cit., p. 135.

³ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 127.

1.1. I diversi modelli per la disciplina del concorso di persone nel reato: il modello differenziato ed il modello unitario. La scelta del codice penale vigente.

Nel disciplinare il fenomeno del concorso eventuale di persone il legislatore può accogliere uno dei due modelli tradizionalmente previsti per la tipicizzazione del fatto: il modello differenziato o quello unitario. Con il primo modello – quello differenziato – il legislatore tipicizza in maniera autonoma le varie forme di partecipazione al reato, distinguendole in base ai ruoli assunti dai concorrenti. Si avranno in tal modo le distinte figure dell'autore, del determinatore, dell'istigatore, del complice, ecc¹. Così facendo a ciascuna forma di partecipazione tipicizzata dal legislatore corrisponderà una diversa <<cornice di pena>> già a livello di previsione edittale². Pertanto, già nel momento della comminazione, la pena prevista per l'autore del reato sarà diversa da quella prevista per il determinatore, quest'ultima sarà diversa da quella comminata per l'istigatore e così via per le altre forme di partecipazione. Nessuna differenziazione a livello di previsione edittale della pena è invece presente nei *modelli unitari*. In essi, infatti, vi è una tipicizzazione unitaria della fattispecie concorsuale con la quale il legislatore, per ciò che concerne la pena da comminare, equipara tutte le condotte concorsuali. Di conseguenza, nei sistemi in cui vige il modello unitario il giudice può prendere in considerazione il diverso ruolo effettivamente tenuto da ciascun concorrente – considerando anche le eventuali circostanze aggravanti o attenuanti – solo nel momento della concreta

¹ SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, pp. 29 ss.

² ROMANO-GRASSO, *Commentario, op. cit.*, pp. 121 ss.

commisurazione della pena da irrogare .

A tale proposito, si deve ricordare che il modello differenziato è il frutto della tradizione penalistica delle codificazioni liberali ottocentesche. Da un lato, esso è più rispettoso dei momenti di garanzia, impliciti nella regola della tipicità delle condotte penalmente rilevanti¹. Dall'altro, solo con una tipicizzazione delle singole forme di partecipazione si può porre un limite potenziale al potere discrezionale del giudice nella graduazione della pena.

È per queste ragioni che autorevole dottrina² auspica un ritorno al modello differenziato. Quest'ultimo modello, in particolare, è tuttora adottato da diversi Stati europei, ad esempio dalla Germania. Tuttavia, in altri Stati la disciplina della condotta concorsuale si presenta come una sintesi dei due modelli sopra descritti. A titolo esemplificativo, nel sistema austriaco, tradizionalmente considerato un sistema unitario, da una parte si prevedono diverse categorie di concorrenti (l'autore vero e proprio, l'istigatore, il complice), dall'altra, però, non si dispone un differente trattamento sanzionatorio per i diversi compartecipi, che invece vengono considerati tutti <<autori>> del fatto. Allo stesso modo, il sistema francese tipicizza in maniera differenziata le varie forme di partecipazione, ma prevede per esse un'equiparazione dal punto di vista sanzionatorio.

Il codice penale vigente – cioè il codice Rocco del 1930 –, diversamente dal codice Zanardelli del 1889, accoglie un *modello unitario* per la

¹ FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, pp. 494 ss.

² FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 2007, p. 486.

disciplina del concorso di persone nel reato. L'art. 110 c.p., infatti, senza fare alcuna distinzione tra le varie forme di partecipazione, dispone che <<quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita>>. Tale opzione legislativa è frutto di scelte dogmatiche, politico-criminali e pratiche.

Dal punto di vista dogmatico, la scelta di considerare equivalenti tutti i contributi dei concorrenti, senza alcuna differenziazione fra essi, è una conseguenza del principio dell'equivalenza causale accolto negli artt. 40 e ss. c.p..

Infatti, nella *Relazione al progetto definitivo* del codice si legge che <<il criterio di una eguale responsabilità per tutte le persone che sono concorse nel reato è in diretta dipendenza del principio che si è accolto nel regolare il concorso di cause nella produzione dell'evento; principio in forza del quale tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento sono cause di esso>>¹. Pertanto, se non è possibile differenziare le varie condizioni che danno causa ad un evento, ragioni di coerenza sistematica impongono al legislatore del 1930 di prevedere anche l'equivalenza delle condotte concorsuali. A conferma di ciò, nella stessa *Relazione al progetto definitivo* del codice si afferma quanto segue: <<Anche nell'ipotesi che il fatto sia oggetto dell'attività di più persone, l'evento deve essere messo a carico di tutti i concorrenti che con la propria azione contribuirono a determinarlo: il legame, invero, che avvince l'attività dei vari concorrenti, si realizza in una associazione di cause coscienti, alle quali è dovuto l'evento e, perciò, a ciascuno dei compartecipi deve essere attribuita la

¹ *Relazione al progetto definitivo*, n. 134; conf. DELITALIA, *Le dottrine*, cit., pp. 311-312.

responsabilità dell'intero>>.

Per ciò che riguarda le scelte di politica-criminale, il modello unitario rappresenta la conseguenza delle tendenze autoritario-repressive che hanno ispirato il legislatore del 1930. Quest'ultimo, da una lato, ha voluto generalizzare un inasprimento del trattamento sanzionatorio delle condotte concorsuali, senza distinguere tra compartecipi primari (autore, coautore, determinatore) e secondari (istigatore e complice). Dall'altro, sotto l'influenza del positivismo criminologico – di matrice lombrosiana e ferriana –, ha privilegiato il *valore sintomatico* dei singoli contributi da cui far emergere la *pericolosità sociale* rilevante per il trattamento sanzionatorio di ciascun compartecipe.

Infine, da un punto di vista pratico, la scelta del modello unitario ha voluto eliminare le difficoltà verificatesi nella prassi applicativa della disciplina differenziata accolta dal codice Zanardelli. Nella vigenza di tale codice, infatti, si è constatata l'inesistenza di criteri obiettivi grazie ai quali poter distinguere con certezza le diverse forme di partecipazione nel reato. Tale constatazione è stata ribadita nella *Relazione al progetto definitivo* del codice: <<si apprende che la preordinata catalogazione dell'entità dell'apporto di ciascun concorrente non può che essere arbitraria, perché in concreto il giudizio è in relazione ad un'infinità di circostanze, che sono sottratte ad ogni previsione, essendo il loro valore diverso nelle innumerevoli modalità dei fatti>>¹. Pertanto, data l'impraticabilità del vecchio modello differenziato, solo un modello

¹ *Relazione al progetto definitivo*, cit.

unitario poteva risultare più corrispondente alle esigenze di semplificazione dell'accertamento riscontrate nella pratica¹.

Come affermato in giurisprudenza, «il reato concorsuale presenta struttura unitaria, sicché ciascun compartecipe è chiamato a rispondere sia degli atti compiuti personalmente, sia di quelli compiuti dai correi nei limiti dell'impresa criminosa concordata; ne deriva che quando l'attività del compartecipe si sia estrinsecata ed inserita con efficienza causale nel determinismo produttivo dell'evento, fondendosi indissolubilmente con quella degli altri, si avrà, come ulteriore conseguenza, che l'evento verificatosi sia da considerare come l'effetto dell'azione combinata di tutti i concorrenti, anche di quelli che non hanno posto in essere l'azione tipica del reato >>².

Tuttavia, sebbene con l'art. 110 c.p. il legislatore italiano ha accolto il modello unitario, la distinzione tra compartecipi primari e secondari – tipica del modello differenziato – sembra riemergere nell'art. 114 c.p., in cui si fa riferimento al contributo di *minima importanza*³. Difatti, quest'ultima disposizione testualmente prevede che «il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da talune delle persone che sono concorse nel reato a norma degli artt. 110 e 113 abbia avuto *minima importanza* nelle preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena».

¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, pp. 492 ss; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, 514.

² Cass. Pen., sez. V, 10 luglio 2009, n. 40449; Cass. Pen., sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442; Cass. Pen., sez. I, 18 dicembre 1985, n. 3526; Cass. Pen., sez. V, 2 maggio 1983, n. 8043.

³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., 488.

2. I requisiti strutturali della fattispecie plurisoggettiva eventuale. I requisiti oggettivi.

Una volta accettata la teoria della *fattispecie plurisoggettiva eventuale*, bisogna individuare quali sono gli elementi strutturali di tale fattispecie e, dunque, le condizioni minime sulla cui base più persone possono realizzare un *fatto tipico concorsuale*. Tuttavia, occorre ricordare che il codice Rocco ha posto l'attenzione esclusivamente sull'eguale trattamento sanzionatorio di tutti i concorrenti, non indicando una precisa definizione dell'istituto del concorso di persone nel reato, in cui requisiti strutturali, quindi, sono stati individuati dall'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza.

Nel sistema penale italiano, secondo l'opinione ormai prevalente, i requisiti strutturali della *fattispecie plurisoggettiva eventuale* sono quattro, in particolare: 1) la pluralità di concorrenti; 2) la realizzazione di un fatto tipico; 3) il contributo di ciascun concorrente alla realizzazione del fatto tipico; 4) l'elemento soggettivo. Mentre i primi tre rappresentano i requisiti oggettivi che costituiscono la *fattispecie oggettiva* del concorso di persone, l'ultimo rappresenta la *fattispecie soggettiva* del concorso stesso. Pertanto, in primo luogo, occorre analizzare gli elementi costitutivi della fattispecie oggettiva del concorso di persone nel reato, cioè i requisiti oggettivi della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

2.1. La pluralità di concorrenti.

Il primo requisito – la pluralità di concorrenti – emerge dallo stesso tenore letterale dell'art. 110 c.p., il quale espressamente dispone che «quando

più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti>>. Dunque, in tanto si può configurare un'ipotesi concorsuale in quanto il reato sia commesso da almeno due persone.

L'accertamento della pluralità di persone prescinde dalla concreta punibilità di quest'ultime. Infatti, tra i concorrenti devono essere considerati anche i soggetti non punibili per ragioni inerenti alla propria persona, quale ad esempio la mancanza di imputabilità. Tale conclusione si desume dalla disciplina codicistica del concorso di persone, in particolare dagli artt. 112 e 119 c.p.¹ Precisamente, l'ultimo comma della prima disposizione statuisce che le circostanze aggravanti in essa previste si applicano anche se <<taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile>>. Di conseguenza, per la configurabilità del concorso criminoso, non rileva la non punibilità di uno dei concorrenti. In maniera analoga, poi, l'art. 119, comma 1, c.p., dispone che: <<le circostanze soggettive, le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato, hanno effetto soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono>>. Qui il legislatore ha utilizzato il termine <<circostanze>> in maniera atecnica, quindi tra esse possono essere ricomprese sia l'inimputabilità sia il difetto di dolo o colpa.

Pertanto, secondo l'orientamento tradizionale², da tali disposizioni si evince che la pluralità di concorrenti sussiste anche qualora manchi la capacità di intendere e di volere ovvero la volontà colpevole di taluno dei

¹FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, op. cit., 493.

²ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., p. 141; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 494; PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., p. 266.

concorrenti.

Per la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, invece, si considera rilevante anche la condotta *solo oggettivamente tipica* – perché carente di dolo o colpa – commessa da uno dei concorrenti, sempre che con dolo o colpa agiscono altri concorrenti. Secondo quest'ultima teoria, infatti, gli elementi della pluralità dei concorrenti e della corrispondenza del fatto alla fattispecie tipica monosoggettiva devono essere accertati in una prospettiva unitaria, come se autore del reato fosse un unico soggetto collettivo.

E ciò è confermato, infine, dall'art. 111 c.p., secondo cui <<chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso, e la pena è aumentata>>.

Sulla base di tali premesse argomentative possono essere considerate quali *ipotesi speciali di concorso di persone nel reato*, oltre a quella dello stesso art. 111 c.p., le seguenti previsioni normative: il costringimento fisico a commettere un reato (art. 46 c.p.); il reato commesso per errore determinato dall'altrui inganno (art. 48 c.p.); il costringimento psichico a commettere un reato o coazione morale (art. 54, ultimo comma, c.p.); la determinazione in altri dello stato di incapacità allo scopo di far commettere un reato (art. 86 c.p.). Tali ipotesi sono considerate speciali perché si differenziano dalle normali ipotesi concorsuali grazie alla <<somma di elementi attinenti alle modalità di determinazione del fatto>>

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, cit., pp. 140 ss.; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, 1973, pp. 190 ss.; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 452; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., pp. 130 ss.; SINISCALCO, voce *Autore mediato*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, pp. 449-450.

Tutte le ipotesi appena citate, quindi, non possono essere ricomprese nella categoria dell'*autore mediato*. Tale figura, in particolare, è stata ideata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca per far fronte al vuoto di punibilità che si crea accogliendo la teoria dell'accessorietà estrema. Secondo questa teoria, infatti, se per la punibilità del concorrente è necessaria una condotta principale concretamente punibile, chi si serve di altri per commettere un reato non è punibile quando il fatto è realizzato da soggetti non imputabili o comunque non punibili. Né potrebbe essere punito quale autore diretto proprio perché la condotta è materialmente realizzata da altri. Questa lacuna di punibilità viene allora colmata attraverso la figura dell'autore mediato, in cui l'esecuzione materiale del fatto viene imputata a chi usa altri soggetti come meri strumenti esecutivi di un reato. L'autore è <<mediato>> perché non è l'esecutore materiale del reato, bensì chi ha il dominio sul fatto, nel senso che la concreta commissione del reato dipende da una sua decisione.

Dato che la figura del c.d. *autore mediato* è sorta nel sistema tedesco per legittimare la punibilità di comportamenti non riconducibili – in quel sistema – al concorso di persone, discorso diverso deve essere fatto per il sistema italiano. Infatti, tranne una parte minoritaria della dottrina¹, seppur autorevole, oggi l'opinione prevalente esclude che la figura dell'autore mediato possa avere spazio nel nostro ordinamento. Questo perché, da un lato, essa dovrebbe riferirsi ad ipotesi che nel codice penale sono oggetto di specifiche previsioni normative, quali gli artt., 46, 48, 54

¹ LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964, pp. 78 ss.; FIORE, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, pp. 494 ss.

ultimo comma, 86 e 111 c.p.; dall'altro, perché, pur in assenza di tali esplicite previsioni normative, le ipotesi in esse previste potrebbero essere considerate, comunque, come <<ipotesi speciali>> di concorso di persone nel reato¹.

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 494; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., pp. 190 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 509 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, VII ed., 2000, pp. 560 ss.; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., p. 452; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., pp. 130 ss.; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 140 ss.; SINISCALCO, voce *Autore mediato*, cit., pp. 449-450.

2.2. La realizzazione di un fatto tipico.

Le condotte dei singoli concorrenti devono confluire nella realizzazione di un fatto di reato. E precisamente, i contributi dei compartecipi devono essere tali da realizzare quanto meno un delitto tentato. In altri termini, il fatto collettivo si deve tradurre in atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un reato. Ciò si desume dall'art. 115 c.p., in virtù del quale, salvo che la legge disponga diversamente, non è punibile il semplice fatto di essersi accordato con altri per commettere un reato, quando quest'ultimo non venga effettivamente commesso. La stessa non punibilità si estende, poi, ex art. 115, comma 3, c.p., anche alla mera istigazione – accolta o non accolta – non seguita dalla commissione del reato. Tuttavia, l'accordo e l'istigazione – fatta eccezione per l'istigazione non accolta a commettere una contravvenzione –, ai sensi dell'art. 115, commi 2 e 3, c.p., possono rappresentare indici di pericolosità sociale sulla cui base il giudice può applicare una misura di sicurezza.

Il sintagma <<salvo che la legge disponga altrimenti>>, inserito nell'*incipit* della disposizione citata, sta ad indicare le diverse ipotesi in cui, invece, è lo stesso legislatore a considerare quali reati il semplice accordo o la mera istigazione. Tra tali ipotesi rientrano, ad esempio, le fattispecie previste dagli artt. 302 e 304 – che puniscono, rispettivamente, l'istigazione e l'accordo a commettere alcuni dei delitti contro la personalità dello Stato – nonché quella dell'art. 322, c.p. – rubricata espressamente istigazione alla corruzione –. Salvo queste ipotesi eccezionali, pertanto, per la configurabilità del concorso di persone è necessario che i concorrenti realizzino una condotta corrispondente almeno ad un tentativo di

<<reato>>.

In proposito, sebbene l'art. 110 c.p. faccia espressamente riferimento al termine <<reato>>, quest'ultimo non può essere inteso nel suo significato tradizionale di <<fatto tipico, antigiuridico e colpevole>>.

In particolare, che non sia necessario un fatto colpevole lo si desume dai già richiamati articoli 111, 112 ultimo comma, e 119 c.p. Infatti, la prima disposizione aggrava la pena per <<chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale>>. L'ultimo comma dell'art. 112 c.p., d'altra parte, rende applicabili gli aggravamenti di pena previsti dallo stesso articolo anche nel caso in cui taluno dei concorrenti non è imputabile o non è punibile. L'art. 119, comma 1, c.p., infine, prevede che le <<circostanze soggettive di esclusione della pena>> hanno effetto solo riguardo alla persona cui si riferiscono.

Dalle aggravanti disposte per l'ipotesi in cui un concorrente sia non imputabile o non punibile – artt. 111 e 112, ultimo comma, c.p. – e dalla rilevanza della condotta concorsuale anche nel caso in cui taluno dei concorrenti non sia punibile in virtù di una <<circostanze soggettiva di esclusione della pena>> – art. 119, comma 1 c.p. –, ne deriva che la colpevolezza non è necessaria per la nozione di <<reato>> di cui agli artt. 110 e seguenti c.p.

Tuttavia, dallo stesso art. 119 c.p. si deduce anche l'irrilevanza dell'antigiuridicità del fatto in cui si concorre. Il comma 2 della disposizione citata, infatti, testualmente statuisce che <<le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono

concorsi nel reato>>. Di conseguenza, in tanto le circostanze oggettive che escludono la pena si comunicano a tutti i concorrenti in quanto è possibile ipotizzare una situazione di concorso¹. Il fatto che il legislatore si pone il problema della comunicabilità o meno della circostanza di esclusione della pena – in base alla natura oggettiva o soggettiva di quest'ultima –, conferma che la sua sussistenza non incide sul presupposto della sussistenza del concorso di persone nel reato².

Detto ciò, si può affermare che per la configurabilità di condotte di concorso nel reato è necessaria e sufficiente la realizzazione di un fatto tipico – cioè conforme ad una fattispecie incriminatrice –, a prescindere dalla sua antigiuridicità e dalla colpevolezza dei concorrenti³.

2.3 Il contributo di ciascun concorrente alla realizzazione del fatto tipico.

Nel concorso di persone nel reato il contributo di ciascun concorrente deve essere rilevante per la realizzazione del fatto tipico – nel senso sopra chiarito –. Ma il problema più importante è costituito proprio dall'identificazione <<della soglia minima di rilevanza del contributo punibile>>⁴. In altri termini, occorre individuare le condizioni minime sulla cui base è possibile definire una condotta di partecipazione come rilevante per il concorso di persone nel reato. A tal proposito non è di aiuto la disposizione dell'art. 110 c.p., che non dà alcuna indicazione sulle

¹ LATAGLIATA, *I principi*, op. cit. 113 ss.; PEDRAZZI, *Il concorso*, op. cit., 66 ss.; FIORE, *Diritto penale*, op. cit., pp. 494 ss.

² LATAGLIATA, *I principi*, cit., 131; DELL'ANDRO, *La fattispecie*, op. cit., 195 ss.

³ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, op. cit., p. 145; FIORE, *Diritto penale*, op. cit. pp. 494 ss.

⁴ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 146.

citare condizioni minime di rilevanza delle condotte di partecipazione. Pertanto, è compito affidato alla dottrina e alla giurisprudenza quello di determinare quando un contributo partecipativo è penalmente rilevante ai fini del concorso di persone. Secondo un primo orientamento, in particolare, le condotte di partecipazione rilevanti devono essere individuate attraverso il **criterio causale**: dunque, sono rilevanti per il concorso le condotte di partecipazione che costituiscono *condicio sine qua non* del fatto tipico punibile.

Questa teoria causale, però, viene criticata perché restringe eccessivamente l'ambito di applicazione del concorso, diversamente da quanto fa presumere l'art. 114 c.p. Se quest'ultimo, infatti, punisce anche le condotte di minima importanza – sebbene con un attenuazione facoltativa di pena –, ciò significa che le condotte concorsuali rilevanti sono anche quelle che non costituiscono condizioni necessarie del reato. Di conseguenza, la teoria causale può esprimere un criterio di rilevanza per le condotte che effettivamente sono *condicio sine qua non* del reato, ma non per quelle che non hanno tale efficienza causale e che possono risultare allo stesso tempo rilevanti.

Accogliendo, invece, la **teoria della prognosi postuma**, basterebbe che la condotta del partecipe appaia *ex ante* idonea a facilitare la commissione del reato: in tal modo, in base ad una semplice *prognosi*, dovrebbe essere considerata come rilevante anche la condotta di chi fornisce uno strumento da scasso poi non effettivamente utilizzato per il furto¹. Come nel caso della condotta del complice inutile o addirittura maldestro che

¹ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2000, p. 550.

finisce per ostacolare involontariamente anziché agevolare la consumazione del reato¹.

Tuttavia, si obietta che non è così scontato come sembra che debba davvero punirsi chi ha fornito al ladro la chiave o il grimaldello poi non concretamente utilizzati – ovvero il complice maldestro –. Anzi, in tali casi siamo di fronte a forme di complicità solo potenziali, in cui le condotte dei partecipi non costituiscono apporti effettivi e concreti alla realizzazione del fatto, pertanto la punibilità è da escludere. Affermare il contrario significherebbe configurare un <<tentativo di partecipazione>>, figura incompatibile con il nostro ordinamento in virtù dell'art. 115 c.p.².

Per superare gli inconvenienti della teoria causale la dottrina e la giurisprudenza prevalenti accolgono attualmente la diversa teoria della **causalità agevolatrice o di rinforzo**³. Secondo tale teoria è penalmente rilevante non solo il contributo necessario – cioè *condicio sine qua non* –, che non può essere mentalmente eliminato senza che il reato venga meno, ma anche quello che, sulla base di un giudizio *ex post*, facilita o agevola concretamente la commissione del reato stesso.

La consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, infatti, ha affermato il seguente principio: <<ai fini della configurabilità della fattispecie di concorso di persone nel reato, **il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale**, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, **ma anche quando assuma la forma**

¹ PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2002, p. 269.

² DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 232; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, cit., p. 498; INSOLERA, *Concorso*, cit., vol. II, 1988, p. 460; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 542; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 269 ss.

³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, cit., pp. 497 ss.; ROMANO-GRASSO, *Commentariosistemático del codice penale*, cit., pp. 157 ss.

di un contributo agevolatore, e cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe ugualmente commesso ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà. Ne deriva che, a tal fine, è sufficiente che la condotta di partecipazione si manifesti in un **comportamento esteriore che arrechi un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti** e che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità della produzione del reato, perchè in forza del rapporto associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti. Dunque, pur essendo sufficiente un contributo solo agevolatore e non condizionalistico, **non può mancare un apporto apprezzabile e cioè non proprio insignificante**>> ¹.

Per quanto concerne la **natura del contributo** arrecato alla commissione del reato, tradizionalmente si distingue tra concorso materiale e concorso morale – o psicologico –. In particolare, si verifica un **concorso materiale** quando il concorrente interviene materialmente negli atti concreti di preparazione o di esecuzione del reato. Si configura, invece, un **concorso morale** se il concorrente dà soltanto un impulso psicologico alla realizzazione del reato che materialmente viene commesso da altri.

All'interno del **concorso materiale**, poi, si distinguono le figure di *autore*, *coautore* e *complice*. Dove l'*autore* è colui che pone in essere atti esecutivi di per sé corrispondenti ad una condotta tipica – quindi conforme alla fattispecie incriminatrice di parte speciale –, si pensi a chi spara un colpo

¹ Cass. Pen., sez. IV, 22 maggio 2007, n. 24895; Cass. Pen. sez. V, 13 aprile 2004, n. 21082; Cass. Pen., sez. I, 11 marzo 1991, n. 7513.

mortale contro taluno, realizzando così un omicidio. Il *coautore* è chi, insieme con altri, esegue in tutto o in parte la stessa condotta tipica, come nel caso dei due assassini che sparano contemporaneamente contro la stessa vittima. Infine, il *complice* – ausiliatore o partecipe – è chi apporta un contributo che di per sé non realizza la fattispecie incriminatrice, bensì fornisce solamente un qualsiasi aiuto materiale nella preparazione o nell'esecuzione del reato: è il classico esempio del concorrente che si limita a fare da “palo” durante l'esecuzione di una rapina.

<<Chi svolge l'attività di “palo” è un partecipe essenziale ad una rapina e a qualsiasi altro reato commesso da più persone in concorso tra di loro, dato che guarda le spalle dei suoi compagni e partecipanti e previene eventuali sorprese che possano disturbare la loro opera>>¹. <<In tema di concorso di persone nel reato, **il c.d. “palo”** deve considerarsi un cooperatore immediato, in quanto egli, **pur senza porre in essere l'intera attività tipica**, è perfettamente consapevole dell'azione delittuosa che si va compiendo, e **partecipa ad essa in maniera efficace** e nel momento della perpetrazione, **consentendo ai correi di realizzare gli atti materiali di esecuzione con maggiore tranquillità e di sfuggire al pericolo di sorprese di ogni genere>>².**

Tuttavia la differenza tra autore – o coautore – e complice – partecipe – viene ravvisata dalla dottrina anche attraverso la verifica della c.d. <<signoria sul fatto>>³. Precisamente, l'autore è chi possiede il dominio

¹ Cass. Pen., sez. VI, 27 ottobre 1981, n. 3053.

² Cass. Pen., sez. II, 9 novembre 1971, n. 2076.

³ MOCCIA *Autoria mediata e apparati di poteri organizzati*, Arch. pen., 1984, 388 ss.

finalistico sul fatto collettivo, cioè chi decide in concreto la commissione del reato. Il partecipe, viceversa, che pur vuole la realizzazione del reato, non ha il dominio finalistico su quest'ultimo perché la sua esecuzione dipende sempre dalla decisione assunta dall'autore¹. Analogamente, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che: «la distinzione tra attività di correatà ed atti di mera complicità continua a costituire, contrariamente alle intenzioni dei compilatori del codice del 1930, la base dell'intera disciplina dell'istituto del concorso di persone nel reato. A tal fine rileva il fatto oggettivo che **la decisione di commettere il reato sia stata presa direttamente anche dal correo**, cosicché l'opera di ciascun correo – sia essa attività di esecuzione in senso tecnico o sia invece attività di semplice preparazione – costituisce l'attuazione concreta della decisione presa in comune da tutti. **Al complice, invece**, che pur tende alle realizzazione dell'evento criminoso, **non appartiene la decisione comune di agire**, essendo il contenuto immediato della sua volontà quello di sollecitare in altre persone autore o coautori la risoluzione criminosa ovvero di facilitarne l'attuazione. Ne deriva una precisa **diversità nel contenuto volitivo dei singoli concorrenti: il dolo del complice ha di mira la realizzazione della fattispecie criminosa decisa da altri, ma dominus dell'azione resta sempre e soltanto l'autore o il correo** perché a lui è concesso di rifiutarsi sin dall'inizio all'istigazione o di cambiare in seguito la propria decisione»².

All'interno del **concorso morale o partecipazione psicologica**, invece, si

¹ FIORE, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, pp. 501 ss.

² Cass. Pen., sez. II, 19 marzo 1992, n. 5522.

differenziano le due figure del *determinatore* e dell'*istigatore*.

Il **determinatore** è il compartecipe che fa sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente – ad es. il mandante –; l'**istigatore** è colui che si limita a rafforzare in altri un proposito criminoso già esistente. Tuttavia, anche il contributo psicologico, come quello materiale, per considerarsi rilevante deve aver effettivamente agevolato la commissione del reato, dal punto di vista psichico. E precisamente, in base ad un giudizio *ex post*, la condotta del concorrente morale deve aver esercitato un'*effettiva influenza* sulla psiche dell'esecutore materiale del reato¹.

Così, per costante giurisprudenza di legittimità, <<il concorso morale nel reato presuppone un'**effettiva influenza sull'autore materiale del fatto**, sì che, perché sussista, è **necessario che l'adesione o la giustificazione del fatto criminoso sia manifestata in presenza dell'autore materiale del reato, prima che questi lo commetta, rafforzandone il proposito criminoso**. Ne consegue che, per quanto aberrante e riprovevole sul piano etico, l'adesione o giustificazione morale - manifestata successivamente al fatto - dello stupro compiuto dal padre ai danni della moglie non integra gli estremi del concorso morale>>².

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, cit., p. 502; SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1123 ss.

² Cass. Pen., sez. III, 26 marzo 2003, n. 23916. D'altra parte, è importante ricordare che la stessa Suprema Corte ha sottolineato quanto segue: <<in tema di concorso di persone nel reato, la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'**obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato** e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, **in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti**, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà (Cass. Pen., S.U., 30 ottobre 2003, n. 45676; Cass. Pen., sez. I, 18 febbraio

Dunque, non può configurare il concorso morale una condotta di mera **connivenza** o la semplice adesione psichica manifestata all'esecutore materiale del reato.

Infatti, la Cassazione ha affermato che <<per aversi concorso di persone nel reato **non basta la semplice adesione morale ad un programma criminoso** poiché occorre comunque un apporto che produca un rafforzamento dell'attività criminosa dell'agente o di un aiuto all'attività di costui>>¹.

In particolare, <<in tema di detenzione di sostanze stupefacenti, la distinzione tra **connivenza non punibile** e concorso nel reato commesso da altro soggetto va individuata nel fatto che, mentre la prima postula che l'agente mantenga un **comportamento meramente passivo**, privo cioè di qualsivoglia efficacia causale, il secondo richiede, invece, un contributo partecipativo positivo - morale o materiale - all'altrui condotta criminosa, anche in forme che agevolino la detenzione, l'occultamento ed il controllo della droga, assicurando all'altro concorrente, anche implicitamente, una collaborazione sulla quale questi può contare>>². In proposito si è osservato che <<**la semplice condotta omissiva e connivente non è sufficiente a fondare un'affermazione di responsabilità a titolo di concorso nel reato**, occorrendo, a tal fine, che sussista un contributo materiale o psicologico che abbia consentito una più agevole commissione del delitto, stimolando o rafforzando il proposito criminoso

2009, n. 10730; Cass. Pen., 17 gennaio 2008, n. 5631; Cass. Pen., sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060)

¹ Cass. Pen., sez. VI, 8 marzo 1989, n. 14368.

² Cass. Pen., sez. VI, 18 febbraio 2010, n. 14606; Cass. Pen., sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 4948; Cass. Pen., sez. IV, 10 aprile 2006, n. 21441; Cass. Pen., sez. IV, 16 gennaio 2006, n. 11392.

del concorrente>>¹. Di conseguenza, << **il convivente** del soggetto autore di attività di "spaccio" di sostanze stupefacenti ne **risponde a titolo di concorso ove abbia quanto meno agevolato la detenzione della sostanza**, consentendone l'occultamento, **mentre non ne risponde se si sia limitato a conoscere di tale attività**².

Pertanto, <<il discrimine tra la condotta che costituisca concorso nel reato e la condotta che invece dia luogo all'autonomo reato di favoreggiamento personale va rintracciato nell'elemento psicologico dell'agente, da valutarsi in concreto, per verificare se l'aiuto da questi consapevolmente prestato ad altro soggetto, che ponga in essere la condotta criminosa costitutiva del reato permanente, sia l'espressione di una partecipazione al reato oppure nasca dall'intenzione - manifestatesi attraverso individuabili modalità pratiche - di realizzare una facilitazione alla cessazione del reato>>³.

Detto ciò, dovrebbe risultare evidente che la **mera presenza** sul luogo del delitto non può configurare una condotta rilevante ai fini del concorso di persone, anche se da essa ne derivi un maggior senso di sicurezza per l'esecutore materiale del reato⁴. Al riguardo, però, la giurisprudenza di legittimità attualmente prevalente sostiene che <<in tema di concorso di persone nel reato, **anche la semplice presenza, purché non meramente**

¹ Cass. Pen., sez. VI, 26 novembre 2002, n. 9842.

² Cass. Pen., sez. III, 10 dicembre 2008, n. 9842. Inoltre, <<In tema di illecita detenzione di stupefacenti, la condotta consistita nel subitaneo tentativo di disfarsi della droga, all'atto dell'irruzione in una abitazione delle forze dell'ordine, non è di per sé dimostrativo, in assenza di altri indici significativi, di un previo accordo con la persona convivente nella detenzione dello stupefacente, ben potendo la stessa condotta essere interpretata come l'atteggiamento di chi, spontaneamente o su sollecitazione del detentore, si risolve ad aiutarlo a sottrarsi alla sua responsabilità penale>> (Cass. Pen., sez. VI, 10 febbraio 2010, n. 20796).

³ Cass. Pen., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 12793.

⁴ FINADACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 503.

casuale, sul luogo della esecuzione del reato è **sufficiente ad integrare gli estremi della partecipazione criminosa, quante volte sia servita a fornire all'autore del fatto stimolo all'azione o un maggiore senso di sicurezza** nella propria condotta, palesando chiara adesione alla condotta delittuosa>>¹.

In senso conforme, si è ribadito quanto segue: <<la sola presenza fisica di un soggetto allo svolgimento dei fatti non assume univoca rilevanza, allorquando si mantenga in termini di mera passività o connivenza, risolvendosi, invece, in forma di cooperazione delittuosa allorquando la medesima si attui in modo da realizzare un rafforzamento del proposito dell'autore materiale del reato e da agevolare la sua opera, sempre che il concorrente morale si sia rappresentato l'evento del reato ed abbia partecipato ad esso esprimendo una volontà criminosa uguale a quella dell'autore materiale>>².

Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, anche un **comportamento omissivo** può costituire una condotta di partecipazione rilevante ai fini del concorso, sempre che in capo all'omittente sussista un obbligo di impedire la commissione del reato altrui. In altri termini, per il concorso di persone, l'omissione è rilevante solo se implica la violazione di quest'ultimo obbligo di garanzia, ex art. 40 capoverso Cod. Pen. ³. Pertanto, per affermare la responsabilità di un soggetto a titolo di concorso omissivo, è necessario accertare se egli sia titolare della

¹ Cass. Pen., sez. V, 8 aprile 2009, n. 26542; Cass. Pen., sez. II, 8 ottobre 2008, n. 40420.

² Cass. Pen., sez. I, 11 ottobre 2000, n. 12089.

³ ROMANO-GRASSO, *op. cit.*, 165 ss.; PADOVANI, *Diritto Penale, op. cit.* 272; INSOLERA, *op. cit.*, 470 ss.

posizione di garanzia avente ad oggetto l'impedimento dei reati concretamente realizzatisi.

Sul tema della condotta omissiva, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che: <<in tema di gestione di rifiuti, la consapevolezza da parte del proprietario del fondo dell'abbandono sul medesimo di rifiuti da parte di terzi non è sufficiente ad integrare il concorso nel reato di cui all'art. 51 comma 2 d.lg. 5 febbraio 1997 n. 22 (abbandono o deposito incontrollato di rifiuti), atteso che **la condotta omissiva può dare luogo a ipotesi di responsabilità solo nel caso in cui ricorrano gli estremi del comma 2 dell'art. 40 c.p., ovvero sussista l'obbligo giuridico di impedire l'evento** >>¹; <<il produttore di rifiuti è investito di una posizione di garanzia in ordine al corretto smaltimento dei rifiuti e pertanto può essere ritenuto responsabile, a titolo di concorso con il soggetto che materialmente ha effettuato le operazioni di smaltimento dei rifiuti (nella specie, la S.C. ha ritenuto che il titolare di una concessione edilizia, per la cui realizzazione era necessaria la demolizione di fabbricati preesistenti, fosse da considerare investito di una posizione di garanzia rispetto al corretto smaltimento dei rifiuti costituiti dal materiale di risulta di detta demolizione e ha perciò ritenuto che correttamente era stato considerato corresponsabile, a titolo di concorso con il titolare dell'impresa appaltatrice, del reato di deposito incontrollato di rifiuti di cui all'art. 51 comma 10 lett. a, d.lg. 5 febbraio 1997 n. 22) >>²; <<in tema di reati contro la libertà sessuale, risponde del reato di cui agli artt. 110 e 609-bis c.p., il

¹ Cass. Pen., sez III, 1 luglio 2002, n. 34298.

² Cass. Pen., sez. III, 21 gennaio 2000, n. 4957.

genitore che essendo a conoscenza degli abusi sessuali subiti dal proprio figlio minore li abbia tollerati e comunque non li abbia impediti, omettendo di denunciarli, atteso che sullo stesso grava l'**obbligo di educazione e protezione del minore** così da impedire se non il verificarsi quantomeno il protrarsi di fatti delittuosi in danno dello stesso>>¹.

¹ Cass. Pen., sez. III, 6 dicembre 2006, n 42210. In materia di **amministratori di società privi di delega** la Cassazione ha affermato quanto segue: <<per quanto la previsione di cui all'art. 2381 c.c. - introdotta con il d.lg. n. 6/2003 che ha modificato l'art. 2392 c.c. - riduca gli oneri e le responsabilità degli amministratori privi di delega, tuttavia, **l'amministratore (con o senza delega) è penalmente responsabile, ex art. 40, comma 2, c.p., per la commissione dell'evento che viene a conoscere** (anche al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) **e che, pur potendo, non provvede ad impedire**, posto che a tal riguardo l'art. 2392 c.c., nei limiti della nuova disciplina dell'art. 2381 c.c., risulta immutato. Ne deriva, altresì, che detta responsabilità richiede la dimostrazione, da parte dell'accusa, della presenza (e della percezione da parte degli imputati) di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito nonché l'accertamento del grado di anormalità di questi sintomi, onere che qualora non sia assolto dal ricorrente, nel silenzio della sentenza impugnata, si converte nella richiesta di una ricostruzione storica del fatto, improponibile in sede di legittimità>> (Cass. Pen., sez V, 28 aprile 2009, 21581).

3. Il requisito soggettivo della fattispecie concorsuale.

Ultimo requisito strutturale della fattispecie plurisoggettiva eventuale è l'elemento soggettivo. In particolare, accanto alla rappresentazione e alla volizione del fatto, necessarie per configurare un reato doloso, il concorso di persone nel reato richiede un *quid pluris* costituito dalla **consapevolezza di concorrere con altri nella realizzazione del fatto tipico**. Tale consapevolezza non richiede necessariamente il cosiddetto previo concerto tra tutti i concorrenti o la reciproca consapevolezza dell'altrui concorso. Infatti, è ormai pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, da un lato, che la consapevolezza di concorrere con altri può manifestarsi in un'intesa spontanea in corso di esecuzione del reato; dall'altro, che essa possa sussistere anche unilateralmente in capo ad uno solo dei concorrenti. In particolare, la Cassazione ritiene che << in tema di concorso di persone nel reato, **la volontà di concorrere non presuppone necessariamente un previo accordo o, comunque, la reciproca consapevolezza del concorso altrui**, in quanto l'attività costitutiva del concorso può essere rappresentata da qualsiasi comportamento esteriore che fornisca un apprezzabile contributo, in tutte o alcune fasi di ideazione, organizzazione od esecuzione, alla realizzazione dell'altrui proposito criminoso. Ne deriva che a tal fine assume carattere decisivo l'unitarietà del "fatto collettivo" realizzato che si verifica quando le condotte dei concorrenti risultino, alla fine, con giudizio di prognosi postumo, integrate in unico obiettivo, perseguito in varia e diversa misura dagli imputati, sicchè è **sufficiente che ciascun agente abbia conoscenza, anche unilaterale, del contributo recato alla condotta**

altrui>>¹.

Tuttavia, quando la consapevolezza di cooperare con altri sussiste solo in capo ad uno dei concorrenti, le norme sul concorso si applicano solo in riferimento a quest'ultimo; gli altri soggetti che agiscono all'insaputa dell'altrui contributo, invece, rispondono solo dell'eventuale reato monosoggettivo. Pertanto, potrà accadere che la responsabilità di un reato venga attribuita ad alcuni soggetti a titolo di concorso mentre altri rispondano dello stesso fatto come reato monosoggettivo. Si fa l'esempio di Tizio che, consapevole dell'intenzione omicida di Caio, lascia in bell'evidenza l'arma da sparo con cui poi quest'ultimo uccide Sempronio. In tal caso, quindi, Caio sarà ritenuto responsabile della fattispecie monosoggettiva di omicidio se è inconsapevole dell'aiuto prestatogli da Tizio, il quale risponderà invece di concorso in omicidio.

Se per la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale il fatto concorsuale deve ritenersi eseguito da un unico autore collettivo, l'elemento soggettivo deve emergere da almeno uno dei concorrenti. Di conseguenza, quando la norma incriminatrice monosoggettiva prevede un dolo specifico, per la realizzazione del concorso punibile basta che la particolare finalità richiesta dalla norma sia perseguita da almeno uno dei concorrenti².

¹ Cass. Pen., sez. V, 15 maggio 2009, n. 25894: in applicazione di questo principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha confermato l'affermazione di responsabilità - a titolo di concorso in falso ideologico - degli imputati che, pur in assenza di un esplicito accordo con un notaio che aveva formato una falsa autentica di firma, si erano limitati a 'sfruttare la prassi seguita presso il suo studio e da essi conosciuta, di autenticare dichiarazioni di vendita già sottoscritte anche in assenza del sottoscrittore ; conforme: Cass. Pen., sez. un., 3. maggio 2001, n. 31; Cass. Pen., sez. VI, 5 dicembre 2003, n. 1271; Cass. Pen., sez. VI, 10 luglio 2003, n. 37337; Cass. Pen., sez. VI, 21 gennaio 2003, n. 25705; Cass. Pen., sez. IV, 18 novembre 2004, n. 1271.

² FINDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale, cit.*, p 506; ROMANO-GRASSO, *Commentario*

Controversa è la configurabilità del **concorso doloso nel reato colposo**. Su quest'argomento torneremo in seguito, tuttavia occorre fin d'ora fare alcune anticipazioni.

Infatti, da un lato, una parte della dottrina critica che lo stesso fatto possa essere attribuito a più partecipi a titoli soggettivi diversi¹. Dall'altro, invece, l'orientamento delle fattispecie plurisoggettive eventuali nega l'assunto dell'unicità del titolo di responsabilità concorsuale ed afferma, quindi, la possibilità di un simile concorso doloso in delitto colposo: classico è l'esempio dell'infermiera che cagiona la morte del paziente perché colposamente non si accorge che il medicinale è stato dolosamente sostituito da taluno con un veleno. Lo stesso orientamento, poi, ritiene possibile anche il concorso colposo nel reato doloso. E tale tesi, in particolare, è stata recentemente accolta anche dalla giurisprudenza di legittimità. La Cassazione, infatti, ha sostenuto che: <<è **ammissibile il "concorso colposo" nel delitto doloso** sia nel caso di cause colpose indipendenti, che nel caso di cooperazione colposa, **purché**, in entrambi i casi, **il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa** (diversamente sarebbe violato il disposto dell'art. 42, comma 2, c.p.) e nella sua condotta siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa. In particolare, **è necessario che la regola cautelare inosservata sia diretta ad evitare anche il rischio dell'atto doloso del terzo**, risultando dunque quest'ultimo prevedibile per l'agente>>. (Fattispecie nella quale la Corte ha confermato la condanna di un medico

sistematico del codice penale, cit, pp. 166 ss.; INSOLERA, Concorso di persone nel reato, cit., 476.

¹ FINADACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 506; FIORE, *Diritto penale, Parte generale, cit.*

psichiatra, il quale, riducendo e poi sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto un paziente ricoverato in una comunità, in modo tale da renderlo inidoneo a contenerne la pericolosità, aveva determinato l'aggravamento della patologia e una recrudescenza della pericolosità, tali da avere provocato la crisi nel corso della quale lo stesso paziente aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori della comunità)¹ Come si vedrà più avanti, però, neanche questa interpretazione consente di eliminare i dubbi di legittimità costituzionale in ordine all'articolo 116 c.p. relativo alla responsabilità del concorrente "anomalo".

¹ Cass. Pen., sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795.

4. La desistenza volontaria.

Secondo un primo orientamento, a lungo seguito in dottrina ed in giurisprudenza, per configurarsi una desistenza volontaria nel concorso di persone occorre un comportamento del concorrente che impedisca la consumazione del reato anche da parte degli altri concorrenti¹. Per verificare la desistenza volontaria di cui all'art. 56, terzo comma, c.p., quindi, non è sufficiente la condotta del concorrente che si limita a neutralizzare le conseguenze del proprio precedente contributo.

Tuttavia, secondo un più recente orientamento, seguito anche dalla giurisprudenza di legittimità, quando il concorrente ha eliminato le conseguenze del suo contributo non si può ravvisare nella condotta precedente alcun apporto rilevante per la commissione del fatto concorsuale. Pertanto, per la sussistenza della desistenza volontaria, deve ritenersi sufficiente il comportamento del concorrente che abbia eliminato integralmente le conseguenze del contributo precedentemente prestato².

In conformità con tali argomentazioni la Cassazione ha affermato che: << in ipotesi di concorso di persone nel reato, l'interruzione dell'azione criminosa da parte di uno dei compartecipi non è sufficiente a integrare la desistenza, ma è **necessario un *quid pluris*** che consiste nell'**annullamento del contributo dato alla realizzazione collettiva**, in modo che esso non possa essere più efficace per la prosecuzione del reato, e nell'**eliminazione delle conseguenze che fino a quel momento si sono prodotte**>>³.

¹ Cass. Pen., sez. II, 27 novembre 1987, n. 7436; Cass. Pen., 4 giugno 1981, Sarti.

² ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 169 ss.; FIANDACA, *Sulla desistenza nella partecipazione criminosa*, in *Studi Musotto*, II, 1979, pp. 279 ss.

³ Cass. Pen., sez. I, 1 febbraio 2008, n. 9775; conforme: Cass. Pen., sez. VI, 7 aprile 1999, n. 6619; Cass. Pen., sez. I 8 luglio 1997, n. 8980.

5. Il concorso eventuale ed il concorso necessario.

Come anticipato sopra, il **concorso eventuale** si distingue dalla diversa figura del **concorso necessario**. In questa sede si può solo fare un breve accenno a tale figura. Tuttavia, per completezza di analisi, si deve ricordare che essa ricorre quando è la stessa norma incriminatrice di parte speciale a richiedere una pluralità di soggetti per la configurabilità del reato: perciò si parla anche di *fattispecie plurisoggettiva necessaria*. Quest'ultima si riscontra, ad esempio, nei reati di corruzione (artt. 318 ss. c.p.), rissa (art. 588 c.p.), associazione per delinquere (art. 416 c.p.), associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.) e nei reati cosiddetti associativi in genere¹.

Per quanto riguarda i reati associativi, in particolare, la giurisprudenza dei legittimità ritiene che <<**elemento distintivo tra il delitto di associazione per delinquere e il concorso di persone** nel reato continuato, è individuabile nel **carattere dell'accordo criminoso**, che **nel concorso** si concretizza in via **meramente occasionale ed accidentale**, essendo diretto alla commissione di uno o più reati - anche nell'ambito di un medesimo disegno criminoso - con la realizzazione dei quali si esaurisce l'accordo e cessa ogni motivo di allarme sociale, mentre **nel reato associativo risulta diretto all'attuazione di un più vasto programma criminoso**, per la commissione di una serie indeterminata di delitti, con la permanenza di un vincolo associativo tra i partecipanti, **anche indipendentemente e al di fuori dell'effettiva commissione dei singoli reati programmati**>>². << L'accordo tra più soggetti di realizzare

¹ Più in generale, sui reati associativi ed il concorso di persone, v. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, *passim*.

² Cass. Pen., sez. V, 4 ottobre 2004.

uno o più reati è un elemento comune alla fattispecie associativa ed a quella concorsuale, ma in tale ultima ipotesi esso deve pervenire alla concreta realizzazione del reato, quanto meno a livello di tentativo, secondo quanto previsto dall'art. 115 comma 1 c.p. **Il discrimine tra la fattispecie plurisoggettiva e quella concorsuale** non è qualificabile come rapporto di specialità, bensì **deve essere individuato nella necessaria qualificazione dell'accordo associativo come una struttura permanente**, nella quale i singoli associati divengono - ciascuno nell'ambito dei propri compiti assunti od affidati - parti di un tutto, con il fine di commettere una serie indeterminata di delitti>>¹.

Secondo l'orientamento attualmente prevalente **anche nei reati necessariamente plurisoggettivi è configurabile un concorso di persone eventuale** di cui agli artt. 110 e ss. c.p.: specificamente, sarà rilevante, per il concorso eventuale, la condotta di partecipazione dei soggetti diversi dai concorrenti necessari.

In particolare, per quanto concerne i reati associativi, si parla di **"concorso esterno"**, proprio per sottolineare che si tratta di un concorso di persone eventuale realizzato da soggetti "estranei" all'associazione criminosa. I tratti peculiari di tale "concorso esterno" vengono delineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In proposito, per la Cassazione, <<in tema di associazione di tipo mafioso, assume il ruolo di **"concorrente esterno"** il soggetto **che, non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'"affectio societatis", fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo,**

¹ Cass. Pen, sez. VI, 5 dicembre 2003, n. 7957.

sempre che questo espliciti un'**effettiva rilevanza causale** e quindi si configuri come **condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione** (o, per quelle operanti su larga scala come "Cosa nostra", di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia **diretto alla realizzazione**, anche parziale, **del programma criminoso** della medesima. (In motivazione la Corte, rilevando come la efficienza causale in merito alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo costituisca elemento essenziale e tipizzante della condotta concorsuale, di natura materiale o morale, ha specificato che **non è sufficiente una valutazione "ex ante" del contributo**, risolta in termini di mera probabilità di lesione del bene giuridico protetto, **ma è necessario un apprezzamento "ex post"**, in esito al quale sia dimostrata, alla stregua dei comuni canoni di "certezza processuale", l'elevata credibilità razionale dell'ipotesi formulata in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente)>>¹.

Infine, si deve ricordare che, all'interno dei reati a concorso necessario, si differenziano i reati a **concorso necessario proprio** da quelli a **concorso necessario improprio**, a seconda che siano punibili tutti i soggetti "necessari" per la configurabilità della fattispecie ovvero solo alcuni di essi.

¹ Cass. Pen., S. U., 12 luglio 2005, n. 33748; <<Anche con riferimento al delitto di associazione con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico è configurabile il concorso esterno nel reato nei confronti di quei soggetti che, pur restando estranei alla struttura organizzativa, apportino un concreto e consapevole contributo causalmente rilevante alla conservazione, al rafforzamento e al conseguimento degli scopi dell'organizzazione criminale o di sue articolazioni settoriali, sempre che sussista la consapevolezza della finalità perseguita dall'associazione a vantaggio della quale è prestato il contributo>> (Cass. Pen., sez. I, 14 marzo 2010, n. 16549). In dottrina, sul delicato e complesso tema del concorso esterno nei reati associativi, si veda, per tutti, CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003, ed ampia bibliografia in esso citata.

6. La funzione sistematica dell'art. 115 c.p.

Il primo ed il terzo comma dell'art. 115 c.p. disciplinano le cosiddette ipotesi di **accordo ed istigazione sterili**, cioè quelle in cui l'accordo o l'istigazione non vengono seguite concretamente dalla commissione del reato, neanche nella forma del tentativo. Con tale disciplina, rendendo non punibili l'accordo e l'istigazione sterili, il legislatore ribadisce un elemento strutturale del concorso di persone: la commissione di un reato. Infatti, ex art. 115 c.p., per essere considerate come penalmente rilevanti, le condotte concorsuali – tra cui anche l'accordo e l'istigazione – devono necessariamente sfociare nella commissione di un reato, consumato o tentato. In assenza di quest'ultima, dunque, non sarà possibile punire la condotta di partecipazione esternatasi nel mero accordo o nell'istigazione sterili.

Ad esempio, << non integra l'ipotesi criminosa del tentativo di collusione del militare della guardia di finanza con estraneo, ma solo mera istigazione a commettere un reato, la proposta, non accolta dall'impresario edile, di sottofatturazione dei lavori svolti nell'interesse del militare >>¹.

Pertanto, come si evince dalla disposizione in esame, la commissione di un reato costituisce un presupposto indispensabile per la punibilità della condotta concorsuale². In altri termini, nel sistema penale italiano, non è punibile il semplice tentativo di partecipazione criminosa³, bensì soltanto

¹ Cass. Pen., sez. I, 1 dicembre 2009, n. 49975.

² ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 237.

³ DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 232; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 498; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 460; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964, p. 15; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 521; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2002, p. 271

il concorso nella realizzazione di un reato, almeno tentato.

Per la dottrina prevalente, la non punibilità dell'accordo e dell'istigazione sterili deriva da una caratteristica comune ad entrambe le condotte: l'assenza di tipicità¹. Infatti, ritenendo che la soglia minima del penalmente rilevante sia rappresentata dal tentativo punibile – di cui all'art. 56 c.p. –, si sostiene che l'accordo e l'istigazione siano penalmente irrilevanti, proprio perché al di sotto di tale tentativo².

In altre parole, come affermato anche dalla stessa giurisprudenza di legittimità, « solo il mero accordo, così come la semplice istigazione, non seguiti da condotte attuative, costituiscono un *quid minus* rispetto al tentativo punibile »³.

Tuttavia, non vi è unanimità di vedute per ciò che concerne la *ratio* dell'art. 115 c.p. Diverse, infatti, sono le opinioni dottrinali sulla reale funzione sistematica della norma in commento. Quest'ultima, in particolare, secondo la dottrina dominante, introduce un limite – negativo – alla rilevanza penale del tentativo.

Più precisamente, in un sistema penale che abbandona la tradizionale distinzione tra atti esecutivi ed atti preparatori, nonché la limitazione solo ai primi della punibilità a titolo di tentativo, l'art. 115 c.p. esclude dal tentativo punibile l'accordo e l'istigazione sterili. Tali condotte, difatti, in assenza della disposizione in esame, se risultassero concretamente idonee e dirette in modo non equivoco alla realizzazione del reato, certamente

¹ VASSALLI, *Quasi reato*, *Enc. dir.*, XXXVIII, p. 36; FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, p. 494 ss.

² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, ed XI, 1989, p. 494; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, ed. III, 1992, p. 521; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, ed. II, 1993, p. 371.

³ Cass. Pen., sez. V, 24 settembre 2009, n. 43255.

potrebbero rientrare nel tentativo punibile ex art. 56 c.p.

In altri termini, la funzione sistematica dell'art. 115 c.p. è proprio quella di escludere l'applicabilità dell'art. 56 c.p. relativamente a condotte – quali l'accordo e l'istigazione – che ben potrebbero configurare ipotesi di tentativo penalmente rilevante¹.

Questa impostazione interpretativa prende le mosse dai lavori preparatori al codice, nei quali espressamente si afferma quanto segue: << non si nega che l'accordo, come la istigazione, sia una forma di attività non meramente cogitativa ma fisica: ma **si è proposto soltanto di mettere un limite espresso alla norma generale sul tentativo**, limite tanto più necessario in un sistema che conferisce all'istituto del tentativo punibile la maggiore estensione >>².

Lo stesso orientamento, peraltro, è stato recentemente confermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte. Secondo la Cassazione, infatti, << deve rilevarsi che **il menzionato art. 115 c.p.**, come chiarito dalla dottrina dominante, **individua il limite della rilevanza penale del tentativo** e si è reso necessario una volta abbandonata la distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi, nonché la limitazione a questi ultimi della punibilità a titolo di tentativo. In altre parole, la norma afferma la penale irrilevanza di accordo (comma 1) e istigazione (comma 3) c.d. sterili; quand'anche gli stessi fossero in concreto idonei ed univoci rispetto alla commissione del delitto, non sarebbero punibili (a titolo di delitto tentato) >>³. Nella stessa

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 238; VASSALLI, *Accordo (dir. pen.)*, *Enc. dir.*, I, p. 302; cfr. anche: VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, *Enc. dir.*, XXII, p. 990; TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1985, p. 1597.

² *Relazione sul libro I del Progetto*, in *Lav. prep.*, V, I, Roma, 1929, p. 173.

³ Cass. Pen., sez. I, 1 dicembre 2009, n. 49975.

pronuncia, poi, si ribadisce che << alla base di siffatta conclusione vi è la menzionata **ratio** delle disposizioni di cui all'art. 115 c.p., consistente - come si è detto - nell'esigenza di **individuare il limite della rilevanza penale del tentativo** >>.

Nonostante ciò, altra parte della dottrina ritiene che la funzione sistematica dell'art. 115 c.p. vada individuata altrove.

In particolare, si sostiene che la disposizione in esame contenga il principio generale dell'irrilevanza penale degli atti preparatori. Più specificamente, la generale irrilevanza degli atti preparatori viene desunta da una peculiare esegesi dei termini accordo ed istigazione. Quest'ultimi, infatti, non devono essere considerati solo come momenti finali, bensì come l'insieme di tutte le condotte che vanno dalla prima manifestazione del proposito criminoso fino all'incontro definitivo delle volontà. Pertanto, anche i contegni precedenti all'accordo o all'istigazione accolta - e che ne consentono la realizzazione - devono essere annoverati nella generale categoria degli atti preparatori, come tali non punibili ex art. 115 c.p.¹. Secondo questa interpretazione, quindi, sono sempre necessari degli atti esecutivi - non meramente preparatori - per integrare un'ipotesi di tentativo punibile.

A tale impostazione, però, si oppone quella dottrina secondo cui l'irrilevanza penale degli atti preparatori non deriva dall'art. 115 c.p., ma da un principio generale di cui la stessa disposizione è espressione. In particolare, si ritiene che la disciplina dell'art. 115 c.p. rappresenti l'applicazione del principio più generale della tendenziale irrilevanza

¹ PETROCELLI, *Il delitto tentato. Studi*, 1955, pp. 77 ss.; cfr., criticamente, MORMANDO, *L'istigazione. Problemi generali della fattispecie e rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, pp. 87 ss.

degli atti meramente preparatori. Di conseguenza, per questa tesi, l'unica ragion d'essere della disposizione in commento è esclusivamente quella di prevedere l'applicazione di una misura di sicurezza anche per l'accordo e l'istigazione sterili, cioè per condotte che – sulla base del menzionato principio generale – non dovrebbero essere penalmente rilevanti¹.

Ancora, secondo altra dottrina, l'irrilevanza penale delle condotte di cui all'art. 115 c.p. non deriva dalla tradizionale distinzione tra atti esecutivi ed atti meramente preparatori. Infatti, si sostiene che l'accordo e l'istigazione sterili siano penalmente irrilevanti non per la loro natura di atti preparatori, bensì per la carenza dell'idoneità e dell'univocità, cioè dei requisiti richiesti per il tentativo punibile². Sulla base di tali argomentazioni, quindi, si afferma anche la totale superfluità della norma³. A tale obiezione, però, si replica sottolineando che la disposizione in parola conserva comunque la funzione di consentire l'applicazione di una misura di sicurezza a comportamenti penalmente irrilevanti⁴.

6.1. L'accordo e l'istigazione.

Come anticipato, la disposizione in esame statuisce la non punibilità delle condotte dell'accordo e dell'istigazione sterili, alle quali non segue la commissione di un reato.

Tuttavia, accordo ed istigazione rappresentano comportamenti che, se

¹ LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964, p. 21 ss.; FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, 494 ss.

² TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1985, p. 1597; VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, *Enc. dir.*, XXII, p. 990.

³ TONINI, *op. ult. cit.*, p. 1600.

⁴ BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale*, Milano, VII. ed., 1991, p. 166.

seguiti dalla commissione del reato, rientrano nell'ambito del concorso di persone punito ex art. 110 c.p., in particolare nel concorso morale. Pertanto, incidentalmente, è opportuno delinearne i confini.

Il concorso morale – o partecipazione psicologica – riguarda tutte le forme di partecipazione concernenti la fase dell'ideazione del reato. In esso, in particolare, vi rientrano sia l'istigazione – comprensiva della determinazione, come si vedrà in seguito – sia l'accordo per commettere un reato¹. Tali condotte, però, non possono consistere in contegni limitati alla sfera interiore dell'agente, altrimenti contrastano con il principio della materialità, fondamento del diritto penale del fatto. Tanto è vero che, secondo una parte della dottrina, la loro irrilevanza penale deriva proprio dal presupposto di fondo secondo cui un reato non può consistere in una *nuda cigitatio*². Pertanto, l'accordo e l'istigazione devono necessariamente concretizzarsi in fatti materiali.

Più specificamente, l'**accordo** è rappresentato dall'**incontro di volontà** con cui due o più persone si impegnano personalmente a prestare il proprio contributo per la realizzazione del reato³. Di conseguenza, gli elementi distintivi dell'accordo sono: da un lato, la manifestazione della comune volontà di commettere un'azione criminosa; dall'altro, la conseguente reciproca promessa di porre in essere un determinato contegno per il raggiungimento dello scopo comune.

L'**istigazione** rilevante ex art. 115 c.p., invece, è costituita da entrambe le forme con cui essa viene tradizionalmente identificata: ovvero, tanto dalla

¹ TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1985, p. 1592.

² PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, IV ed., Milano, 1993, p. 536.

³ TONINI, *op.ult.cit.*, p. 1594

determinazione in altri di un proposito criminoso prima inesistente, quanto dal **rafforzamento di un altrui proposito criminoso** già esistente. In altri termini, per la disposizione in esame rilevano sia la condotta di “determinazione” che quella di “istigazione” in senso stretto¹.

D'altro canto, secondo parte della dottrina, solo il rafforzamento dell'altrui proposito criminoso – quale istigazione in senso stretto – può rientrare nell'accezione di istigazione di cui all'art. 115 c.p. Tuttavia, quest'interpretazione non è condivisa dalla dottrina maggioritaria, per la quale il termine “istigazione” della disposizione in esame è utilizzato in senso più ampio, cioè comprensivo della condotta di determinazione².

Peraltro, per risultare penalmente rilevante, **l'istigazione deve essere determinata sia nell'oggetto sia nei destinatari**. Per quanto concerne l'oggetto, infatti, la condotta dell'istigazione deve riguardare un reato determinato, indicato anche in via alternativa ad un altro – ad esempio, quando si istiga a commettere, alternativamente, un furto o una rapina –. Circa i destinatari, invece, l'istigazione non deve essere necessariamente diretta nei confronti di soggetti determinati, ma è sufficiente che sia rivolta ad una cerchia ristretta di persone dalle caratteristiche facilmente individuabili. Pertanto, l'istigazione non è punibile sia quando è generica nell'oggetto – come nell'invito a guadagnarsi da vivere commettendo reati – sia quando, individuato il reato, essa è indirizzata ad una cerchia indeterminata di persone: a titolo di esempio, non è punibile l'istigazione rivolta agli spettatori di una trasmissione televisiva ovvero ai lettori di una

¹ Più in generale, per l'istigazione, v. SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli, 2004.

² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 501; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 157 ss.; VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, *Enc. dir.*, XXII, p. 988.

rivista¹.

Il contributo psicologico dell'accordo e dell'istigazione, infine, così come quello materiale, per considerarsi penalmente rilevante deve aver effettivamente agevolato la commissione del reato dal punto di vista psichico. E precisamente, in base ad un giudizio *ex post*, la condotta del concorrente morale deve aver esercitato un'*effettiva influenza* sulla psiche dell'esecutore materiale del reato².

Dunque, come già anticipato sopra, non può configurare il concorso morale una condotta di mera connivenza o la semplice adesione psichica manifestata all'esecutore materiale del reato.

6.2. La deroga espressa alla generale irrilevanza dell'accordo e dell'istigazione sterili.

L'art. 115 c.p. è introdotto dalla locuzione << salvo che la legge disponga altrimenti >>. Tale **clausola di riserva** sta ad indicare che l'accordo e l'istigazione, per volontà espressa del legislatore, possono essere considerati penalmente rilevanti anche indipendentemente dalla successiva commissione di un reato. In altri termini, la predetta clausola **introduce la possibilità di derogare alla generale regola secondo cui, normalmente, l'accordo e l'istigazione sterili sono penalmente irrilevanti.**

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 157 ss.

² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, cit., p. 502; SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1123 ss. Sul punto, per costante giurisprudenza di legittimità, <<il concorso morale nel reato presuppone un'**effettiva influenza sull'autore materiale del fatto**, sì che, perché sussista, è **necessario che l'adesione o la giustificazione del fatto criminoso sia manifestata in presenza dell'autore materiale del reato, prima che questi lo commetta, rafforzandone il proposito criminoso**. Ne consegue che, per quanto aberrante e riprovevole sul piano etico, l'adesione o giustificazione morale - manifestata successivamente al fatto - dello stupro compiuto dal padre ai danni della moglie non integra gli estremi del concorso morale>> (Cass. Pen., sez. III, 26 marzo 2003, n. 23916).

Questa deroga si verifica, in primo luogo, allorché il legislatore prevede l'accordo e l'istigazione per commettere un reato come autonome fattispecie criminose, in altrettante disposizioni di parte speciale¹. In tali casi, data la particolare importanza dei beni giuridici tutelati dalle fattispecie incriminatrici, il legislatore configura quali autonomi reati già le condotte del mero accordo e della semplice istigazione². Per quanto riguarda l'istigazione, in particolare, tipici sono gli esempi delle fattispecie di cui agli artt. 302, 322, nonché degli artt. 414 e 415 c.p.

In riferimento a specifiche ipotesi di accordo penalmente rilevante, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito che: « non è, inoltre, di ostacolo alla configurabilità del concorso punibile dell'estraneo nel reato di collusione (entro i limiti precisati) la norma dell'art. 115 c.p., secondo cui non è punibile, salvo che la legge disponga altrimenti, l'accordo finalizzato alla commissione di un reato, qualora questo, in effetti, non si verifichi; ciò perché **la previsione dell'art. 3 della legge n. 1383-41 costituisce una deroga, consentita, all'art. 115 c.p., il quale ultimo rappresenta la "regola" rispetto al primo, che integra la "eccezione" e ha, pertanto, un'autonoma offensività**, il che significa che è deviante identificare l'interesse tutelato dalla norma sulla collusione con l'oggetto dell'accordo, dovendosi, invece, ravvisare, in detta previsione, un disvalore al quale il legislatore ha affidato l'intera carica offensiva, dando rilievo proprio al mero fatto di accordarsi; con la punizione dell'accordo collusivo, in sostanza, non viene in discussione il pericolo che da esso

¹ VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, *Enc. dir.*, XXII, p. 989; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 239.

² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, cit., p.495.

deriva circa la commissione dei reati-scopo (questo pericolo viene preso in considerazione dalla regola generale dell'art. 115 c.p.), ma semmai il danno effettivo che l'accordo provoca al prestigio e alla funzionalità della Pubblica Amministrazione finanziaria. **Dare valenza a tale accordo, quale autonoma fattispecie penale, non significa contraddire il principio di cui all'art. 115 C.P., che, anzi, risulta confermato >>¹.** Ancora, si è affermato che: << **l'art. 115 c.p.**, secondo il quale in caso di accordo per commettere un reato nessuno può essere punito se il reato non è commesso, **non trova applicazione nell'ipotesi di accordo per la cessione di sostanze stupefacenti** in quanto, tra le condotte alternative punite dall'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, è prevista l'"offerta" di droga, che costituisce reato di pericolo presunto per scelta di politica criminale del legislatore e che si pone pertanto fra le eccezioni legislative che il suddetto art. 115 fa espressamente salve >>²

In secondo luogo, poi, l'accordo e l'istigazione sono penalmente rilevanti anche quando rientrano nell'ambito di un tipico concorso di persone *ex* art. 110 c.p., in cui è necessaria, però, la realizzazione di un reato, quanto meno tentato. In proposito, recentemente la Suprema Corte ha sottolineato che << **l'accordo** tra più soggetti di realizzare uno o più reati è **un elemento comune alla fattispecie associativa ed a quella concorsuale, ma in tale ultima ipotesi esso deve pervenire alla concreta realizzazione del reato, quanto meno a livello di tentativo, secondo quanto previsto dall'art. 115 comma 1 c.p.** Il discrimine tra la fattispecie

¹ Cass. Pen., sez. VI, 10 giugno 1998, n. 9892.

² Cass. Pen., sez. VI, 26 giugno 1995, n. 9774.

plurisoggettiva e quella concorsuale non è qualificabile come rapporto di specialità, bensì deve essere individuato nella necessaria qualificazione dell'accordo associativo come una struttura permanente, nella quale i singoli associati divengono - ciascuno nell'ambito dei propri compiti assunti od affidati - parti di un tutto, con il fine di commettere una serie indeterminata di delitti >>¹

6.3. Un'ipotesi di quasi-reato: l'applicabilità della misura di sicurezza.

Anche se non si realizza il reato oggetto dell'accordo o dell'istigazione, a tali condotte può seguire l'applicazione di una misura di sicurezza. Pertanto, l'accordo e l'istigazione sterili costituiscono – insieme al reato impossibile di cui all'art. 49 c.p. – le cosiddette ipotesi di **quasi-reato**. Quest'ultime, in particolare, rappresentano i casi in cui il legislatore determina espressamente, *ex art. 202, comma 2 c.p.*, l'applicazione di una misura di sicurezza anche per fatti non previsti dalla legge come reato.

Nel dettaglio, ai sensi del secondo comma dell'art. 115 c.p., << nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza >>. Come si evince dal tenore letterale della disposizione, la misura di sicurezza non è applicabile, invece, nell'ipotesi di accordo per commettere una contravvenzione al quale non segue la realizzazione del reato. Viceversa, nel caso di istigazione accolta, in assenza della commissione del reato, la misura di sicurezza è applicabile sia per l'istigazione a commettere un delitto che per quella a commettere una contravvenzione. Questo perché, come si sottolinea in dottrina, il terzo comma dell'art. 115 c.p. estende l'applicazione delle precedenti

¹ Cass. Pen., sez. VI, 5 dicembre 2003, n. 7957.

disposizioni – cioè del primo e del secondo comma – al « caso di istigazione a commettere un reato ». Di conseguenza, questo riferimento al più generale termine « reato », comprensivo sia dei delitti che delle contravvenzioni, denota la volontà del legislatore di non voler limitare l'applicabilità della misura di sicurezza solo all'istigazione accolta a commettere un delitto. Una simile limitazione, invece, è prevista espressamente per l'istigazione non accolta; per quest'ultima, infatti, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 115 c.p., in tanto si può applicare una misura di sicurezza in quanto « si sia trattato d'istigazione a un delitto »¹. Diversamente, secondo altra parte della dottrina, anche per quanto riguarda l'istigazione accolta la misura di sicurezza è applicabile esclusivamente quando ha ad oggetto un delitto. Tale orientamento, precisamente, si basa sul fatto che il terzo comma della disposizione in esame rinvia integralmente alle disposizioni dei commi precedenti, per le quali la misura di sicurezza è applicabile solo nel caso di accordo sterile a commettere un delitto. Per questa tesi, dunque, è da escludere l'applicabilità di una misura di sicurezza per un'istigazione accolta – sempre non seguita dal reato, quindi sterile – avente ad oggetto una contravvenzione².

L'ulteriore presupposto indispensabile per l'applicazione della misura di sicurezza resta, ovviamente, ex art. 202 c.p., l'accertamento della pericolosità sociale del soggetto.

In merito a quest'aspetto, infatti, la giurisprudenza della Cassazione ha

¹ VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, *Enc. dir.*, XXII, p. 989; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 239.

² MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, V ed., 1981-1986, p. 560; MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 788; TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Milano, 1985, p. 1593.

precisato che << **la misura di sicurezza di cui all'art. 115 Cod. Pen può essere applicata solo all'esito della valutazione**, in sede di udienza preliminare o di giudizio, sul merito dell'imputazione e **sulla pericolosità sociale del prevenuto** >>¹.

Infine, circa l'individuazione della misura di sicurezza da applicare in concreto, pacificamente si ritiene che essa sia la libertà vigilata. Quest'ultima, infatti, come dispone il numero 2) dell'art. 229 c.p., può essere applicata << nei casi in cui questo codice autorizza una misura di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato >>.

In altri termini, la libertà vigilata può essere applicata alle cosiddette ipotesi di quasi-rato, tra cui rientrano – come si è detto sopra – certamente quelle di cui all'art. 115 c.p..

¹ Cass. Pen., sez. V, 21 aprile 2006, n. 19312.

Capitolo II

L'ulteriore fattispecie plurisoggettiva della cooperazione nel delitto colposo.

1. La cooperazione nel delitto colposo.

Tutto ciò premesso in ordine al concorso di persone nei reati dolosi, bisogna ora soffermarsi su quella particolare forma di concorso di persone circa i reati colposi, cioè la cosiddetta cooperazione colposa di cui all'articolo 113 c.p.

Il legislatore del 1930 ha introdotto tale disposizione per risolvere definitivamente la disputa dottrinale creatasi sotto la vigenza del codice Zanardelli circa l'ammissibilità del concorso di persone nel delitto colposo. Prima del codice Rocco, infatti, la cooperazione nel delitto colposo era generalmente esclusa perché carente della volontà del c.d. << previo concerto >>, elemento allora – ma oggi non più – considerato indispensabile per la configurabilità del concorso ed incompatibile con l'involontarietà della colpa¹. Pertanto, secondo la dottrina dominante, con l'art. 113 c.p. è stata espressamente disciplinata la forma colposa del concorso di persone nel reato: in particolare, quella del concorso nel delitto colposo, perché, come vedremo in seguito, la disciplina del concorso nelle contravvenzioni colpose viene individuata nell'art. 110 c.p. Tuttavia, facendo riferimento al testo della disposizione in esame – che richiama la << cooperazione di più persone >> piuttosto che il concorso di

¹ COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 63; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, pp. 530 ss; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, pp. 555 ss; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, pp. 1 ss.

esse – una parte minoritaria della dottrina nega l'esistenza di un reale concorso di persone nei reati colposi: ciò che manca per configurare il concorso di persone, secondo tale tesi, è proprio la convergenza di volontà dei concorrenti a commettere un reato¹.

Tradizionalmente la cooperazione nel delitto colposo viene caratterizzata per la presenza di due elementi strutturali: **l'assenza della volontà di contribuire** con la propria condotta **alla realizzazione di un reato**; la **consapevolezza** da parte dei concorrenti **di contribuire alla condotta altrui**. Questi due elementi strutturali hanno una duplice funzione: da un lato, il primo è necessario per distinguere il concorso colposo da quello doloso di cui all'art. 110 c.p.; dall'altro, il secondo permette di differenziare il concorso colposo dal concorso di cause colpose indipendenti.

In particolare, circa il primo requisito, quello della mancanza della volontà di commettere un reato, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che << nella cooperazione colposa la convergenza dei comportamenti, a differenza che nella compartecipazione delittuosa, **non richiede la volontà di contribuire con il proprio operato alla realizzazione del crimine** >>².

Per quanto riguarda il secondo requisito, invece, riguardante la consapevolezza di contribuire alla condotta altrui, le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che << la cooperazione nel delitto colposo di cui all'art. 113 c.p. si verifica quando più persone pongono in essere una data **autonoma condotta nella reciproca consapevolezza di contribuire**

¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 586; PATERNITI, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. Giu.*, VII, Roma, 1988, p. 5.

² Cass. Pen., sez. VI, 29 gennaio 1977, n. 1511.

all'azione od omissione altrui che sfocia nella produzione dell'evento non voluto >>¹.

Sulla base di tale orientamento, poi, è stato recentemente ribadito che << la cooperazione nel delitto colposo si caratterizza esclusivamente come **reciproca consapevolezza da parte dei concorrenti della convergenza delle rispettive condotte verso un identico scopo**, senza che, ai fini della sua configurabilità, rilevi l'eventuale incertezza sull'attribuibilità delle singole condotte ai cooperanti >>². In applicazione del menzionato principio, in particolare, la Corte ha riconosciuto la cooperazione nel delitto di lesioni colpose nei confronti di due agenti di polizia che, eccedendo nell'uso legittimo delle armi, avevano esplosivo entrambi dei colpi d'arma da fuoco all'indirizzo di un'auto in fuga ferendo uno degli occupanti.

Ciò detto, però, il concetto della consapevolezza delle condotte altrui deve essere ulteriormente precisato. Specificamente, da una parte, ci si è chiesti se l'agente debba essere consapevole solo dell'esistenza dell'altrui condotta o anche della natura colposa di quest'ultima; dall'altra, se la consapevolezza debba ricomprendere anche l'evento richiesto dalla norma per l'esistenza del reato. Ad entrambi questi interrogativi la giurisprudenza di legittimità ha dato una risposta negativa.

Nel dettaglio, a proposito della esclusiva consapevolezza della condotta altrui e non anche della natura colposa della stessa, la Cassazione ha sostenuto che: << ai fini del riconoscimento della cooperazione nel reato colposo **non è necessaria la consapevolezza della natura colposa**

¹ Cass. Pen., S.U., 25 novembre 1998, n. 5

² Cass. Pen., sez. IV, 7 novembre 2007, n. 5111.

dell'altrui condotta, né la conoscenza dell'identità delle persone che cooperano, **ma è sufficiente la coscienza dell'altrui partecipazione** nello stesso reato, intesa come consapevolezza da parte dell'agente che dello svolgimento di una determinata attività anche altri sono investiti >>; in altri termini, << per configurare il concorso di persone nel reato colposo è **sufficiente la coscienza della partecipazione altrui**, mentre **non serve la conoscenza delle specifiche condotte dei partecipi né della loro identità**. La cooperazione colposa è quindi possibile anche quando un soggetto interviene essendo a conoscenza che la sistemazione di un'opera è riservata anche ad altri >>¹.

Sulla base di analoghe argomentazioni la giurisprudenza di legittimità, già in precedenza, aveva ammesso la configurabilità della cooperazione colposa anche nell'ambito della pubblica amministrazione e delle organizzazioni complesse in genere. Questo perché ciò che rileva ai fini del concorso colposo è che gli agenti siano consapevoli delle condotte altrui, anche se commesse in tempi diversi. Precisamente, la Suprema Corte ha utilizzato il seguente ragionamento: << ai fini della configurabilità della cooperazione nel delitto colposo, prevista dall'art. 113 c.p., è sufficiente la coscienza, da parte del soggetto, dell'altrui partecipazione all'azione ma non è necessaria la conoscenza delle specifiche condotte e dell'identità dei partecipi: ne consegue che **la cooperazione è ipotizzabile anche nelle ipotesi riguardanti le organizzazioni complesse** quali la sanità, le imprese e settori della p.a. nei cui atti confluiscono condotte poste in essere, anche in tempi diversi,

¹ Cass. Pen., sez. IV, 20 aprile 2009, n. 26020; conforme, Cass. Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 6215.

da soggetti tra i quali non v'è rapporto diretto; in tali ipotesi esiste comunque il legame psicologico previsto per la cooperazione colposa perché **ciascuno degli agenti è conscio che altro soggetto** (medico, pubblico funzionario, dirigente ecc.) **ha partecipato o parteciperà alla trattazione del caso** >>¹.

Pure in riferimento al secondo interrogativo – concernente la consapevolezza anche dell'evento richiesto per l'esistenza del reato – la giurisprudenza di legittimità, come già anticipato, ha espresso un giudizio negativo. Più nello specifico, per la configurabilità della cooperazione colposa nei reati causalmente orientati, la Cassazione e la dottrina negano che i concorrenti debbano essere consapevoli anche dell'evento richiesto per l'esistenza del reato. Pertanto, **l'elemento che caratterizza il concorso colposo**, distinguendolo così, come vedremo, dal concorso di cause indipendenti – che dà luogo a tanti reati colposi quanti sono gli agenti –, resta l'esclusiva **consapevolezza della condotta altrui**.

In questo senso, si è sostenuto che << **la cooperazione nel delitto colposo si caratterizza per un legame psicologico tra le condotte dei concorrenti**, nel senso che ciascuno dei compartecipi deve essere consapevole della convergenza della propria condotta con quella altrui, **senza però che tale consapevolezza investa l'evento richiesto per l'esistenza del reato**: ed è questo legame che consente di distinguere la cooperazione dal concorso di cause colpose indipendenti, ipotesi nella quale più soggetti contribuiscono colposamente a cagionare l'evento, senza tuttavia la

¹ Fattispecie in tema di lesioni colpose per incidente stradale: la Corte ha ritenuto sussistere, per la mancanza di segnali su una strada in costruzione, la cooperazione colposa, tra il direttore dei lavori e l'ingegnere capo (Cass. Pen., sez. IV, 7 aprile 2004, n. 25311).

consapevolezza di contribuire alla condotta altrui >>¹.

Da quest'ultima giurisprudenza emerge chiaramente la **differenza tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti**: nella cooperazione colposa la persona sa che la propria condotta si unisce a quella altrui nella causazione dell'evento; nel concorso di cause indipendenti, invece, l'evento è causato da una coincidenza di condotte colpose non collegate tra loro da nessun legame psicologico.

Così recentemente è stato ribadito che << **la cooperazione nel delitto colposo si distingue dal concorso di cause colpose indipendenti per la necessaria reciproca consapevolezza dei cooperanti della convergenza dei rispettivi contributi**, che peraltro non richiede la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta in tutti quei casi in cui il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge ovvero da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio o, quantomeno, sia contingenza oggettivamente definita della quale gli stessi soggetti risultino pienamente consapevoli >>².

Tuttavia, la mera consapevolezza dell'altrui condotta potrebbe comportare un'eccessiva estensione della fattispecie della cooperazione colposa. Pertanto, criticando l'orientamento tradizionale e valorizzando la natura normativa dell'illecito colposo, la dottrina più recente ritiene che la sola consapevolezza dell'altrui condotta non è da sola sufficiente ad

¹ Cass. Pen., sez. IV, 30 marzo 2004, n. 45069.

² Cass. Pen., sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1786. Sull'argomento esplicitamente la Cassazione già in passato ha affermato che << nella cooperazione colposa ognuno dei cooperanti ha la consapevolezza di partecipare all'azione od omissione di altri che, insieme con la sua condotta, è causa dell'evento non voluto, mentre **nel concorso di cause si verifica coincidenza fortuita di azioni od omissione nella produzione dello stesso evento**, sicché ogni azione od omissione resta imputabile come fatto a sé stante importando separata responsabilità per distinti reati >> (Cass. Pen., sez. IV, 15 novembre 1986, Fadda).

integrare la cooperazione nel delitto colposo. Anzi, essa rappresenta solo un requisito, seppur indispensabile, a cui deve aggiungersi la violazione di una regola cautelare come dovere obiettivo di diligenza. In sostanza, per configurarsi la cooperazione colposa, l'agente deve rappresentarsi l'altrui condotta e contestualmente deve violare una regola obiettiva di cautela¹.

Se originariamente la giurisprudenza di legittimità era ferma nel ribadire la tesi tradizionale – secondo cui ciò che caratterizza la cooperazione colposa è solo la consapevolezza di partecipare all'azione o all'omissione altrui –, alcune recenti sentenze sembrano accogliere quest'ultimo orientamento. Infatti, si è affermato che « in tema di cooperazione nel delitto colposo, **perché la condotta di ciascun concorrente risulti rilevante ai sensi dell'art. 113 c.p. occorre che essa, singolarmente considerata, violi la regola di cautela**, e che tra le condotte medesime esista un legame psicologico »². In tal modo, quindi, se non viola la regola cautelare obiettiva, la singola condotta del compartecipe non configura la fattispecie della cooperazione nel delitto colposo. In questo stesso senso, ancora più di recente, la Cassazione ha rilevato la necessità che nella condotta del concorrente siano presenti tutti gli elementi della colpa. In particolare, la Suprema Corte ha confermato che « **nella cooperazione nel delitto colposo**, che si distingue dal concorso di cause colpose indipendenti per la necessaria reciproca consapevolezza dei cooperanti di contribuire alla condotta altrui, **la condotta di ognuno dei**

¹ ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, Riv. it. dir. proc. pen., 1995, p. 60; ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, pp. 186 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007 pp. 568 ss.; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 216 ss.

² Cass. Pen., sez. IV, 10 marzo 2005, n. 44623.

concorrenti, singolarmente considerata, deve parimenti essere qualificabile come colposa >>¹. L'importanza della violazione della regola cautelare da parte del singolo concorrente, quale elemento essenziale della cooperazione nel delitto colposo, emerge chiaramente nella fattispecie concreta trattata da tale ultima pronuncia: infatti, in un caso di emissione di onde elettromagnetiche ad opera di gestori di più impianti, la Cassazione ha escluso che il superamento complessivo dei limiti fissati dalla legge e dai provvedimenti amministrativi rilevasse ai fini del reato di getto pericoloso di cose, in mancanza della prova che le emissioni dell'impianto dell'indagato, singolarmente considerato, eccedessero i limiti stessi.

Peraltro, quando è solo uno dei concorrenti ad essere consapevole di cooperare con altri, soltanto ad esso andrà applicata la disciplina della cooperazione nei delitti colposi: è questo il cosiddetto concorso colposo unilaterale. Per tutti gli altri compartecipi che non fanno di cooperare con altri, invece, potrà applicarsi la fattispecie incriminatrice monosoggettiva, sempre che ricorrano tutti i requisiti di tipicità della condotta².

Infine, ai sensi del secondo comma dell'art. 113 c.p., quando ricorrono le ipotesi stabilite dall'art. 111 c.p. ovvero quelle previste dai numeri 3 e 4 dell'art. 112 c.p., la pena è aggravata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto. Pertanto, sulla base del tenore letterale della disposizione in esame, non sono applicabili alla cooperazione nel delitto colposo le circostanze aggravanti di cui ai numeri 1 e 2 dell'art. 112 c.p.³.

¹ Cass. Pen., sez. III, 9 gennaio 2009, n. 15707.

² MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, VI ed., 2009.

³ ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, p. 194; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 223; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Bologna, 2004, p. 473.

Inoltre, come vedremo meglio in seguito, l'art. 114 c.p. estende le circostanze attenuanti in esso previste anche alla cooperazione nel delitto colposo di cui all'art. 113 c.p.

2. La funzione della norma sulla cooperazione colposa.

Per individuare la funzione della disposizione sulla cooperazione colposa – cioè dell'art. 113 c.p. –, generalmente si distingue tra delitti casualmente orientati – detti anche a forma libera – e delitti a forma vincolata. In particolare, circa i delitti causalmente orientati, la dottrina è divisa sulla funzione dell'art. 113 c.p.: da un lato, infatti, si sostiene la sua funzione di mera disciplina, dall'altro, quella di estensione dell'incriminazione. Per i delitti colposi a forma vincolata, invece, sembra esservi unità di vedute sulla funzione incriminatrice della norma in esame. Più specificamente, deve essere rilevato quanto segue.

Secondo la dottrina più recente, come detto sopra, la condotta del singolo concorrente è rilevante per la cooperazione colposa solo se contraria ad una regola obiettiva di cautela. Pertanto, sulla base di tale impostazione, per le fattispecie causalmente orientate – o a forma libera – la norma dell'art. 113 Cod. Pen. svolge una funzione di mera disciplina; questo perché la disposizione in commento consente l'estensione delle norme sul concorso di persone a condotte che di per sé sono già tipiche secondo le fattispecie incriminatrici monosoggettive¹. Per di più, considerando causalmente orientati tutti i delitti colposi, alcuni ritengono che la cooperazione colposa svolga esclusivamente un ruolo di disciplina, senza distinzione tra delitti a forma libera e a forma vincolata². Tuttavia, a tale opinione si replica affermando che nel nostro ordinamento sono espressamente previsti delitti colposi a forma vincolata, per i quali la

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007 pp. 566 ss.; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 481; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 222.

² GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persona nel reato*, 1957, pp. 112 ss.

cooperazione colposa non può non svolgere una funzione incriminatrice. Peraltro, secondo altra parte della dottrina, tale funzione incriminatrice è svolta dall'art. 113 c.p. anche per i delitti causalmente orientati. Infatti, si sostiene che la disposizione da ultimo citata consente di considerare rilevanti per il concorso colposo anche le condotte semplicemente agevolatrici dell'evento. Di conseguenza, la condotta agevolatrice, cioè non tipica rispetto al delitto a forma libera – perché non condizione necessaria dell'evento –, in tanto configura una cooperazione colposa in quanto la norma dell'art. 113 c.p. estende la fattispecie incriminatrice monosoggettiva¹.

D'altra parte, la funzione incriminatrice della disposizione in esame viene ribadita da quella dottrina che ritiene rilevanti per il concorso colposo anche le condotte che di per sé non sono oggettivamente colpose: cioè le condotte che, considerate singolarmente e separatamente dai comportamenti degli altri concorrenti, non violano alcuna regola cautelare obiettiva. In altri termini, secondo tale orientamento, ai sensi dell'art. 113 c.p., il contegno dell'agente integra la cooperazione colposa sulla base della mera consapevolezza di contribuire ad una condotta altrui². Quest'ultima impostazione, però, viene criticata da altra dottrina che ritiene sbagliato il suo presupposto di fondo: infatti, si afferma che, per accertare il carattere colposo del comportamento dell'agente, non si possono non considerare anche le concrete circostanze in cui esso ha

¹ ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, p. 182; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 556; DE FRANCESCO G. A., *Sul concorso di persone nel reato*, Studium Iuris, 1998, p. 734.

² LATAGLIATA, *Cooperazione nel delitto colposo*, *Enc. Dir.*, X, pp. 615 ss.; FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, pp. 494 ss.

agito, tra cui rientrano le condotte degli altri concorrenti¹.

Un ulteriore orientamento, inoltre, sostiene la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. in quanto esso consente di considerare come colpose condotte che violano regole cautelari che hanno << ad oggetto non il proprio, ma l'altrui comportamento >>. Detto altrimenti, le regole cautelari impongono di verificare, controllare ed impedire l'altrui condotta colposa². Tuttavia, a tale tesi si è obiettato che non c'è ragione per non far rientrare nella fattispecie monosoggettiva anche l'inosservanza di un dovere obiettivo di diligenza riguardante un comportamento altrui. L'evento colposo concretamente derivante da quest'ultima inosservanza, infatti, può sicuramente rientrare nelle finalità di tutela perseguite dalla regola cautelare violata dall'agente³.

La giurisprudenza di legittimità, circa i delitti causalmente orientati, di recente ha precisato che la disciplina della cooperazione nel delitto colposo ha **funzione estensiva dell'incriminazione**. Difatti, dando atto delle due tesi dottrinali sul punto – quella della funzione di mera disciplina, da un lato, e quella di estensione dell'incriminazione, dall'altro –, la Cassazione ha affermato che l'art. 113 c.p. coinvolge anche le condotte semplicemente agevolatrici e di modesta significatività; quest'ultime, però, per essere penalmente rilevanti, devono necessariamente essere unite a comportamenti in grado di integrare la tipica violazione della regola cautelare interessata⁴. A tale riguardo, è

¹ ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, *Arc. Pen.*, 1983, pp. 81 ss.; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, pp. 479 ss.; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, pp. 80 ss.

² COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 80.

³ ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, p. 126; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 223.

⁴ Cass. Pen., sez. IV, 2 dicembre 2008, 1786.

importante ricordare le argomentazioni addotte dalla Suprema Corte nella pronuncia in parola. Precisamente, si sostiene che la funzione estensiva dell'incriminazione « è senz'altro aderente alle finalità perseguite dal codificatore che, introducendo la disciplina di cui si discute, volle troncare le dispute esistenti in quell'epoca, esplicitando la possibilità di configurare fattispecie di concorso anche nell'ambito dei reati colposi »>. Più nel dettaglio, poi, si specifica che questo indirizzo interpretativo trova sicuro conforto anche nella peculiare disciplina legislativa della cooperazione colposa: in particolare, nell'art. 113, comma 2, c.p., ma soprattutto nell'art. 114 c.p. Infatti, da una parte, la prima disposizione prevede l'aggravamento di pena per chi assume un ruolo preponderante nella cooperazione; dall'altra, invece, la seconda disposizione statuisce una diminuzione di pena per l'agente che abbia apportato un contributo di minima importanza. Ebbene, secondo la Suprema Corte, « tale ultima contingenza, evocando appunto condotte di modesta significatività, sembra attagliarsi perfettamente al caso di condotte prive di autonomia sul piano della tipicità colposa e quindi non autosufficienti ai fini della fondazione della responsabilità colpevole »>. In altri termini, la Cassazione configura la cooperazione colposa dell'art. 113 c.p. nelle condotte agevolatrici ed atipiche, sulla base della sola consapevolezza di contribuire alla condotta altrui. Tuttavia, la stessa Corte non dimentica di rilevare che « le preoccupazioni di eccessiva estensione della fattispecie di cooperazione connesse alla mera consapevolezza dell'altrui condotta concorrente non sono certo prive di peso »>. Pertanto, si precisa che tali preoccupazioni « pare possano

essere arginate solo **individuando con rigore**, sul piano fenomenico, **le condotte che si pongono tra loro in cooperazione**. Occorre cioè che il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza. In tali situazioni, l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di condotte che, come si è accennato, sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche. In tutte tali situazioni ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui. Si genera così un legame ed un'integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell'azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Tale **pretesa d'interazione prudente individua**, sembra a questa Corte, il **canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione**. La stessa pretesa giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento e di autoresponsabilità, insita nell'idea di cooperazione colposa >>.

In base a tale giurisprudenza di legittimità, quindi, superando il contrasto dottrinale sul punto, anche per le fattispecie causalmente orientate l'art. 113 c.p. sembra svolgere una funzione estensiva dell'incriminazione.

Quest'ultima funzione icriminatrice della cooperazione colposa, d'altra parte, come già anticipato, è pacificamente riconosciuta per i delitti colposi a forma vincolata. Infatti, sebbene la maggior parte dei delitti

colposi sia a forma libera, non mancano nel sistema penale delitti colposi propri – cioè esclusivi – e delitti colposi a forma vincolata. Circa i primi si possono ricordare, a titolo di esempio, le ipotesi di violazione colposa degli obblighi del custode, di cui agli artt. 387 e 388 bis c.p., nonché tutte le altre ipotesi di agevolazione colposa; per i secondi, invece, tutte quelle ipotesi in cui la condotta colposa è descritta puntualmente dal legislatore, come per i delitti contro la salute pubblica di cui agli artt. 439, 440 e 441, puniti a titolo di colpa *ex art.* 452 c.p. In tutti questi casi la condotta è tipica solo se è posta in essere dal soggetto indicato dalla fattispecie incriminatrice – il cosiddetto soggetto intraneo – ovvero corrisponde a quella da essa descritta; di conseguenza, è pacifico che le condotte realizzate dall'extraneus e quelle atipiche assumono rilevanza per la cooperazione colposa proprio grazie alla funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.¹.

Tuttavia, parte della dottrina critica tale meccanismo di estensione della tipicità, soprattutto dal punto di vista politico criminale. Infatti, si rileva che il legislatore per alcuni beni giuridici, in ossequio al principio di frammentarietà del diritto penale, ha ritenuto rilevanti soltanto alcune modalità di aggressione – creando così delle fattispecie a forma vincolata, e non causalmente orientate che, invece, tutelano il bene contro ogni aggressione –; pertanto, sulla base di tale constatazione, non si vede perché una norma sul concorso debba determinare una << deviazione teleologica >>, eliminando tale tutela frammentaria attraverso la

¹ ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, p. 181; COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 71 ss.; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 221; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007 p. 570.

punibilità anche delle condotte atipiche¹.

¹ ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Arc. Pen.*, 1983, p. 74;
ALDOVRANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, pp. 53 ss.;
FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 570.

3. La cooperazione colposa nelle contravvenzioni.

In dottrina è pacifico che sia configurabile il concorso di persone nelle contravvenzioni dolose. Questo perché si ritiene che il termine "reato" dell'art. 110 c.p. faccia riferimento indistintamente sia ai delitti che alle contravvenzioni imputabili a titolo di dolo.

Una questione ancora aperta, invece, è quella della configurabilità della cooperazione colposa nelle contravvenzioni. Sull'argomento si fronteggiano due orientamenti, uno negativo e un altro positivo. Secondo il primo orientamento – quello negativo – si deve porre l'attenzione sul dato letterale dell'art. 113 c.p., il quale espressamente fa riferimento solo alla cooperazione nel delitto colposo; il testo della disposizione, quindi, sembrerebbe escludere la cooperazione colposa nelle contravvenzioni. Pertanto, secondo tale impostazione, l'unico modo per ammettere il "concorso" colposo nelle contravvenzioni sarebbe quello di ricomprenderlo nella disciplina dell'art. 110 c.p., che fa generico riferimento al "reato". Così facendo, però, si osserva, si applicherebbero ad ipotesi di minor disvalore – cioè alle contravvenzioni colpose – le circostanze aggravanti di cui ai numeri 1 e 2 dell'art. 112 c.p., che il legislatore – nell'art. 113 c.p. – espressamente esclude per i delitti colposi¹. Peraltro, sotto un profilo di politica criminale, dato che le contravvenzioni sono ben più numerose dei delitti colposi, attraverso l'art. 110 c.p. si

¹ ALICE, *Il concorso colposo in fatto contravvenzionali*, Riv. it. dir. proc. pen., 1983, pp. 1027 ss.; ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, Arc. Pen., 1983, pp. 87 ss.; ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, 1984, pp. 192 ss.; ID., *La cooperazione colposa*, *Studium Iuris*, 2000, p. 522; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p.508; FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, pp. 494 ss.; MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 782; RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, Riv. it. dir. proc. pen., 1998, p. 132; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, pp. 259 ss.

estenderebbe la punibilità a un numero di condotte atipiche superiore rispetto a quello verificabile nei delitti colposi. Pertanto, si critica che questa grande estensione della punibilità sia determinata solo da una norma « implicita » – frutto dell'interpretazione dell'art. 110 c.p. –, anziché da una disciplina espressa¹.

Secondo l'orientamento prevalente, invece, è ammissibile la cooperazione colposa nelle contravvenzioni². Non è di ostacolo la lettera dell'art. 113 c.p., perché essa è funzionale ad un'espressa previsione normativa della responsabilità a titolo di colpa per i delitti, indispensabile ex art. 42, comma 2, c.p. Le contravvenzioni, viceversa, ai sensi dell'ultimo comma del citato art. 42 c.p., sono punibili indistintamente sia a titolo di dolo che di colpa. Di conseguenza, il “concorso” colposo nelle contravvenzioni è riconducibile nella disciplina dell'art. 110 c.p., il quale con il termine “reato” ricomprende anche le contravvenzioni, sia esse dolose o colpose.

D'altra parte, per quanto riguarda le circostanze aggravanti di cui ai numeri 1 e 2 dell'art. 112 c.p., si è sostenuto che quest'ultime sono incompatibili con le contravvenzioni colpose: da un lato, perché esse sembrano strutturalmente riferibili solo ai reati dolosi; dall'altro, perché, in un'interpretazione sistematica, non si può non tener conto della disposizione dell'art. 113 c.p.³

¹ ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, *Arc. Pen.*, 1983, pp. 89 ss.; ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, 1984, p. 209; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 50.

² CARACCIOLI, *Profili del concorso di persone nelle contravvenzioni*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 959; COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 83; CERQUA, *La configurabilità del concorso colposo del professionista nelle contravvenzioni tributarie*, *Fisco*, 1992, p. 8762; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 558; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano 2002, p. 294; PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, pp. 378 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2006, p. 374.

³ CARACCIOLI, *Profili del concorso di persone nelle contravvenzioni*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 957; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 226.

La giurisprudenza di legittimità sul punto aderisce al secondo orientamento, affermando costantemente la configurabilità del "concorso" anche nelle contravvenzioni colpose. In tal senso, si è ribadito che: << in tema contravvenzionale, è configurabile il concorso del soggetto che, pur privo della particolare qualificazione soggettiva prevista dalla norma (cosiddetto "extraneus"), abbia determinato, agevolato, indotto o comunque partecipato nell'illecito compiuto da colui che detta qualifica abbia (cosiddetto "intraneus"). **Tale concorso è qualificabile anche nell'ipotesi di contravvenzione colposa, in virtù del principio fissato nell'art. 110 c.p.** La specifica ipotesi di concorso espressamente prevista soltanto per i delitti colposi e non anche per le contravvenzioni è stata disciplinata per ragioni insindacabili di politica giuridica in funzione meramente chiarificatrice ed assolve a compiti di regolamentazione opportuna della materia >>⁴.

⁴ Nella specie è stato ritenuto che il terzo, il quale produce rifiuti, risponde della contravvenzione di cui all'art. 25 d.P.R. 10 settembre 1982, n. 915 a titolo di concorso con il titolare dell'ente o impresa, che effettui senza autorizzazione lo smaltimento, qualora per negligenza inescusabile non accerti il possesso del titolo abilitativo da parte di quest'ultimo) (Cass. Pen., sez. III, 7 novembre 1990, Polimeno; conforme, Cass. Pen., sez. III, 24 giugno 1993, Spagnuolo; Cass. Pen., sez. III, 30 giugno 1995, n. 8914.

4. La cooperazione colposa nel delitto doloso.

Secondo una parte della dottrina non è configurabile né il concorso doloso nel delitto colposo né la cooperazione colposa nel delitto doloso. Ciò perché, facendo riferimento al « medesimo reato » nell'art. 110 Cod. Pen., il legislatore accoglie la teoria dell'unitarietà del titolo di responsabilità tra tutti i concorrenti: quest'ultimi, quindi, devono rispondere del medesimo fatto necessariamente allo stesso titolo, o doloso o colposo. Inoltre, sarebbe di ostacolo alla cooperazione colposa nel delitto doloso lo stesso art. 113 c.p., il quale prevede espressamente la cooperazione solo nel delitto colposo, non anche nel delitto doloso; pertanto, contrariamente a quanto prescritto dall'art. 42, comma 2, c.p., manca una disposizione normativa che prevede espressamente la responsabilità colposa nel caso in cui si concorre in un delitto doloso¹.

Altra parte della dottrina, invece, negando la teoria dell'unitarietà del titolo di responsabilità per il reato concorsuale – ed accogliendo la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale –, ammette sia il concorso doloso nel fatto colposo che il “concorso” colposo nel fatto doloso. In particolare, per quanto riguarda la cooperazione colposa nel delitto doloso, non è di ostacolo il testo dell'art. 113 c.p. Esso, infatti, nel richiamare esclusivamente il delitto colposo, sembra solo individuare il titolo di responsabilità di chi concorre nel fatto con colpa; questo, però, secondo tale impostazione, non esclude che dello stesso fatto altri concorrenti possano rispondere a titolo di dolo. E tutto ciò è confermato da quelle ipotesi in cui, nei reati colposi, la regola cautelare impone di

¹ FINADACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., p. 506; FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, cit..

impedire anche le altrui condotte dolose aggressive del bene giuridico tutelato¹.

Quest'ultimo orientamento è stato recentemente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale «è **ammissibile il "concorso colposo" nel delitto doloso** sia nel caso di cause colpose indipendenti, che nel caso di cooperazione colposa, **purché**, in entrambi i casi, **il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa** (diversamente sarebbe violato il disposto dell'art. 42, comma 2, c.p.) e nella sua condotta siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa. In particolare, **è necessario che la regola cautelare inosservata sia diretta ad evitare anche il rischio dell'atto doloso del terzo**, risultando dunque quest'ultimo prevedibile per l'agente»².

Come si avrà modo di vedere in seguito, è anche sulla base di tale orientamento che può essere confermata la natura di responsabilità oggettiva del concorso anomalo di cui all'articolo 116 c.p.

¹ SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, p. 237; ALDROVRANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, pp. 100 ss.; PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, pp. 378 ss.; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, pp. 109 ss. Più in generale, sul bene giuridico v., per tutti, SESSA, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006, pp. 32 ss.

² Fattispecie nella quale la Corte ha confermato la condanna di un medico psichiatra, il quale, riducendo e poi sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto un paziente ricoverato in una comunità, in modo tale da renderlo inidoneo a contenerne la pericolosità, aveva determinato l'aggravamento della patologia e una recrudescenza della pericolosità, tali da avere provocato la crisi nel corso della quale lo stesso paziente aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori della comunità (Cass. Pen., sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795; conforme, Cass. Pen., sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107).

Capitolo III

Il concorso di persone nel reato e la disciplina delle circostanze.

1. Le circostanze aggravanti all'interno del sistema del concorso di persone.

Come sopra ricordato, attraverso l'art. 110 c.p. il legislatore del 1930 ha optato per un *modello unitario*, cioè ha previsto la pari responsabilità di tutti i compartecipi al reato. A livello edittale di pena, quindi, non c'è nessuna differenza tra compartecipi primari – autore o coautori – e compartecipi secondari – partecipi o complici – in base al diverso contributo effettivamente apportato da ognuno. Tuttavia, come si evince dalla disciplina degli artt. 111 e ss. c.p, la distinzione tra autori e partecipi – tipica del *modello differenziato* – sembra riemergere nel momento della commisurazione giudiziale della pena¹. Con il sistema delle aggravanti e delle attenuanti, infatti, il codice consente al giudice di valutare distintamente il diverso ruolo assunto da ogni concorrente nella commissione del reato collettivo. Pertanto, la scelta legislativa del modello unitario – o indifferenziato – per la disciplina della responsabilità concorsuale viene attenuata attraverso la previsione delle circostanze speciali del concorso di persone. Infatti, le circostanze aggravanti ed attenuanti della disciplina del concorso dovrebbero consentire, almeno nelle intenzioni del legislatore, di graduare la pena in relazione alla pericolosità sociale di ciascun concorrente². A conferma di

¹ FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed, 2008, pp. 494 ss; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964, p. 244.

² ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 207; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 569; MANTOVANI,

ciò la dottrina richiama il testo dell'art. 110 c.p. laddove prevede la pari responsabilità di tutti i compartecipi << salve le disposizioni degli articoli seguenti >>¹. Anzi, come già accennato, una parte della dottrina ravvisa nella disciplina delle circostanze aggravanti ed attenuanti un'applicazione della distinzione tra autori e partecipi². Tale tesi, però, non è unanimemente condivisa perché appare contraria sia al tenore letterale delle disposizioni sul concorso di persone che all'intenzione del legislatore del 1930³.

Tuttavia, dalla scarsa applicazione giurisprudenziale dell'attenuante di cui all'art. 114, comma 1, c.p., come si vedrà, la disciplina delle circostanze non ha consentito in concreto un'effettiva graduazione della pena in relazione alla pericolosità individuale di ciascun concorrente. Viceversa, l'unico risultato effettivamente raggiunto è stato quello di determinare un inasprimento delle pene per tutti i concorrenti, coerentemente con il particolare sfavore con cui il legislatore dell'epoca guardava ai reati concorsuali.

Di conseguenza, in questa sede non si può prescindere dall'esaminare la disciplina codicistica delle circostanze nel concorso di persone nel reato.

1.1 La determinazione dell'art. 111 c.p. come ipotesi circostanziata di concorso di persone nel reato.

La disposizione dell'art. 111 c.p. statuisce un aggravamento della pena nei

Diritto penale, Parte generale, Padova, 2007, p. 500; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2006, p. 283.

¹ INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 488.

² LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato (dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, 1961, pp. 594 ss.; FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, pp. 494 ss.

³ Tra gli altri, ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 208.

confronti di chi determina al reato una persona non imputabile o non punibile a causa di una condizione o qualità personale. Per di più, del reato commesso è **responsabile penalmente solo il determinatore**, non anche la persona non imputabile o comunque non punibile che materialmente realizza il fatto. Secondo la Suprema Corte di cassazione <<chi si serve di un soggetto non imputabile o comunque non punibile risponde dell'illecito penale **anche se sul piano obiettivo non ha apportato alcun personale contributo all'estrinsecazione della condotta** o alla produzione dell'evento antigiuridico>>¹.

Da tale responsabilità esclusiva del determinatore una parte della dottrina² – seguita anche da risalente giurisprudenza³ – ravvisa nell'art. 111 c.p. un'ipotesi di *reità mediata*⁴.

Attualmente, però, l'opinione prevalente esclude che il nostro ordinamento abbia accolto la figura dell'*autore mediato* ed afferma, invece, che la disposizione in esame costituisce solo un'**ipotesi circostanziata di concorso di persone nel reato**⁵. Di conseguenza, ad essa si applica l'intera disciplina concorsuale dettata dagli artt. 110 e ss. c.p. Pertanto, in virtù del principio *cogitationis poenam nemo patitur* – di cui all'art. 115 c.p. – in tanto vi è responsabilità concorsuale del determinatore in quanto il soggetto non imputabile o non punibile realizza quanto meno un delitto tentato.

¹ Cass. Pen., 13 gennaio 1956, *Gulglielmi*, in *GP* 1956, II, p. 478.

² RICCIO, *L'autore mediato*, 1939.

³ Cass. Pen., 18 febbraio 1975, n. 12379, in *GP* 1976, II, p. 205.

⁴ <<Il fatto che il reato commesso dal soggetto determinato sia diverso e più grave di quello voluto dal determinante ha rilevanza, con i limitati effetti dell'art. 116 c.p., soltanto nel caso di determinazione di soggetto imputabile, che dà luogo ad una forma di compartecipazione criminosa, mentre nell'opposto caso di determinazione di soggetto incapace, che è materiale strumento irresponsabile del determinante, la responsabilità del reato commesso dall'incapace cioè del reato che gli sarebbe stato attribuito in presenza del necessario elemento psichico, risale interamente al **determinante** che ne è l'**esclusivo autore**, seppur **mediato**>> (Cass. Pen., 18 febbraio 1975, n. 12379, in *GP* 1976, II, p. 205).

⁵ PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, 1973; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 486.

Allo stesso modo sono applicabili le disposizioni degli artt. 116 e 117 c.p.¹. Da un lato, dunque, il determinatore è chiamato a rispondere del reato effettivamente realizzato dall'esecutore materiale, anche se diverso da quello oggetto della determinazione, purché prevedibile, come vedremo in seguito. Dall'altro, il mutamento del titolo del reato, dovuto ad una particolare condizione o qualità personale dell'esecutore, è rilevante anche per qualificare la responsabilità del determinatore.

L'art. 111 c.p., nel momento in cui fa riferimento alla determinazione – a partire dalla rubrica –, conferma il fatto che nel *concorso morale* – o *partecipazione psicologica* – si distinguono le figure del *determinatore* e dell'*istigatore*, alle quali si è già fatto cenno in precedenza. In questa sede, però, si devono fare le seguenti precisazioni.

Con il concetto di determinazione, secondo un originario orientamento giurisprudenziale, il legislatore fa riferimento a qualsiasi attività idonea ad influire sulla volontà del soggetto non imputabile o non punibile. In particolare, si sostiene che tale idoneità ad influire sull'altrui volontà può essere provata anche dalla semplice partecipazione al fatto del non imputabile o non punibile². Il solo fatto che quest'ultimo partecipa all'esecuzione materiale del reato è sufficiente, secondo questa interpretazione, per giustificare l'aggravamento di pena previsto dalla disposizione in esame.

Tale tesi, però, non può essere condivisa³. Anche il contributo psicologico, infatti, come quello materiale, deve aver effettivamente agevolato, dal

¹ M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persona nel reato*, 1957, p. 130; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, 1973.

² Cass. Pen., 5 ottobre 1960, in *La giustizia penale* 1961, II, 440.

³ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 172 ss.

punto di vista psicologico, la commissione del reato. Pertanto, attraverso un giudizio *ex post*, si deve accertare se la condotta del concorrente morale ha esercitato un'*effettiva influenza* sulla psiche dell'esecutore materiale del reato¹.

Di conseguenza, per la nozione di determinazione di cui all'art. 111 c.p., il **determinatore** con la sua condotta deve **far sorgere nel soggetto non imputabile o non punibile un proposito criminoso prima inesistente**.

Come sostiene autorevole dottrina, infatti, il determinatore deve trovarsi in una situazione di vera propria <<supremazia sul concorrente incapace>>. In altre parole, il concorrente non imputabile o non punibile deve essere oggetto di uno <<sfruttamento strumentale nell'ambito della realizzazione del fatto illecito collettivo>>². Secondo questa diversa interpretazione della nozione di determinazione, dunque, la condotta del determinatore, per essere rilevante ex art. 111 c.p., non può limitarsi ad una mera istigazione, consistente nel rafforzare l'altrui proposito criminoso già esistente. Come ha affermato anche la giurisprudenza di legittimità, per configurare la condotta del determinatore <<non è sufficiente una semplice richiesta o sollecitazione verso colui che poi consuma il reato, ma occorre un'azione sulla volontà di detto soggetto di tale intensità da determinarlo nel senso desiderato>>³.

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, cit., p. 502; SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1123 ss..

² INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 495.

³ Cass. Pen., 10 aprile 1956, Bresciano, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 221; Cass. Pen., 5 novembre 1969, *Guadagno*, in *CPMA* 1970, p. 1139.

1.2. Le ipotesi di aggravamento di pena di cui all'art. 111 c.p.

Nell'art. 111 c.p., a seguito delle diverse modifiche legislative apportate nel corso degli anni, si prevedono varie ipotesi di aggravamento di pena per il caso di determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile. Prima di analizzarle dettagliatamente, però, occorre soffermarsi incidentalmente sui concetti di non imputabilità e non punibilità. In particolare, un soggetto è non imputabile sia quando è minore degli anni quattordici al momento del fatto, ex art. 97 c.p., sia negli altri casi espressamente previsti dalla legge. Con riferimento a quest'ultimi, a titolo esemplificativo, si deve ricordare che, ai sensi dell'art. 88 c.p., non è imputabile chi, nel momento in cui commette il fatto, è affetto da un vizio totale di mente tale da escludere la capacità di intendere e di volere. Allo stesso modo, in base all'art. 91 c.p., non è imputabile chi, nel momento in cui commette il fatto, non è capace di intendere e di volere a causa di un'ubriachezza piena derivata da caso fortuito o forza maggiore. Infine, secondo l'art. 96 c.p., non è imputabile il sordo che, a causa della sua infermità, non è capace di intendere e di volere nel momento in cui commette il fatto.

Per quanto riguarda la non punibilità, d'altro canto, essa può dipendere da una condizione o qualità personale prevista in relazione alle singole fattispecie incriminatrici speciali, oppure dalla sussistenza di una causa generale di non punibilità. In riferimento a quest'ultima ipotesi si fa tradizionalmente riferimento all'immunità generale prevista per i Capi di Stato estero. Tra le condizioni o qualità personali specificamente previste dalle singole norme, invece, si può fare l'esempio della non punibilità

disposta dall'art. 649 c.p. per chi commette taluno dei delitti contro il patrimonio in danno dei congiunti.

In riferimento alle diverse ipotesi di aggravamento della pena previste dall'art. 111 c.p., si deve ricordare che la disposizione citata nulla dice circa la quantità dell'aumento della pena per l'ipotesi originaria di chi determina a commettere un reato una persona non imputabile ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale. Di conseguenza, si deve richiamare la disciplina dell'art. 64 c.p., la quale prevede che, quando l'aumento di pena non è determinato dal legislatore, la pena che dovrebbe essere inflitta per il reato commesso è aumentata fino ad un terzo. Diverso è il discorso per i delitti per i quali è previsto l'arresto in flagranza. Infatti, come previsto dal secondo periodo del primo comma dell'art. 111 c.p. – introdotto dall'art. 11 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991, n. 203 – «se si tratta di delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, la pena è aumentata da un terzo alla metà». Infine, come dispone il secondo comma della norma in esame – aggiunto ex d.l. 31 dicembre 1991, n. 419, conv. in l. 18 febbraio 1992, n. 172 –, se il determinatore è il genitore esercente la potestà sul soggetto non imputabile o non punibile, la pena è aumentata fino alla metà; oppure, se si tratta di delitti per cui è previsto l'arresto in flagranza, da un terzo a due terzi.

Come si desume dal testo dell'art. 63, comma 3, c.p., gli aumenti di pena introdotti nell'ultimo periodo del primo comma dell'art. 111 Cod. Pen. e quelli del secondo comma della stessa norma costituiscono circostanze aggravanti ad effetto speciale.

1.3. Le differenze tra l'art. 111 e l'art. 112 c.p.

La circostanza aggravante prevista dall'art. 112, n. 4, c.p. – per chi ha determinato a commettere il reato un minore degli anni 18 o una persona in stato di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza –, come espressamente previsto dalla clausola di sussidiarietà inserita nel testo della disposizione citata, si applica solo <<fuori dal caso preveduto dall'art. 111>>. Pertanto, in quanto circostanza aggravante sussidiaria rispetto a quella dell'art. 111c.p., essa è applicabile solo se il soggetto determinato a delinquere – o delle cui condotta ci si avvale – ha un'età non inferiore a quattordici anni ed è allo stesso tempo capace di intendere e di volere.

La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha affermato che <<l'art. 111 c.p., nel prevedere il caso di chi determini a commettere un reato una persona non imputabile o non punibile, non richiede nella persona determinata, mero strumento di esecuzione, partecipazione soggettiva né consapevolezza di commettere il reato. In detta ipotesi, il concorso nel reato è meramente apparente, essendo il solo soggetto determinatore considerato responsabile, con aggravamento di pena, per la più elevata capacità a delinquere dimostrata nella strumentalizzazione, ai fini delittuosi, dell'altrui incapacità. La consapevolezza del soggetto determinato, proporzionata al suo grado di capacità di intendere e di volere, si ravvisa invece nell'ipotesi prevista dall'art. 112 n. 4 c.p., in cui la deficienza psichica o l'infermità non devono dar luogo a vizio totale di mente, poiché, in tal caso, sussisterebbe la sola responsabilità del soggetto

determinatore, di cui all'art. 111 c.p.>>¹.

In proposito, è importante sottolineare che l'art. 3, comma 15, della l. 15 luglio 2009, n. 94, ha modificato l'art. 112 c.p. estendendo l'applicabilità delle aggravanti in esso previste. Precisamente, il testo vigente di quest'ultima disposizione prevede l'aggravamento di pena anche per il semplice fatto di "aver partecipato" con un minore degli anni diciotto o con una persona in stato d'infermità o di deficienza psichica o con una persona non imputabile o non punibile per una condizione o qualità personale. Pertanto, ai sensi del novellato art. 112 c.p., il solo fatto di concorrere con tali soggetti, a prescindere dal loro contributo effettivo nella commissione del reato, determina un aggravamento della sanzione penale. È evidente, quindi, la differenza con l'aggravante dell'art. 111 c.p., che si applica invece solo nel caso in cui il determinatore fa sorgere nel soggetto non imputabile o non punibile – esecutore materiale del reato – un proposito criminoso prima inesistente.

¹ Cass. Pen., sez. VI, 7 novembre 1989, n. 2188.

2. Le circostanze aggravanti di cui all'articolo 112 c.p.

Passiamo ora brevemente all'analisi delle singole circostanze aggravanti di cui all'articolo 112 c.p., la cui applicazione è obbligatoria¹.

Come stabilisce l'art. 112, comma 1, n. 1, c.p., la pena è aumentata << se il numero delle persone, che sono concorse nel reato, è di cinque o più, salvo che la legge disponga altrimenti >>.

Nel calcolo del numero dei concorrenti devono essere computati anche i soggetti non imputabili o non punibili, così come testualmente dispone l'ultimo comma dell'art. 112 c.p.

Tradizionalmente la giustificazione di questa aggravante viene ravvisata nella **maggiore pericolosità dei concorrenti** o nelle **maggiori probabilità di successo**, determinate dalla migliore organizzazione posta in essere da << un notevole numero di persone >>². Tuttavia, non costituisce un dato certo della realtà fenomenica quello secondo cui il numero dei concorrenti è certamente espressione di una maggiore pericolosità individuale dei compartecipi o di una migliore organizzazione criminosa: anzi, a volte proprio il maggior numero dei concorrenti può rendere più difficoltosa la realizzazione di una condotta criminosa. Pertanto, secondo una parte della dottrina, l'aggravante del numero di persone si rivela priva di una effettiva giustificazione³. Secondo altra dottrina, invece, essa sarebbe espressione ancora una volta del particolare sfavore mostrato dai compilatori del codice verso i reati concorsuali⁴.

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 461; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 569.

² INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 497.

³ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 208.

⁴ SEMINARA, *Numero dei partecipi nel concorso di persone nel reato e attenuante ex art. 114, comma 1 c.p.*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 1425.

Prima della l. 7 febbraio 1990, n. 19, che ha modificato la disciplina dei criteri di imputazione delle circostanze, per costante orientamento giurisprudenziale si è sostenuto che: « ai fini della configurabilità dell'aggravante prevista dall'art. 112, comma 1, n. 1, il numero delle persone deve essere valutato oggettivamente sicché è irrilevante che i concorrenti sappiano dell'altrui partecipazione in numero sufficiente ad integrare la detta circostanza ».

Attualmente, invece, la giurisprudenza di legittimità afferma che: « Secondo quanto prevede oggi l'art. 59 comma 2 c.p., così come modificato dall'art. 1 della legge 7 febbraio 1990, n. 19, "le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa". Sicché, ai fini che qui interessano, **non è più attuale la giurisprudenza secondo la quale è irrilevante che i concorrenti nel reato sappiano dell'altrui partecipazione in numero sufficiente a integrare la circostanza aggravante di cui all'art. 112 n. 1 c.p.** »¹.

Tuttavia la dottrina prevalente ritiene rilevante anche in relazione ai reati dolosi l'ipotesi dell'ignoranza colposa delle circostanze; e, quindi, interpreta la norma nel senso che, ai fini dell'imputabilità delle circostanze aggravanti, se ne richieda almeno la conoscibilità da parte dell'agente. Sicché, con riferimento alla **circostanza di cui all'art. 112 n. 1 c.p.**, deve ritenersi che sia **configurabile quando le modalità concrete della condotta implicino** o, comunque, manifestino **di per sé la partecipazione di un numero di persone superiore a cinque.**

¹ Cass., sez. IV, 27 novembre 1992, Santus, m. 198436, Cass., sez. II, 30 novembre 1982, Licciardiello, m. 159403.

Originariamente la costante giurisprudenza considerava nel computo del numero dei concorrenti anche i soggetti assolti per difetto dell'elemento psicologico. Più di recente, però, cambiando orientamento, la giurisprudenza della Cassazione ha affermato che << ai fini della configurabilità della circostanza aggravante prevista dall'art. 112 comma 1 c.p., **nel numero dei cinque partecipanti al reato non vanno computati coloro che sono stati assolti per mancanza** o, prima dell'entrata in vigore del c.p.p. 1988, per insufficienza **di prove sul dolo** >>¹.

Nell'art. 112, comma 1, n. 1, c.p. è espressamente inserita la clausola di riserva << salvo che la legge disponga altrimenti >>. Tale clausola di riserva sta ad indicare, in primo luogo, che l'aggravante in esame non si applica quando il numero di persone già rappresenta una circostanza aggravante speciale di uno specifico reato. Ciò indipendentemente dal numero dei concorrenti richiesto dalla norma – superiore o inferiore a cinque – , dalla natura del loro contributo, nonché dal più elevato aumento di pena previsto².

In questo senso, ad esempio, la Cassazione ha affermato che << La circostanza aggravante di cui al n. 1 del comma 3 dell'art. 628 c.p. esclude l'applicazione della circostanza aggravante comune dell'art. 112 n. 1 c.p. >>³.

In secondo luogo, poi, almeno secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la suddetta clausola di riserva impedirebbe

¹ Cass. Pen., sez. VI, 26 settembre 1991, n. 11531; in senso conforme FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, 2008, pp. 494 ss.

² ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 210; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, VII ed., Milano, 2000, p. 577.

³ Cass. Pen. sez. V, 8 aprile 2009, n. 26542.

l'applicazione dell'aggravante del numero delle persone per i reati necessariamente plurisoggettivi. Così, per la citata giurisprudenza, << la circostanza aggravante dell'essere stato, il reato, commesso da cinque o più persone (art. 112 comma 2 n. 1 c.p.) trova applicazione unicamente in relazione ai reati che restano realizzati dalla partecipazione di due persone soltanto, e non anche ai reati plurisoggettivi (come l'associazione per delinquere) nei quali il maggior numero di concorrenti è connaturale all'essenza della fattispecie¹.

Tuttavia, l'orientamento attualmente prevalente sembra essere orientato in senso opposto. Infatti, la Cassazione sostiene che << l'aggravante del numero delle persone prevista dall'art. 112 n. 1 **si applica anche ai reati a c.d. concorso necessario**, in quanto la circostanza che il concorso di un numero minimo di persone ne costituisca elemento essenziale, senza previsione di un numero massimo, non contrasta con la maggiore gravità che essi assumono per effetto della partecipazione di un numero notevole di soggetti >> (riguardante proprio una fattispecie relativa ad associazione per delinquere composta da più di cinque persone)².

¹ Cass. Pen., sez. V, 5 luglio 2004, n. 38252. Nello stesso senso, una precedente pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione aveva affermato che: << l'aggravante di cui all'art. 112 n. 1 c.p., come, più in generale, la disciplina del concorso di persone nel reato è da ritenere applicabile a tutti i reati, purché essa sia compatibile con la peculiare struttura delle fattispecie legali plurisoggettive, dovendosi escludere la rilevanza del numero di persone uguale o superiore a cinque unicamente quando per la sussistenza del reato è previsto in modo esplicito un numero di persone determinato nel minimo e indeterminato nel massimo ovvero se esista una aggravante speciale per la partecipazione al reato di un certo numero di persone >> (Cass. Pen., S.U., 7 luglio 1984, n. 20).

² Cass. Pen., sez. VI, 20 novembre 2003, Scucchia, n. 229656. Allo stesso modo, recentemente la giurisprudenza di legittimità ha ribadito che << la circostanza aggravante di cui all'art. 112, comma primo, n. 1, c.p. trova applicazione nei reati plurisoggettivi necessari, fatta eccezione di quelle fattispecie che richiedono espressamente un maggior numero di concorrenti come elemento essenziale del reato, e trova quindi applicazione nel reato di corruzione propria in atti giudiziari, sempre che concorrano non meno di quattro persone oltre quelle la cui partecipazione è necessaria e senza che rilevi, ai fini del computo numerico, il fatto che ad alcuni concorrenti sia attribuibile un apporto unitario perché appartenenti ad uno stesso centro di interessi >> (Cass. Pen., sez. VI, 04 maggio 2006, n. 33435; Cass. Pen., sez. VI, 17 febbraio 2010, n. 10996).

In altre parole, alla luce del citato orientamento prevalente, la circostanza aggravante in parola è applicabile in tutti i casi in cui per la realizzazione della fattispecie – necessariamente plurisoggettiva – occorre la partecipazione di due persone soltanto, ma in concreto concorrono un numero maggiore di soggetti. Sempre che, ovviamente, il maggior numero di concorrenti non sia espressamente previsto dalla legge quale elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice.

Infine, quando ricorre un'aggravante dell'art. 112 c.p., è esclusa l'applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p., così come prevede il secondo comma di quest'ultima disposizione citata.

2.1. La circostanza aggravante per i promotori, gli organizzatori e i dirigenti.

Il numero 2 del primo comma dell'art. 112 c.p. prevede l'aggravamento della pena per chi « ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo »>. In sostanza, la disposizione in commento statuisce una circostanza aggravante per quei concorrenti che hanno rivestito il ruolo di promotori, organizzatori o dirigenti della condotta concorsuale. In altri termini, la norma intende colpire proprio questo peculiare ruolo di preminenza rivestito da tali soggetti nella realizzazione del reato. Anzi, secondo una parte della dottrina tale circostanza aggravante ha lo scopo di aumentare la sanzione « per chi ha rivestito una posizione di dominio dell'azione collettiva »>¹.

¹ FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, pp. 494 ss.

La condotta tenuta dai promotori, dagli organizzatori e dai dirigenti consiste, rispettivamente, nell'**ideazione**, nell'**organizzazione** e nell'**esecuzione** dell'impresa criminosa. Più specificamente, è **promotore** quel concorrente che ha << ideato >> l'impresa criminosa, cioè colui che ha preso l'iniziativa, riuscendo a persuadere altri della necessità o dell'opportunità di attuarla¹. Tuttavia, non è sufficiente aver indotto altri a partecipare al reato: infatti, dato che l'attività di promozione deve aver ad oggetto non il reato, bensì la << cooperazione nel reato >>, occorre che il promotore scelga sia gli altri concorrenti sia i mezzi per l'attuazione della condotta criminosa. In sostanza, necessita una condotta diretta a promuovere un efficace concorso di persone nel reato². L'**organizzatore**, invece, è il compartecipe che ha predisposto il progetto esecutivo dell'impresa criminosa, pur non avendone avuto l'idea iniziale. Detto altrimenti, l'organizzatore è colui che si preoccupa di preparare la realizzazione del reato. Come per il promotore, anche la condotta dell'organizzatore deve essere diretta a porre in essere un efficace concorso di persone nel reato. Infine, è **dirigente** colui che ha diretto l'attività dei compartecipi, non rivestendo la qualità di promotore o di organizzatore: il dirigente, cioè, non ha avuto l'idea iniziale di realizzare l'impresa criminosa, non si è occupato di prepararla, ma ha svolto in concreto un ruolo di guida rispetto ai concorrenti entrati in azione.

A tal proposito, si deve ricordare che, quando uno stesso concorrente riveste contemporaneamente la posizione di promotore, organizzatore e dirigente dell'attività criminosa, si applica sempre un unico

¹ In tal senso, Cass. Pen., sez. I, 6 luglio 1979, n. 6174.

² ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 210 ss.

aggravamento di pena.

D'altra parte, la circostanza aggravante che tiene conto del ruolo rivestito da taluno all'interno dell'impresa criminosa può essere applicata anche quando i concorrenti sono soltanto due. Infatti, come sottolinea la giurisprudenza << per l'applicazione della circostanza aggravante di cui all'art. 112 n. 2 c.p., è **sufficiente che i concorrenti siano in numero di due persone**, in quanto la dizione << persone >> indicata dalla norma include anche il dirigente, promotore od organizzatore dell'attività dei concorrenti nel reato >>¹.

Inoltre, l'aggravante in esame non è applicabile se i ruoli rivestiti dai promotori, dagli organizzatori e dai dirigenti costituiscono già un elemento costitutivo di una particolare fattispecie di reato. In egual modo, la circostanza *de qua* non è applicabile quando gli stessi ruoli sono previsti dalle singole norme incriminatrici quali circostanze aggravanti speciali di specifici reati. Invece, come testualmente prevede il numero 2 dell'art. 112 c.p., essa è applicabile anche quando ricorrono le circostanze aggravanti di cui ai successivi numeri 3 e 4 della stessa disposizione.

In ultimo, quella dell'art. 112 n. 2 c.p. è una circostanza aggravante applicabile solo a chi riveste quel particolare ruolo richiesto dalla norma – promotore, organizzatore, dirigente –, non è estensibile, quindi, agli altri concorrenti².

¹ Cass. Pen., sez. I, 3 marzo 1995, n. 2181.

² ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 210 ss. Di recente la Cassazione ha affermato che << la circostanza aggravante prevista dall' art . 112 , comma 1, n. 2, c.p. è configurabile anche per il delitto di violenza sessuale di gruppo, non sussistendo alcuna incompatibilità tra la natura di reato a concorso necessario e la maggiore gravità della condotta di chi ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato ovvero ha diretto l'attività dei partecipi >> (Cass. Pen., sez. III, 9 marzo 2011, n. 14956; Cass. Pen., sez. III, 30 ottobre 2007, n. 42111).

2.2. L'aggravante per la determinazione al reato di una persona subordinata.

Ai sensi del numero 3 dell'art. 112 c.p. un ulteriore aumento di pena è previsto << per chi nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette >>.

Tale aggravante trova giustificazione nella maggior gravità del contegno di chi determina a commettere un reato una persona nei cui confronti si è in una posizione di supremazia, esercitando << autorità, direzione o vigilanza >>. Questo perché la persona che si trova in uno stato di soggezione rispetto al determinatore ha certamente una minor capacità di resistere alla pressione psicologica di quest'ultimo¹. Dunque, il presupposto dell'aggravante è un particolare rapporto di soggezione tra determinatore e determinato. E tale stato di soggezione può aver origine sia in un rapporto di subordinazione giuridica – di natura pubblica o priva – sia in una mera relazione di fatto. In particolare, tra le relazioni di fatto, per una parte della dottrina, devono essere ricomprese anche quelle derivanti da situazioni illecite². Secondo altro orientamento, invece, si devono escludere i rapporti illeciti perché sussisterebbe in capo al soggetto determinato l'obbligo di non porsi nello stato di soggezione³.

Per la Cassazione, << la previsione normativa della circostanza aggravante prevista dall'art. 112 n. 3 – coerentemente alle finalità che persegue e cioè di sanzionare con maggior severità la forma di più intensa determinazione psicologica rispetto a quella normale riconducibile nella previsione dell'art. 110 – deve ritenersi comprensiva non solo dei rapporti

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 211.

² ROMANO-GRASSO, *ult. op. cit.*

³ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 531.

di subordinazione connessi all'investitura di pubblici impieghi o funzioni e di quelli attinenti all'istituto della famiglia ed, in genere, a qualsiasi soggezione di indole privata, ma **anche a qualunque relazione di fatto e, magari, contra ius, che una soggezione comporti**; pertanto, ai fini della configurabilità della predetta aggravante, il dato qualificante è rappresentato da un comportamento che, al di là di ogni classificazione del rapporto sottostante, abbia consentito la realizzazione di specifici reati, attenuando in concreto, pur senza attenuarle, le facoltà di reazione del soggetto determinato (*coactus tamen volui*) da parte di quello determinante in forza di una coercizione, o meglio, soggezione psicologica derivante dal timore reverenziale o dalla preoccupazione di non pregiudicare i propri interessi o da semplice suggestione. Il che giustifica, peraltro, la correlativa disposizione dell'art. 114 comma 3, che prevede la eventuale diminuzione di pena per il determinato, proprio in forza di detta opera di sfruttamento o di condizionamento psicologico da lui subita >>¹.

Una parte della dottrina sostiene che, per la configurabilità dell'aggravante in esame, è sufficiente far sorgere un proposito criminoso in un soggetto che si trova in una situazione di soggezione. Secondo tale impostazione, dunque, la ridotta capacità di resistenza derivante dal rapporto di soggezione deve aver solo agevolato l'attività di induzione posta in essere dal determinatore².

Secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, viceversa, per integrare l'aggravante non basta aver determinato al reato un

¹ Così Cass. Pen., sez. II, 10 marzo 1989, Verdiglione, n. 10693.

² ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 211 ss.

soggetto in stato di subordinazione, bensì occorre una vera e propria coazione psicologica del determinatore sulla persona a lui soggetta¹. Tale coazione psicologica, peraltro, deve essere realizzata attraverso l'esercizio dei poteri inerenti allo stato di sovraordinazione, provocando nella persona determinata o un timore reverenziale o la preoccupazione di qualche rappresaglia ovvero una semplice suggestione. Tutto questo perché con l'aggravante in parola non si intende punire maggiormente la semplice determinazione di un terzo al reato, ma una particolare **determinazione qualificata** dall'abuso concreto di una situazione personale che incide sull'efficacia della coazione psicologica.

Accogliendo quest'ultimo orientamento, di recente la Cassazione ha affermato che: << non è configurabile, in capo al lavoratore dipendente, l'attenuante di cui all'art. 114, comma 3, c.p. (consistente nel fatto di chi sia stato determinato a commettere il reato o a cooperare in esso, quando ricorrono le condizioni stabilite nell'art. 112, comma 1, n. 3, dello stesso codice), in quanto l'aggravante prevista da quest'ultima disposizione (avere, nell'esercizio della propria autorità, direzione o vigilanza, determinato a commettere il reato persone soggette) non è di per sé configurabile sulla base del solo presupposto del rapporto di dipendenza lavorativa, a meno che non sia stata accertata la formulazione, da parte del datore di lavoro, di minacce di licenziamento in caso di inottemperanza alle sue disposizioni illecite>>².

La circostanza aggravante prevista dal n. 3 può essere applicata congiuntamente – sempre che ne ricorrano le condizioni – a quelle di cui

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 422; LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato (dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, 1961, p. 596.

² Cass. Pen., sez. V, 22 ottobre 2008, n. 46454.

ai numeri 1, 2 e 4 dello stesso art. 112 c.p. Ed allo stesso modo può essere applicata congiuntamente all'aggravante dell'art. 111 c.p., quando il soggetto determinato, oltre ad essere in un rapporto di subordinazione con il determinatore, sia anche non imputabile o non punibile per una condizione o qualità personale.

D'altra parte, però, l'aggravante dell'art. 112, comma 1, n. 3, c.p., sembra essere incompatibile con gli aumenti di pena previsti dall'art. 111, comma 2, e dall'art. 112, comma 3, c.p., entrambi fondati sul rapporto di potestà genitoriale tra determinatore e figlio determinato.

Infine, la circostanza aggravante in esame deve applicarsi solo al determinatore che ha sfruttato la propria posizione di sovraordinazione e, pertanto, non è estensibile agli altri concorrenti.

2.3. L'aggravante per chi determina al reato una persona minorenni o in stato di infermità o deficienza psichica.

Al di là di quelle analizzate in precedenza, il numero 4 dell'art. 112 c.p. statuisce un'altra circostanza aggravante << per chi, fuori dal caso preveduto dall'art. 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza >>.

Il citato numero 4 dell'art. 112 c.p. è stato così sostituito dall'art. 11, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni nella L. 12 luglio 1991, n. 203. Con tale novella legislativa, in particolare, è stata equiparata

la condotta di << determinazione >> al reato dei soggetti previsti nella disposizione in esame a quella dell'<< avvalersi >> degli stessi nella commissione di reati particolarmente gravi. Successivamente, l'art. 7, D.L. 31 dicembre 1991, n. 419 – convertito nella L. 18 febbraio 1992, n. 172 – ha inserito nell'art. 112 c.p. il comma 3, che espressamente prevede un aumento della pena fino alla metà per il caso in cui sia il genitore esercente la potestà a porre in essere la condotta di cui al n. 4 in oggetto. In ultimo, l'art. 3, comma 15 della L. 15 luglio 2009, n. 94, con l'aggiunta delle parole << o con questi ha partecipato >>, ha inserito nel suddetto n. 4 del comma 1 – e nel comma 3 – dell'art. 112 c.p. un'ulteriore condotta oggetto dell'aumento di pena: in particolare, l'aggravamento è stato esteso anche a chi ha semplicemente “partecipato” nel reato con i soggetti indicati dalla norma, senza averli determinati o essersi avvalso degli stessi. Ciò significa, in altri termini, che attualmente il mero concorso con le persone indicate nel n. 4 dell'art. 112 c.p. determina, in ogni caso, un aumento della pena, a prescindere dal ruolo della loro partecipazione. Quest'ultima soluzione legislativa, però, sembra essere in contrasto con l'orientamento prevalente formatosi sotto la vigenza del testo dell'art. 112 c.p. antecedente alla riforma del 2009. Prima della L. 94, infatti, sebbene una parte della dottrina individuava l'avvalersi di uno dei soggetti indicati nell'art. 112, n. 4, c.p. nella semplice partecipazione di quest'ultimi, la tesi dominante era di segno opposto. In questo senso, la giurisprudenza di legittimità aveva affermato che << in tema di delitti concernenti il traffico di stupefacenti, la circostanza aggravante di essersi avvalso di un minore nella commissione del delitto non può desumersi

dalla semplice contestazione di aver commesso il fatto in concorso con un minore, giacché **l'avvalersi di taluno implica pur sempre una attività di strumentalizzazione** che può non ricorrere nel concorso di persone nel reato >>¹.

Anche qui, come quella prevista dal numero 3, la circostanza aggravante trova il suo fondamento nella **minore capacità di resistenza** all'azione di induzione al reato del determinatore. In tal caso, però, la minore capacità di resistenza del soggetto determinato è dovuta o alla sua minore età ovvero allo stato di infermità o deficienza psichica, non al rapporto di soggezione. Per quanto riguarda il grado di infermità o di deficienza psichica, in particolare, la Cassazione, accogliendo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, ha sostenuto che: << anche se l'infermità di cui parla l'art. 112 n. 4 c.p. può non essere di grado tale da dar luogo ad un vizio totale di mente, **occorre sempre** la presenza di **un vizio parziale di mente, o quanto meno** di una condizione intellettuale che determini **uno stato di minore resistenza** o che, pur non assurgendo a vera e propria infermità mentale, sia indicativa di **una ipoevoluzione psichica o di un decadimento mentale, tali da rendere il soggetto facile preda della suggestione altrui** >>². Pertanto, ai fini della disposizione in commento, costituisce infermità o deficienza psichica non solo il vizio parziale di mente, bensì anche la *rusticitas*, la senilità, la deficienza intellettuale congenita, e quant'altro attenui le capacità di difesa del determinato³.

Peraltro, l'aggravante in commento si applica solo << fuori del caso

¹ Cass. Pen., sez. IV, 19 febbraio 2009, n. 18971; Cass. Pen., 17 novembre 1998, n. 5647.

² Cass. Pen., sez. V, 8 giugno 1990, Gubinelli.

³ ROMANO-GRASSO, *op.cit.*, p. 213; INSOLERA, *op. cit.*, p. 497; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 511.

preveduto dall'art. 111 >>; tale clausola di sussidiarietà espressa – determinata – impone, pertanto, un raffronto con quest'ultima disposizione, proprio per individuare il discrimine che consente di affermare l'applicabilità dell'aggravante dell'art. 112 c.p. piuttosto che quella dell'art. 111 c.p. La giurisprudenza di legittimità, in proposito, ha affermato che <<l'art. 111 c.p., nel prevedere il caso di chi determini a commettere un reato una persona non imputabile o non punibile, non richiede nella persona determinata, mero strumento di esecuzione, partecipazione soggettiva né consapevolezza di commettere il reato. In detta ipotesi, il concorso nel reato è meramente apparente, essendo il solo soggetto determinatore considerato responsabile, con aggravamento di pena, per la più elevata capacità a delinquere dimostrata nella strumentalizzazione, ai fini delittuosi, dell'altrui incapacità. La consapevolezza del soggetto determinato, proporzionata al suo grado di capacità di intendere e di volere, si ravvisa invece **nell'ipotesi prevista dall'art. 112 n. 4 c.p.**, in cui **la deficienza psichica o l'infermità non devono dar luogo a vizio totale di mente**, poiché, in tal caso, sussisterebbe la sola responsabilità del soggetto determinatore, di cui all'art. 111 c.p.>>¹.

In altri termini, l'aggravante di cui al n. 4 dell'art. 112 c.p. è applicabile solo quando il minore abbia già compiuto i 14 anni e sia capace di intendere e di volere; in caso contrario, invece, il soggetto determinato sarebbe inimputabile, con conseguente applicazione dell'art. 111 c.p.

Contestualmente alla sostituzione dell'analizzato n. 4, il già ricordato art.

¹ Cass. Pen., sez. VI, 7 novembre 1989, n. 2188.

11, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, ha inserito nell'art. 112 c.p. un nuovo comma 2. Precisamente, il testo vigente di quest'ultima disposizione – come modificata dall'art. 3, comma 15, L. 15 luglio 2009, n. 94 – stabilisce che << la pena è aumentata fino alla metà per chi si è avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale, o con la stessa ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza>>. Tale comma 2 prevede un aumento di pena per il compartecipe che, anche se non le determina, si avvale delle persone non imputabili o non punibili per condizioni o qualità personali di cui all'art. 111 c.p.

Strettamente collegato al comma 2, poi, è il successivo comma 3 – inserito dall'art. 7, comma 2, L. 24 febbraio 1992, n. 172 e recentemente modificato dall'art. 3, comma 15, L. 15 luglio 2009, n. 94 – il cui testo espressamente prevede che: << se chi ha determinato altri a commettere il reato o si è avvalso di altri o con questi ha partecipato nella commissione del delitto ne è il genitore esercente la potestà, nel caso previsto nel numero 4 del primo comma la pena è aumentata fino alla metà e in quello previsto dal secondo comma la pena è aumentata fino a due terzi >>. In entrambi i casi – sia quello del n. 4 sia quello del secondo comma dell'art. 112 c.p. – il legislatore ha previsto un maggior aumento di pena in ragione della particolare posizione rivestita dal genitore esercente la potestà nei confronti del figlio determinato, di cui si è avvalso o con il quale, comunque, ha partecipato per la commissione del reato.

Anche queste ulteriori circostanze aggravanti si applicano solo al concorrente cui si riferiscono, senza possibilità di estenderle agli altri.

3. La circostanza attenuante del contributo di minima importanza.

La disposizione dell'art. 114 c.p. introduce nel concorso di persone nel reato la circostanza attenuante della minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato. Essa, come già anticipato più volte, trova la sua *ratio* nell'esigenza di adeguare il trattamento sanzionatorio di ciascun concorrente all'entità del singolo contributo apportato alla realizzazione del reato. In tal modo, dunque, si attenua il principio della pari responsabilità dei concorrenti, tipico del modello unitario accolto dal legislatore del 1930 nell'art. 110 c.p.

Con l'applicazione della circostanza attenuante della minima importanza si ha una diminuzione di pena per quelle condotte che in altri ordinamenti vengono ricondotte nella diversa categoria della << complicità >>¹. Tuttavia, a conferma del fatto che con questa circostanza il legislatore non ha accolto il modello differenziato, basta far riferimento ai lavori preparatori. Da quest'ultimi, infatti, si evince con chiarezza come i compilatori del codice Rocco avevano ben presente il timore che con una simile attenuante – quella della minima importanza – si potesse riproporre la distinzione – cara al modello differenziato accolto dal codice Zanardelli – tra compartecipazione primaria e secondaria. Tanto è vero che gli stessi compilatori avevano inizialmente modificato il testo della disposizione in esame, collegando la circostanza attenuante non al contributo di minima importanza bensì alla << minima capacità a delinquere >>. Così facendo, quindi, la diminuzione di pena veniva ancorata ad una valutazione esclusivamente soggettiva, rappresentata

¹ FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, p. 530; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 113.

dalla ridotta pericolosità criminale del concorrente, piuttosto che al dato oggettivo del singolo contributo apportato¹. Questa impostazione, però, anche a causa delle diverse critiche ricevute, non venne accolta nel progetto definitivo, dove l'attenuante venne ricondotta alla **valutazione oggettiva dei singoli contributi dei concorrenti**².

Tuttavia, è da rilevare che non mancano in dottrina posizioni minoritarie che interpretano la disposizione in esame in chiave soggettiva.

Da un lato, infatti, ritenendo rilevante la volontà di realizzare il reato – quindi il dominio finalistico su di esso –, si sostiene che l'attenuante *de qua* è applicabile solo al « complice », il quale non prende la « comune decisione di agire », riservata esclusivamente ai coautori³. Dall'altro, invece, si afferma che, per l'applicazione dell'attenuante della condotta di minima importanza, occorrerebbe accertare la « minima criminosità » del concorrente nel caso concreto⁴.

Ciò non toglie che l'opzione legislativa per la disciplina del concorso di persone nel reato sia quella del modello unitario, basato sull'equiparazione della responsabilità dei compartecipi, senza alcuna distinzione – a livello di previsione edittale della pena – tra le varie forme di partecipazione. Infatti, la stessa giurisprudenza di legittimità conferma che « l'art. 114 Cod. Pen. costituisce un'eccezione alla regola di equiparazione delle varie forme di concorso di persona nel reato, fondata sul principio monistico del reato concorsuale »⁵. Solo nel momento della concreta commisurazione della pena da irrogare si può tener conto del

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 192 ss.

² GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, pp. 20 ss.

³ LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, *Enc. dir.*, VIII ed., p. 597.

⁴ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol II, Torino, V ed., 1986, p. 605.

⁵ Cass. Pen., sez. I, 10 marzo 2004, n. 19069.

diverso contributo apportato da ciascun compartecipe.

Una volta affermato che la circostanza attenuante in esame si riferisce alla valutazione oggettiva dei singoli contributi dei concorrenti, bisogna intendere quando una condotta di partecipazione è di << minima importanza >>.

A tal proposito, si deve osservare che generalmente la << minima importanza >> viene valutata in relazione al rapporto di causalità rispetto al reato. Pertanto, l'attenuante dell'art. 114 c.p. è applicabile solo quando il singolo contributo del compartecipe è connotato da una << minima efficienza causale >> rispetto al fatto concorsuale. Tuttavia, l'accertamento della minima efficienza causale del contributo apportato dal concorrente può essere svolto sia attraverso parametri valutativi *assoluti* che *relativi* o *comparativi*. In particolare, intesa **in termini assoluti**, si può parlare di **minima efficienza causale** quando la **condotta** del concorrente è **obiettivamente minima**, nel senso che **senza di essa il fatto-reato si sarebbe ugualmente realizzato**. In questi termini, l'apporto del singolo compartecipe viene considerato di minima importanza perché assolutamente **marginale, superfluo o comunque non indispensabile** per la realizzazione del reato. Secondo tale impostazione, quindi, la valutazione della minima efficienza causale non può derivare del mero esame comparativo delle varie condotte dei concorrenti. Diversamente, invece, utilizzando **parametri valutativi relativi o comparativi**, è proprio da una **valutazione intersoggettiva delle condotte** che emerge la minore rilevanza causale di una condotta rispetto a quella degli altri concorrenti. In altri termini, per questo secondo orientamento, la minima importanza

di una condotta concorsuale deve essere valutata non in riferimento alla realizzazione del reato, bensì rispetto all'apporto prestato dagli altri compartecipi.

Nello specifico, quest'ultima impostazione, basata su parametri valutativi relativi o comparativi, è stata sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità anche di recente. Difatti, la Cassazione ha affermato che << in tema di concorso di persone nel reato, la circostanza attenuante della partecipazione di minima importanza richiede che l'opera del concorrente, pur causalmente rilevante, rivesta obiettivamente un valore marginale rispetto a quella degli altri concorrenti, con la conseguenza che **il giudice**, ai fini della relativa valutazione, **non può applicare un criterio condizionalistico assoluto** e ritenere l'attenuante solo se il fatto-reato, senza l'opera marginale del compartecipe, si sarebbe verificato ugualmente, pur se con diverse modalità, **ma deve comparare i contributi dei vari concorrenti**, svolgendo una valutazione intersoggettiva delle condotte di ciascuno >>¹.

Nonostante ciò, la giurisprudenza prevalente accoglie il primo indirizzo interpretativo, per il quale l'accertamento della minore efficienza causale deve basarsi su **parametri valutativi assoluti**. In questo senso si è affermato quanto segue: << in tema di concorso di persone nel reato, ai fini dell'integrazione della circostanza attenuante della minima partecipazione (art. 114 c.p.), **non è sufficiente una minore efficacia causale dell'attività prestata da un correo rispetto a quella realizzata dagli altri**, in quanto è **necessario che il contributo dato si sia**

¹ Cass. Pen., sez. IV, 9 ottobre 2008, n. 1218.

concretizzato nell'assunzione di un ruolo di rilevanza del tutto marginale, ossia di efficacia causale così lieve rispetto all'evento da risultare trascurabile nell'economia generale dell'iter criminoso. Ne deriva che, ai fini dell'applicabilità dell'attenuante in questione, **non è sufficiente procedere a una mera comparazione tra le condotte dei vari soggetti concorrenti, ma occorre accertare** - attraverso una valutazione della tipologia del fatto criminoso perpetrato in concreto con tutte le sue componenti soggettive, oggettive e ambientali - **il grado di efficienza causale**, sia materiale, sia psicologica, dei singoli comportamenti, **rispetto alla produzione dell'evento, configurandosi la minima partecipazione**, di cui all'art. 114 c.p., **solo quando la condotta del correo abbia inciso sul risultato finale dell'impresa criminosa in maniera del tutto marginale, cioè tale da poter essere avulsa, senza apprezzabili conseguenze pratiche, dalla serie causale produttiva dell'evento >>¹.** Da ultimo, poi, la Cassazione ha ribadito che la circostanza attenuante in parola << è configurabile a condizione che sia possibile, attraverso l'esame delle modalità di commissione del fatto, stabilire che l'imputato abbia svolto un **ruolo assolutamente marginale di efficacia causale così lieve nella determinazione dell'evento criminoso da risultare del tutto trascurabile >>².**

¹ Cass. Pen., sez. V, 13 aprile 2004, n. 21082; Cass. Pen., sez. I, 15 aprile 2010, n. 32324; conforme, Cass. Pen., sez. II, 12 marzo 2010, n. 23610; Cass. Pen., sez. IV, 12 gennaio 2006, n. 11380; Cass. Pen., sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435; Cass. Pen., sez. VI, 6 giugno 2002, Santaiti; Cass. Pen., sez. I, 2 luglio 1997, n. 7881; Cass. Pen., sez. I, 24 novembre 1995, Pellegrino; Cass. Pen., sez. I, 11 maggio 1994, Scaringella. A conferma di tale orientamento si è sostenuto che << in tema di concorso di persone nel reato, la circostanza attenuante di cui all'art. 114, comma primo, cod. pen. è configurabile solo quando l'opera del concorrente sia stata **non solo minore rispetto a quella dei correi, ma abbia avuto minima importanza nella preparazione ed esecuzione del reato >>: nella fattispecie la Corte ha escluso che potesse essere riconosciuta l'attenuante all'imputato che aveva contribuito a confezionare le dosi di droga (Cass. Pen., sez. IV, 8 febbraio 2007, 12811).**

² Cass. Pen., sez. II, 23 settembre 2008, n. 38492.

Da questo indirizzo giurisprudenziale maggioritario emerge che la condotta del concorrente è di minima importanza quando essa può essere eliminata senza nessuna conseguenza pratica per ciò che riguarda la realizzazione dell'impresa criminosa. Infatti, nello specificare la marginalità e la trascurabilità del contributo, la Cassazione ha recentemente precisato che << in tema di concorso di persone nel reato, la circostanza attenuante della partecipazione di minima importanza si applica nei casi in cui il ruolo di taluno dei concorrenti, o nella fase preparatoria o in quella esecutiva, abbia avuto un'**efficacia eziologica del tutto marginale nella causazione dell'evento, nel senso che il reato sarebbe stato ugualmente compiuto anche senza l'attività del correo** >>¹. In altre parole, come già accennato, senza quel contributo di minima importanza il fatto reato si sarebbe **verificato ugualmente**, anche se **con diverse modalità esecutive**².

Di conseguenza, devono essere considerati come **contributi di minima importanza** quelli che **incidono sulle concrete modalità di esecuzione**, non sulla effettiva lesione del bene giuridico, altrimenti non potrebbero essere ritenuti di minima efficienza causale. Pertanto, in assenza di questi contributi, il reato si sarebbe egualmente realizzato, ma attraverso diverse modalità esecutive.

Secondo un indirizzo giurisprudenziale più risalente – e più rigoroso –, invece, il contributo è di minima importanza quando senza di esso il reato si sarebbe ugualmente realizzato *con le medesime modalità*³. Tuttavia,

¹ Cass. Pen., sez. II, 7 aprile 2009, n. 18582.

² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 512; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 230 ss.

³ In tal senso Cass. Pen., sez. I, 12 novembre 1984, Saporito.

quest'ultimo orientamento non viene accolto dalla dottrina, in quanto determinerebbe un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice della disposizione in commento¹. Questo perché, invero, una condotta concorsuale che non apporta nessun contributo causale alla realizzazione del reato – neanche in termini di agevolazione della concreta modalità di esecuzione – non è da considerare neppure come punibile. Sulla base di tali argomentazioni, quindi, autorevole dottrina ritiene che l'attenuante della minima importanza sia applicabile alla condotta che rappresenti quanto meno una « partecipazione *agevolatrice* »².

Per altra parte della dottrina, invece, il contributo concorsuale è di « minima importanza » solo quando può essere facilmente sostituito con l'azione di altre persone, ovvero con una diversa distribuzione dei compiti: è questo il criterio della « sostituibilità » dell'apporto³. Detto altrimenti, per valutare la non imprescindibilità del contributo – quindi la sua “minima importanza” –, si deve accertare se sostituendo – ipoteticamente – la condotta concorsuale con la presenza dei « fattori ipotetici rimasti inoperanti nella situazione concreta » si sarebbe potuto realizzare lo stesso reato⁴.

Come testualmente dispone l'art. 114 c.p., il contributo concorsuale deve essere di « **minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione**

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 530; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 533.

² MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 533; GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, pp. 52 ss.; CANTAGALLI, *L'opera di minima importanza ed il contenuto dell'atto di partecipazione: aporie interpretative nell'applicazione giurisprudenziale*, Cass. Pen., 2008, pp. 592 ss.

³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 512; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 512.

⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 512; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 231 ss.; DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 241.

del reato >>.

Pertanto, l'accertamento della minore efficienza causale della condotta di partecipazione deve riguardare l'intera attività criminosa concorsuale, rappresentata sia dalla preparazione che dall'esecuzione del reato. Di conseguenza, non potrà essere ritenuta di minima importanza – nel senso di cui sopra – una condotta marginale nella fase della preparazione ma particolarmente rilevante nella fase esecutiva dell'illecito. Viceversa, non potrà applicarsi l'attenuante *de qua* a quel contributo trascurabile nell'esecuzione del reato ma determinante nell'ideazione o nella preparazione dello stesso. In altri termini, il contributo può essere di << minima importanza >> solo se viene considerato come tale sia rispetto al concorso materiale sia rispetto al concorso morale nel reato.

Per di più, sempre facendo riferimento al dato testuale della norma in esame, la circostanza attenuante della << minima importanza >> è applicabile – quando ne ricorrono i requisiti – anche alle condotte di cooperazione nel delitto colposo di cui all'art. 113 c.p.

3.1. L'esperienza giurisprudenziale della circostanza attenuante della << minima importanza >>.

La circostanza attenuante di cui all'art. 114, comma 1, c.p., come anticipato, è raramente applicata nella prassi giurisprudenziale. Il cosiddetto << diritto vivente >>, anzi, sembra fornire una vera e propria << *interpretatio abrogans* >> della circostanza attenuante in commento¹.

A conferma di un simile indirizzo interpretativo è opportuno far

¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 512; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, III ed., 2001, p. 284; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, V ed., 2007, p. 533.

riferimento, a mero titolo esemplificativo, ad alcune recenti pronunce della Corte di cassazione, in cui si afferma che: << non è riconoscibile la circostanza della partecipazione di minima importanza a colui che, nel corso di una rapina, abbia ricoperto il ruolo di "palo" e, successivamente, si sia posto alla guida della vettura utilizzata dai rapinatori per la fuga >>¹; << in tema di concorso di persone nel reato, ai fini dell'applicabilità della circostanza attenuante della minima importanza nella partecipazione al reato (art. 114 c.p.), è necessario aver riguardo non solo alla natura e alla consistenza dell'attività svolta dal concorrente, ma piuttosto al grado di incidenza di quest'ultima in ordine all'economia generale dell'iter criminoso in cui tale contributo svolge un ruolo non determinante e, quindi, marginale >>²; << in tema di favoreggiamento della prostituzione, deve escludersi l'attenuante del contributo di minima importanza nella condotta fiancheggiatrice consistente nel trasporto abituale della prostituta sul luogo di svolgimento delle prestazioni mercenarie, in quanto l'agente con tale condotta apporta un contributo essenziale alla commissione del reato >>³.

Anche **in materia di sostanze stupefacenti** la giurisprudenza di legittimità ha confermato l'orientamento ermeneutico che tende all'inapplicabilità della circostanza attenuante *de qua*. Infatti, si è sostenuto che: << colui il quale trasporta uno spacciatore nel luogo di vendita della droga offre un consapevole, e apprezzabile, contributo causale alla di lui

¹ Cass. Pen., sez. II, 29 novembre 2011, n. 46588.

² Cass. Pen., sez. VI, 6 giugno 2002, n. 30298: in applicazione di tale principio la S.C non ha ritenuto di minima importanza nel concorso nel reato di resistenza a pubblico ufficiale l'azione provocatoria del correo che, invitato insieme ad altri, ad uscire fuori dal locale per essere generalizzato, dia uno schiaffo ad uno dei carabinieri, stimolando analoghe violenze da parte di quelli che erano in sua compagnia.

³ Cass. Pen., sez. III, 28 novembre 2007, n. 1209.

attività di spaccio; tale contributo non può essere considerato " minimo " ai fini dell'art. 114 c.p. (partecipazione di minima importanza al reato), essendo valutabile solo ai fini dell'art. 133 stesso codice >>¹; analogamente si è affermato che << la circostanza attenuante del contributo concorsuale di minima importanza trova applicazione là dove l'apporto del correo risulti obiettivamente così lieve da apparire, nell'ambito della relazione causale, quasi trascurabile e del tutto marginale, sicché essa non può qualificare il contributo costituito dall'accompagnamento di un coimputato per i rifornimenti e le cessioni di stupefacente nel luogo di acquisto e nel portare il denaro necessario per l'acquisto delle partite di droga >>²; << deve escludersi che possa ritenersi contributo di minima partecipazione, ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante di cui all'art. 114 c.p., **l'aver preso parte all'attività di preparazione e di confezionamento di droga** alla cui illegale detenzione si sia cointeressati: ciò in quanto l'attenuante in questione può essere riconosciuta soltanto quando l'opera prestata da taluno dei concorrenti sia stata non solo minore rispetto a quella dei correi, ma addirittura minima, sì da avere esplicito un'efficacia eziologia marginale >>³; << nel concorso di persone nel reato, la circostanza attenuante della partecipazione di minima importanza al reato richiede che il concorrente abbia ricoperto un ruolo del tutto marginale, di efficacia causale trascurabile, tale da poter essere avulso, senza apprezzabili conseguenze pratiche, dalla serie causale produttiva dell'evento: situazione che non ricorre nei confronti di colui che risulti avere svolto il **ruolo di "corriere"** di un rilevante impianto

¹ Cass. Pen., sez. VI, 21 marzo 1990, Billi.

² Cass. Pen., sez. I, 31 maggio 2011, n. 29168.

³ Cass. Pen., sez. IV, 8 febbraio 2007, n. 12811.

organizzativo criminale dedito all'importazione di sostanze stupefacenti >>¹; analogamente si è rilevato che << la circostanza attenuante della partecipazione di minima importanza non può essere riconosciuta al correo che, imputato di acquisto o di codetenzione di sostanza stupefacente, sia stato presente alla cessione e abbia fornito il **proprio contributo come staffetta**, seppure non abbia ricevuto o materialmente custodito la sostanza >> (Nella specie, il correo era stato presente alla cessione ed aveva svolto le funzioni di "staffetta" nelle fasi di trasporto dello stupefacente)².

Sempre in tema di sostanze stupefacenti, confermando l'orientamento secondo cui l'accertamento della minima efficienza causale del contributo deve essere fatto attraverso parametri valutativi assoluti – come detto sopra –, la Cassazione ha stabilito quanto segue: << l'attenuante di cui all'art. 114 c.p., costituendo un'eccezione al principio della pari responsabilità dei correi che ispira il concorso di persone nel reato, va interpretata in maniera rigorosa; con la conseguenza che l'attenuante "de qua" può trovare applicazione solo laddove l'apporto causale del correo risulti obiettivamente così lieve da apparire, nell'ambito della relazione di causalità, quasi trascurabile e del tutto marginale. In altri termini, l'attenuante può configurarsi solo a fronte di un apporto di efficienza causale minima, e cioè tale da poter essere, in via prognostica, avulso dalla seriazione causale senza apprezzabili conseguenze pratiche sul risultato complessivo dell'azione criminosa. Ne consegue che correttamente è stato escluso che potesse ritenersi contributo di minima

¹ Cass. Pen., sez. IV, 3 maggio 2007, n. 22511.

² Cass. Pen., sez. III, 20 gennaio 2010, n. 10642.

partecipazione, ai fini del riconoscimento della circostanza attenuante in questione, quello offerto da chi abbia partecipato al reato di detenzione di droga a fini di commercio, in concorso con altri, non solo procurando un luogo in cui scaricare il camion carico di marijuana (in un capannone dell'impresa di cui era dipendente), ma anche aiutando a scaricare e a contare i "panetti" di droga, trattandosi di ruolo affatto secondario nei termini suddetti >>¹.

In ultimo, si deve rilevare che, per costante giurisprudenza, l'attenuante della minima importanza è inapplicabile ai reati omissivi.

Infatti, per pacifica giurisprudenza di legittimità, << la circostanza attenuante della partecipazione di minima importanza al reato, di cui all'art. 114, comma primo, cod. pen., presupponendo un apporto differenziato nella preparazione o nell'esecuzione materiale del reato stesso, non è applicabile ai reati omissivi in quanto il "non fare" è concetto ontologicamente antitetico alla sussistenza dei requisiti richiesti per il suo riconoscimento >>².

3.2. I casi in cui l'attenuante della minima importanza non è applicabile.

Il capoverso dell'art. 114 c.p. statuisce che << la disposizione non si applica nei casi indicati nell'art. 112 >>. In altri termini, quando ricorrono le circostanze aggravanti di cui all'art. 112 c.p. la condotta concorsuale non può essere considerata di << minima importanza >>, quindi non si può diminuire la pena *ex art. 114, comma 1, c.p.*

¹ Cass. Pen., sez. IV, 15 febbraio 2007, n. 15228.

² Cass. Pen., sez. IV 6 novembre 2008, n. 45119; Cass. Pen., sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730; in senso conforme, v., tra le altre, Cass. Pen., Sez. III, 27 settembre 1982, Pangiglione.

Come sostiene autorevole dottrina, tale incompatibilità tra circostanze è certamente valida per le aggravanti previste dai numeri 2,3 e 4 del primo comma dell'art. 112 c.p., nonché per quelle dei commi 2 e 3 della stessa disposizione. In tali casi, infatti, la causa che giustifica l'applicazione dell'aggravante è evidentemente incompatibile con l'attenuante della minima importanza. Ad esempio, se la pena viene aggravata ex art. 112, n. 2, c.p., perché il concorrente ha diretto l'attività criminosa, certamente quella stessa condotta non potrà essere considerata di minima importanza. Tuttavia, questa incompatibilità non può essere facilmente sostenuta anche relativamente alla circostanza aggravante del numero 1 dell'art. 112 c.p. Ciò perché il numero dei concorrenti che partecipano al reato – almeno cinque – non rappresenta incontrovertibilmente la maggiore gravità della condotta ovvero la maggiore pericolosità dei compartecipi. Di conseguenza, in quest'ipotesi non può escludersi aprioristicamente l'attenuante della minima importanza¹. Anzi, è proprio in una maggior organizzazione criminosa che si possono tener distinti i diversi ruoli – più o meno importanti – tenuti dai singoli concorrenti. Pertanto, una parte della dottrina ritiene che il rinvio operato dall'art. 114 c.p. non si riferisca all'art. 112, numero 1, c.p., altrimenti sarebbe irragionevole².

Tale interpretazione, però, è contraria sia alla lettera della norma³ sia alla

¹ PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 114; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 233; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, V ed., 2007, p. 533; SEMINARA, *Numero dei partecipi nel concorso di persone nel reato e attenuante ex art. 114, comma 1, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, p. 1424.

² PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 114.

³ SEMINARA, *Numero dei partecipi nel concorso di persone nel reato e attenuante ex art. 114, comma 1, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1984, p. 1424; CARACCIOLI, *Partecipazione di minima importanza e numero dei concorrenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 1040.

giurisprudenza costituzionale, la quale – con sentenza n. 143 del 16 maggio 1984 – ha dichiarato << non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 114, secondo comma Cod. Pen., limitatamente all'ipotesi di cui al primo comma, n. 1, dell'art. 112 Cod. Pen. >>. Tale pronuncia, in particolare, circa l'incompatibilità tra art. 114 e 112, comma 1, n. 1 c.p., ha affermato quanto segue: << si tratta di una *scelta di politica criminale* cui il legislatore si è indotto nella sua discrezionalità, nella considerazione, *per nulla irrazionale*, che maggiore, anche sul piano soggettivo, fosse la pericolosità di chi consapevolmente inserisca la sua condotta delittuosa nel contesto dell'attività criminosa di un gran numero di concorrenti. La coscienza di partecipare, sia pure con opera di minima importanza, ad un'impresa delinquenziale di più alta pericolosità oggettiva e di maggiore allarme sociale, per la quale si era ritenuto opportuno l'aumento della sanzione, è parsa al legislatore incompatibile, non senza ragione, col riconoscimento di una contrastante attenuazione della pena >>.

Inoltre, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, l'attenuante dell'art. 114 c.p. è inapplicabile anche qualora il numero dei partecipanti sia considerato come aggravante speciale – di un determinato reato – da una norma diversa dall'art. 112 c.p.: << ciò in forza della riserva alla "legge che disponga altrimenti" contenuta nell'art. 112 n. 1, implicitamente richiamata nel divieto dell'art. 114, comma 2, Cod. Pen. >>¹. Di conseguenza, la diminuzione di pena per la minima importanza della condotta è inapplicabile quando il numero dei concorrenti – anche

¹ Cass. Pen., S.U., 22 gennaio 2009, n. 5941; conforme, Cass. Pen., sez. 6, 17 ottobre 2002, n. 6250; Cass. Pen., sez. VI, 3 giugno 1994, Rabiti; Cass. Pen., Sez. IV, 27 novembre 1992 n. 3177.

inferiore a cinque – rappresenta una circostanza attenuante speciale.

Questa interpretazione, però, non è condivisa dalla dottrina. Precisamente, si sottolinea l'irragionevolezza di un'estensione analogica del divieto di cui all'art. 114, comma 2, c.p. anche a norme diverse dall'art. 112 c.p., unica disposizione espressamente menzionata. Conseguentemente, si ritiene applicabile l'attenuante della minima importanza anche quando il numero delle persone sia tale da integrare una circostanza aggravante speciale, ma inferiore a quello richiesto dall'art. 112, n. 1, c.p., di almeno cinque persone¹.

Allo stesso modo, per la prevalente giurisprudenza, l'attenuante in esame non è applicabile ai reati necessariamente plurisoggettivi.

Così, si è affermato che «la suddetta attenuante non si applica nè alle ipotesi di concorso di persone ove i concorrenti siano più di cinque, (come nel caso di specie; combinato disposto art. 114 c.p., comma 2 e 112 c.p., n. 1), nè al reato associativo. Infatti questa Corte ha ritenuto, che la circostanza attenuante della minima partecipazione al fatto, di cui all'art. 114 Cod. Pen., non può trovare applicazione in relazione a fattispecie di partecipazione ad associazioni delinquenziali, consistendo la detta partecipazione nell'adesione del singolo al patto sociale, con il che si è al di fuori della figura del concorso di cui all'art. 110 Cod. Pen. e, conseguentemente, al di fuori della sfera di applicabilità della citata attenuante, posto che mediante quest'ultima è stata introdotta una correzione al principio generale della equivalenza delle cause e della

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 233; GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, pp. 139 ss.; CARACCIOLI, *Partecipazione di minima importanza e numero dei concorrenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 1040.

unitarietà del reato concorsuale; principio in forza del quale l'apporto di ciascuno alla realizzazione dell'illecito è considerato ad un tempo atto proprio e comune a tutti i concorrenti, con l'implicazione di una tendenziale equivalenza anche sul piano sanzionatorio. Il giudice può pertanto valutare la portata concreta della partecipazione di ciascuno all'associazione, graduando conseguentemente la pena e riconoscendo, eventualmente, le attenuanti generiche, ma non può riconoscere l'esistenza di una circostanza legata alla disciplina del concorso nel reato laddove concorso non c'è >>¹.

3.3. L'ulteriore circostanza attenuante per le persone imputabili determinate al reato.

Il terzo comma dell'art. 114 c.p. prevede una seconda circostanza attenuante nel concorso di persone nel reato, la cosiddetta circostanza della << minorazione psichica >>². In particolare, la disposizione in oggetto statuisce che << la pena può altresì essere diminuita per per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'art. 112 >>.

Tale comma è stato modificato dall'art. 7 – comma 3 – del D.L. 31 dicembre 1991, n. 419, convertito con modificazioni dalla L. 18 febbraio 1992, n. 172.

Specificamente, con l'art. 7 – comma 2 – si introduce un'ulteriore

¹ Così, Cass. Pen., sez. II, 21 settembre 2011, 36538; in senso conforme, Cass. Pen., sez. VI, 8 marzo 2011, n. 15086 ; Cass. Pen. n. 38847 del 2002; Cass. Pen., sez. VI, 22 giugno 2001 n. 29821, Cass. Pen. n. 866 del 1995, Cass. Pen. n. 8042 del 1992.

² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 513.

circostanza aggravante all'art. 112 c.p. – l'attuale terzo comma –, e contestualmente – con il citato art. 7, comma 3 – si estende l'attenuante in esame anche alle ipotesi in cui ricorra la suddetta nuova aggravante. In altre parole, la diminuzione di pena si può concedere anche a quando concorre la circostanza aggravante di cui all'art. 112, comma 3, c.p., cioè quando chi determina altri a commettere il reato – o si avvale di altri o con gli stessi comunque partecipa nel reato – è il genitore esercente la potestà.

Oltre che in quest'ultima ipotesi, ai sensi dell'art. 114, comma 3, c.p., la circostanza attenuante può essere concessa quando concorrono le condizioni previste dai numeri 3 e 4 dell'art. 112, comma 1, c.p.: precisamente, da un lato, ai sensi del numero 3 dell'art. 112 c.p., nel caso in cui << chi nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette >>; dall'altro, ex art. 112, numero 4, c.p., anche nel caso di << chi, fuori dal caso preveduto dall'art. 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza >>.

In entrambe le ipotesi – quelle previste dai numeri 3 e 4 dell'art. 112 c.p. – le circostanze aggravanti trovano la loro *ratio* nella minore capacità di resistenza all'azione di induzione al reato del determinatore. Tuttavia, mentre nel primo caso – quello del numero 3 – questa minore capacità di resistenza è determinata da un rapporto di soggezione, in cui il

determinatore esercita << autorità, direzione o vigilanza >>, nel secondo – quello del numero 4 – è dovuta alla minore età ovvero allo stato di infermità o deficienza psichica del determinato. Ebbene, se da una parte si aggrava la pena per il determinatore, che approfitta di queste ipotesi di minore capacità di resistenza alla pressione psicologica, dall'altra si attenua la sanzione per il soggetto determinato. Infatti, come afferma autorevole dottrina, la circostanza attenuante prevista dall'art. 114, comma 3, c.p. rappresenta << l'esatto *pendant* >> delle aggravanti di cui ai numeri 3 e 4 dell'art. 112, comma 1, c.p.¹. Pertanto, la circostanza attenuante in esame può essere applicata solo se in concreto ricorrono effettivamente le condizioni che consentono l'applicazione di quest'ultime aggravanti, ovvero di quelle previste dal terzo comma dell'art. 112 c.p.

In proposito, la Cassazione ha affermato che << non è configurabile, in capo al lavoratore dipendente, l'attenuante di cui all'art. 114, comma 3, c.p. (consistente nel fatto di chi sia stato determinato a commettere il reato o a cooperare in esso, quando ricorrono le condizioni stabilite nell'art. 112, comma 1, n. 3, dello stesso codice), in quanto l'aggravante prevista da quest'ultima disposizione (avere, nell'esercizio della propria autorità, direzione o vigilanza, determinato a commettere il reato persone soggette) non è di per sé configurabile sulla base del solo presupposto del rapporto di dipendenza lavorativa, a meno che non sia stata accertata la formulazione, da parte del datore di lavoro, di minacce di licenziamento in caso di inottemperanza alle sue disposizioni illecite>>².

Peraltro, se si ammette l'applicazione congiunta delle circostanze

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 234; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol II, Torino, V ed., 1986, p. 606.

² Cass. Pen., sez. V, 22 ottobre 2008, n. 46454.

aggravanti di cui ai numeri 3 e 4 dell'art. 112 c.p., analogamente si deve ammettere una doppia attenuazione di pena per chi ha un rapporto di soggezione con il determinatore ed è – allo stesso tempo – anche minore degli anni 18 ovvero versa in stato di infermità o deficienza psichica¹.

Inoltre, come espressamente prevede il testo della disposizione in parola, la circostanza attenuante di cui al terzo comma dell'art. 114 c.p. può essere applicata anche per l'ipotesi di cooperazione nel reato colposo.

3.4. La discrezionalità del giudice nell'applicazione delle circostanze attenuanti dell'art. 114 c.p.

L'applicazione concreta delle circostanze attenuanti previste dal primo e dal terzo comma dell'art. 114 c.p. è rimessa ad un giudizio discrezionale del giudice: per questo si parla di circostanze attenuanti << facoltative >>². Ciò perché il giudice, pur ricorrendo i presupposti oggettivi descritti dalle disposizioni richiamate, << può >> diminuire la pena, non << deve >> obbligatoriamente diminuirla. In altri termini, attraverso una valutazione discrezionale, **il giudice ha la facoltà ma non l'obbligo di applicare le circostanze attenuanti in esame**, anche se in concreto sono presenti i loro requisiti oggettivi.

È sulla base di tali argomentazioni che tradizionalmente si parla di un cosiddetto **procedimento bifasico** relativamente al giudizio di applicazione delle menzionate attenuanti: in una prima fase si deve accertare se sussistono effettivamente i presupposti oggettivi descritti dal primo e dal terzo comma dell'art. 114 c.p.; in una fase successiva, invece,

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 235; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol II, Torino, V ed., 1986, p. 607.

² BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, 1965, pp. 117 ss.

il giudice valuta discrezionalmente se in concreto quel determinato comportamento del concorrente è meritevole della diminuzione della pena¹. Di conseguenza, in questa seconda fase il giudice considera solo gli elementi soggettivi da cui può desumersi la maggiore o minore capacità a delinquere del reo – sulla base dei parametri dell'art. 133 c.p. –, quindi la maggior o minor meritevolezza dell'attenuazione di pena.

Isolata dottrina nega questo procedimento bifasico, sostenendo invece che il giudice sia obbligato ad applicare l'attenuante in esame quando ne accerti in concreto i requisiti oggettivi².

Tuttavia, la giurisprudenza della Cassazione ha costantemente ribadito che: « nel concorso di persone nel reato, la legge non determina quando l'attività di un compartecipe possa dirsi di minima importanza ai fini della concedibilità dell'attenuante prevista dall'art. 114 c.p. e perciò rimette al prudente apprezzamento del giudice la valutazione - in relazione a tutte le circostanze del caso concreto - del contributo causale dello stesso e, pertanto, la relativa decisione non può formare oggetto di censura in sede di legittimità (se correttamente e logicamente motivata), poiché **l'attenuante "de qua" è rimessa al potere discrezionale del giudice di merito** »³. Di recente, inoltre, ribadendo quest'ampio potere discrezionale del giudice, in merito alla motivazione del diniego della circostanza attenuante, la stessa giurisprudenza di legittimità ha affermato che: « qualora il giudice non ritenga di dover applicare l'attenuante della minima importanza nella preparazione o

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 235.

² MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, V ed., 2007, p. 534; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 499.

³ Cass. Pen., sez. VI, 9 maggio 2006, n. 24718.

nell'esecuzione di un reato commesso in concorso o in cooperazione da più persone, **non sussiste il dovere di una motivazione esplicita**, poiché l'esclusione dell'attenuante prevista dall'art. 114 c.p. nei confronti del correo che l'abbia invocata può desumersi implicitamente dal giudizio relativo alla pari efficienza delle cause concorrenti >>¹.

¹ Cass. Pen., sez. VI, 3 marzo 2008, n. 22456; conforme, Cass. Pen., sez. IV, 7 ottobre 1970, n. 1593.

4. La comunicabilità delle circostanze ai concorrenti prima della l. 7 febbraio 1990 n. 19.

La disciplina della comunicabilità delle circostanze del reato a tutti i compartecipi è strettamente collegata a quella generale dell'imputazione delle circostanze prevista dall'art. 59 c.p.

Tanto è vero che l'art. 118 c.p. – espressamente rubricato << valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti >> – è stato sostituito dall'art. 3 della l. 7 febbraio 1990 n. 19, che ha modificato la precedente disciplina dell'imputazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 59 c.p. Ciò può essere giustificato dal fatto che in tanto una circostanza del reato – attenuante o aggravante che sia – può essere comunicata agli altri compartecipi in quanto essa sia effettivamente imputabile a taluno dei concorrenti.

Prima della citata novella legislativa la disciplina della comunicabilità delle circostanze del reato ai compartecipi, secondo il testo originario dell'art. 118 c.p., distingueva tra circostanze oggettive e soggettive, per la cui distinzione di rinviava all'art. 70 c.p. Anzi, secondo una parte della dottrina, la distinzione tra circostanze oggettive e soggettive di cui all'art. 70 c.p. aveva una rilevanza pratica quasi esclusivamente in riferimento alla questione della comunicabilità delle circostanze del reato ai compartecipi¹.

In particolare, il previgente art. 118 c.p. prevedeva l'automatica estensione a tutti i compartecipi, al comma 1, delle circostanze oggettive – sia aggravanti che attenuanti – e, al comma 2, delle c.d. "circostanze

¹ MARINI, *Le circostanze del reato (parte generale)*, 1965; PROSDOCIMI, *Note su alcuni criteri di classificazione delle circostanze del reato*, in *Studi Delitalia*, II, 1984, 1199.

soggettive oggettivizzate”, cioè quelle circostanze aggravanti soggettive, non inerenti alla persona del colpevole, che avessero contribuito ad agevolare l'esecuzione del reato. Entrambe le suddette circostanze – oggettive e c.d. soggettive oggettivizzate – si estendevano a tutti i concorrenti a prescindere dall'effettiva conoscenza avuta da quest'ultimi, coerentemente con quanto disponeva la disciplina dell'imputazione delle circostanze del precedente art. 59 c.p. Specificamente, per quanto riguarda le “circostanze soggettive oggettivizzate”, il riferimento alla non conoscenza della circostanza da parte del concorrente era espressamente contenuto nel testo del comma 2 dell'art. 118 c.p. ora abrogato. In tal modo il legislatore del codice Rocco eliminò l'ulteriore requisito della conoscenza da parte del concorrente, originariamente previsto dall'art. 65 del codice Zanardelli per l'estensione delle circostanze aggravanti soggettive che avessero agevolato l'esecuzione del reato. Infine, al comma 3 del vecchio testo dell'art. 118 c.p. si stabiliva che ogni altra circostanza, aggravante o attenuante, era valutata soltanto riguardo alla persona cui si riferiva.

Sulla base di tale disciplina, ad esempio, la giurisprudenza di legittimità aveva esteso a tutti i compartecipi, qualora fosse stata agevolata l'esecuzione del reato, l'aggravante del *rapporto di coniugio* nel delitto di omicidio¹, l'aggravante di *aver agito con crudeltà*², l'aggravante relativa alla *qualità di custode delle cose sequestrate* nel reato di violazione di sigilli³.

Le altre circostanze soggettive, invece, diverse dalle c.d. “circostanze

¹ Cass. Pen. 20 ottobre 1971.

² Cass. Pen. 23 settembre 1980.

³ Cass. Pen. 8 maggio 1987; Cass. Pen. 30 aprile 1988; Cass. Pen. 25 gennaio 1989; Cass. Pen. 27 gennaio 1989; Cass. Pen., sez. VI, 24 marzo 1993, n. 853.

soggettive oggettivizzate”, si applicavano soltanto al concorrente cui si riferivano.

4.1. La nuova disciplina della comunicabilità delle circostanze ai concorrenti dopo la l. 7 febbraio 1990 n. 19.

Come anticipato, la l. 7 febbraio 1990 n. 19 ha profondamente modificato il regime di imputazione delle circostanze aggravanti. Infatti, ai sensi del nuovo art. 59, comma 2, c.p., le circostanze aggravanti sono valutate a carico dell’agente solo se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Le circostanze che attenuano o escludono la pena, invece, continuano ad essere valutate a favore dell’agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute inesistenti, ai sensi del novellato art. 59, comma 1, c.p.

Pertanto, come conseguenza di tale nuova disciplina dell’imputazione delle circostanze, la stessa l. 7 febbraio 1990 n. 19 ha contestualmente riscritto l’art. 118 c.p. in commento.

Più precisamente, il nuovo art. 118 c.p. non fa più distinzione tra circostanze oggettive e circostanze soggettive, bensì si limita ad elencare solo **quelle particolari circostanze soggettive** – aggravanti o attenuanti – che non sono estensibili a tutti i concorrenti: le circostanze concernenti i motivi a delinquere, l’intensità del dolo, il grado della colpa e quelle inerenti la persona del colpevole (che riguardano l’imputabilità e la recidiva ex art. 70 cpv. c.p.). Tutte queste circostanze, secondo il nuovo testo dell’art. 118 c.p., sono **valutate soltanto con riguardo alla persona cui si riferiscono**.

Di conseguenza, le altre circostanze non espressamente menzionate nella disposizione in esame, cioè quelle oggettive e quelle soggettive relative alle condizioni o qualità personali del colpevole e ai rapporti tra colpevole ed offeso, dovrebbero essere sempre estese a tutti i concorrenti¹.

Tuttavia, è proprio qui che intervengono i nuovi criteri di imputazione delle circostanze dettati dal riformulato art. 59 c.p., per il quale si devono distinguere le circostanze attenuanti da quelle aggravanti.

In particolare, le prime – le circostanze attenuanti – si estendono automaticamente a tutti i concorrenti, perché ancora imputate oggettivamente, ex art. 59, comma 1, c.p. Le seconde – le circostanze aggravanti –, invece, sono applicabili agli altri concorrenti solo se da questi conosciute oppure ignorate o erroneamente ritenute inesistenti per colpa, ai sensi dell'art. 59, comma 2, c.p. Sulla base di quest'ultima disposizione, quindi, per l'estensione delle circostanze aggravanti è necessario, in capo ad ogni concorrente, il coefficiente psicologico rappresentato dalla conoscenza o dalla conoscibilità delle medesime circostanze.

Sull'argomento è intervenuta la Corte di Cassazione, la quale ha affermato che << in tema di valutazione delle circostanze, correlando le norme di cui agli art. 59 e 118 c.p. – come modificati dalla l. 7 febbraio

¹ Infatti, come sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità << a seguito della sostituzione del testo dell'art. 118 c.p. ad opera dell'art. 3 l. 7 febbraio 1990, n. 19, al concorrente non si comunicano più le circostanze concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e quelle relative all'imputabilità ed alla recidiva. Conseguentemente, sono ancora valutate riguardo a lui le altre circostanze soggettive indicate dall'art. 70 comma 1, n. 2 c.p., cioè quelle attinenti alle qualità personali del colpevole ed ai rapporti tra il colpevole e la persona offesa. Si estendono, dunque, al concorrente – il quale ne sia a conoscenza o le ignori con colpa – le circostanze relative al *munus publicum* del colpevole >> (Cass. Pen., sez. VI, 24 marzo 1993, n. 853).

1990 n. 19 – si ricavano due complementari principi giuridici. Le circostanze attenuanti, soggettive ed oggettive, sono sempre applicabili alla persona cui si riferiscono, anche se non conosciute, mentre le circostanze aggravanti sono applicabili solo se conosciute; nel caso di concorso di persone nel reato, le circostanze soggettive specificamente indicate nell'art. 118 – e cioè quelle concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa nonché quelle inerenti alla persona del colpevole – si applicano, in quanto aggravanti, se conosciute, in quanto attenuanti, anche se non conosciute, soltanto alle persone alle quali si riferiscono e non si comunicano a tutti gli altri compartecipi, siano da essi conosciute o meno; viceversa, **le circostanze oggettive e quelle soggettive, non specificamente indicate, si comunicano a tutti i compartecipi, in quanto aggravanti, se conosciute, e, in quanto attenuanti, anche se non conosciute >>¹.**

Una parte della dottrina ritiene che questa nuova disciplina della comunicabilità delle circostanze ai concorrenti, derivata dal combinato disposto di cui agli art. 118 e 59 c.p., possa essere accettata solo con riferimento alle circostanze oggettive. Più problematici, invece, sarebbero gli aspetti relativi a quelle circostanze qualificate come soggettive dall'art. 70 c.p. e non menzionate nell'art. 118 in esame.

Più precisamente, le circostanze relative alle condizioni, alle qualità personali del colpevole o ai rapporti tra colpevole ed offeso, soggettive ex art. 70, comma 1, n. 2, c.p., dovrebbero essere sempre valutate a favore o carico di tutti i concorrenti, purché, in quest'ultimo caso, conosciute o

¹ Cass. Pen., sez. V, 26 ottobre 1996, n. 1149.

conoscibili.

Ebbene, con la nuova disciplina si dovrebbero sempre estendere a tutti i concorrenti, ad esempio, le seguenti circostanze del reato: l'attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p., cioè l'aver riparato interamente il danno prima del giudizio ovvero l'essersi adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato; l'attenuante del recesso attivo di cui al comma 4 dell'art. 56 c.p., che si inquadra, come la precedente, tra le circostanze relative ai rapporti tra il colpevole e l'offeso; nonchè, se ricorre il coefficiente psicologico richiesto dal nuovo art. 59, comma 2, c.p., le circostanze aggravanti di cui all'art. 61, n. 6 e 576, nn. 3 e 4, c.p., relative alle condizioni o qualità personali del colpevole, e quelle di cui agli art. 576 n. 2 e 605, comma 2, n. 1, c.p., che riguardano i rapporti tra colpevole ed offeso.

Secondo tale dottrina, quindi, questa nuova disciplina della comunicabilità delle circostanze – adottata sulla base di un discutibile dogma della unicità di responsabilità per tutti i compartecipi, ormai superato anche in giurisprudenza – prevede sostanzialmente un'estensione delle circostanze soggettive a tutti i concorrenti in termini ancora più ampi della previgente normativa, estensione peraltro non giustificata, differentemente da quanto precedentemente stabilito per le c.d. "circostanze soggettive oggettivizzate".

Conseguentemente, per evitare un'estensione indifferenziata di tutte le circostanze soggettive non menzionate nell'art. 118 c.p., autorevole dottrina ritiene che la locuzione "circostanze inerenti la persona del colpevole" debba essere interpretata estensivamente. In essa, quindi,

rientrerebbero anche le circostanze relative alle condizioni, alle qualità personali del colpevole e ai rapporti tra colpevole ed offeso, non solo quelle relative all'imputabilità e alla recidiva.

A tale riguardo è importante sottolineare che recentemente la corte di Cassazione ha affermato che << in caso di concorso di persone nel reato, l'integrale risarcimento del danno da parte di uno dei coimputati non importa l'automatica applicazione della relativa attenuante (art. 62, n. 6, c.p.) anche agli altri coimputati. Infatti, l'estensione dell'attenuante, anche quando nel risarcimento sia intervenuto un terzo, sia pure questi un correo, presuppone che la condotta riparatoria sia comunque connotata da volontarietà (come è reso palese dalla formulazione della norma: "l'aver... riparato interamente il danno mediante il risarcimento... e mediante le restituzioni"): cosicché, se uno dei correi ha già provveduto in via integrale, gli altri, per potersi giovare dell'attenuante, dovranno nei tempi utili richiesti dalla norma rimborsare il complice più diligente ovvero comunque dimostrare di avere avanzato una seria e concreta offerta integrale di risarcimento >>¹.

Allo stesso modo, sulla base dei nuovi criteri di comunicabilità, anche le circostanze aggravanti di cui all'art. 112, nn. 2, 3 e 4, se conosciute o conoscibili *ex art. 59, cpv., c.p.* dovrebbero estendersi a tutti i compartecipi, in quanto circostanze soggettive – che attengono alle condizioni o qualità del colpevole – non rientranti in quelle non estensibili ai sensi del nuovo art. 118 c.p.

Tuttavia, si è obiettato che una simile soluzione sarebbe in palese

¹ Cass. Pen., S.U., 22 gennaio 2009, n. 5941.

contrasto con la *ratio* delle circostanze aggravanti richiamate, volute dal legislatore proprio per garantire un trattamento sanzionatorio differenziato per i diversi concorrenti. Pertanto, si afferma che le circostanze aggravanti contemplate dall'art. 112, nn. 2, 3 e 4 si applicano solo al concorrente cui si riferiscono¹.

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, 1994, II, 219; PADOVANI, *Circostanze del reato*, in *Digdp II*, 1988, 187.

4.2 Le singole circostanze che non si comunicano ai compartecipi.

Come detto sopra, il nuovo testo dell'art. 118 c.p. prevede tassativamente le circostanze soggettive non estensibili ai concorrenti. In particolare, esse sono le circostanze concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e quelle inerenti la persona del colpevole.

Tradizionalmente si parla di **motivi a delinquere** facendo riferimento all'idea di causa psicologica del reato. In sostanza, i motivi a delinquere rappresentano lo stimolo che induce l'agente alla realizzazione della condotta criminosa. Tuttavia, si deve sottolineare che il motivo a delinquere, in quanto incitamento all'azione illecita, non deve essere confuso con il fine o scopo, che è rappresentato, invece, dall'obiettivo finale preso di mira dalla condotta. Pertanto, quando la pena deve essere aumentata o diminuita sulla base di un connotato finalistico del contegno tenuto, per individuare la disciplina della comunicabilità delle circostanze è necessario stabilire se si tratta di motivo a delinquere piuttosto che di fine o scopo¹. Tra i motivi a delinquere si prevedono, come circostanze comuni, i motivi abietti e futili (circostanza aggravante *ex art. 61, n. 1, c.p.*) ed i motivi di particolare valore morale o sociale (circostanza attenuante *ex art. 62, n. 1, c.p.*).

L'intensità del dolo e grado della colpa consentono di effettuare una diversa valutazione della rimproverabilità del fatto attraverso una graduazione, da un lato, della volontà dolosa, dall'altro, della volontà colposa, cioè quella volontà negligente, imprudente, imperita ed inosservante di cautele giuridiche. In particolare, l'intensità del dolo può

¹ Non sembra distinguere, Cass. Pen., Sez. I, 28 novembre 1987.

variare a seconda del grado di adesione volontaristica dell'agente al fatto criminoso: si distingue così tra dolo intenzionale, dolo diretto – di secondo grado – e dolo eventuale o indiretto. Ma la stessa intensità può anche variare in ragione della diversa complessità del processo deliberativo, sulla cui base si distingue tra dolo d'impeto – in cui la decisione di commettere il reato nasce improvvisamente e viene immediatamente eseguita – dolo di proposito – quando intercorre un considerevole lasso di tempo tra la nascita e l'attuazione del proposito criminoso – e dolo con premeditazione, la cui nozione è controversa. Infine, l'intensità del dolo può mutare a seconda del diverso grado di consapevolezza del disvalore del fatto.

Il grado della colpa, invece, dipende dalla previsione – colpa cosciente – o dalla prevedibilità – colpa incosciente – dell'evento criminoso, da una parte, e dal grado di esigibilità della diversa condotta oggettivamente dovuta dall'agente, dall'altra, tenendo conto delle conoscenze dell'uomo medio e di quelle specifiche dell'autore. Particolari osservazioni sono state formulate circa la circostanza aggravante della premeditazione di cui all'art. 577, comma 1, n. 3, c.p. Sostenendo che tale circostanza attiene alla intensità del dolo, essa può essere valutata solo nei confronti del compartecipe cui si riferisce, perché non è possibile estenderla agli altri concorrenti ex art. 118 c.p. Diversamente, invece, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente affermato che « nel caso di concorso di persone nel reato la circostanza aggravante della **premeditazione è estesa al coimputato che non abbia direttamente premeditato il reato qualora questi abbia acquisito**, prima dell'esaurirsi del proprio apporto

volontario alla realizzazione dell'evento criminoso, **l'effettiva conoscenza dell'altrui premeditazione** >>¹. Allo stesso modo la premeditazione può essere estesa qualora i compartecipi abbiano acquisito piena consapevolezza precedentemente al loro contributo all'evento e ad una tale distanza di tempo da consentire che la maturazione del proposito criminoso prevalga sui motivi inibitori². Tuttavia, se si colloca la premeditazione nelle circostanze attinenti all'intensità del dolo, questo orientamento giurisprudenziale non può essere condiviso. L'esclusione della comunicabilità delle circostanze soggettive espressamente indicate nel nuovo art. 118 c.p. non può essere eliminata da un'interpretazione costruita sul vecchio testo dell'art. 118 c.p. Infatti, il testo originario di tale ultima disposizione prevedeva, come ricordato, le c.d. "circostanze soggettive oggettivizzate" e tra quest'ultime la giurisprudenza vi faceva rientrare sicuramente anche la premeditazione.

Infine, occorre ricordare che le **circostanze inerenti alla persona del colpevole**, ai sensi dell'art. 70 comma 2, c.p., sono quelle che riguardano l'imputabilità e la recidiva. Ed anche per queste circostanze si applica la nuova disciplina della non estensibilità agli altri concorrenti, di cui al nuovo testo dell'art. 118 c.p.

¹ Cass. Pen., sez. I, 10 ottobre 2007, n. 40237; Cass. Pen., sez. I, 24 gennaio 2005, n. 12879.

² In tal senso, Cass. Pen., sez. II, 16 marzo 2005, n. 21956; Cass. Pen., sez. V, 13 settembre 1997; Cass. Pen., sez. I, 25 giugno 1997.

5. La disciplina delle circostanze di esclusione della pena: differenza tra circostanze soggettive e circostanze oggettive.

Con la disposizione dell'art. 119 c.p. – come espressamente stabilisce il titolo della rubrica – il legislatore disciplina la << valutazione delle circostanze di esclusione della pena >>. Nello specifico, il primo comma dell'art. 119 c.p. prevede l'inesensibilità a tutti i concorrenti delle circostanze soggettive di esclusione della pena, statuendo che esse hanno effetto solo << riguardo alla persona cui si riferiscono >>.

Il secondo comma dello stesso art. 119 c.p., invece, stabilisce l'estensibilità a tutti i concorrenti nel reato delle circostanze oggettive di esclusione della pena.

Come è evidente, dunque, **l'estensibilità o meno a tutti concorrenti delle circostanze di esclusione della pena dipende dalla loro natura oggettiva o soggettiva.**

In proposito, è da sottolineare che con la locuzione << circostanze di esclusione della pena >> il legislatore non si riferisce alle circostanze del reato in senso proprio, cioè quelle aggravanti o attenuanti. A quest'ultime, infatti, come sottolinea autorevole dottrina, si può fare riferimento solo quando viene utilizzato il termine << circostanze >>, senza ulteriori specificazioni. E ciò si verifica, in particolare, il tutto il capo II del titolo III del libro I del c.p. – ad eccezione dell'art. 59 c.p., che menziona espressamente le circostanze che escludono la pena – che riguarda esclusivamente le circostanze del reato in senso proprio¹.

¹ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 261; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 500; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 549; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, 1966, p. 589.

Tuttavia, un originario indirizzo interpretativo, largamente diffuso in dottrina e in giurisprudenza, ha affermato che la distinzione tra la natura oggettiva e soggettiva delle << circostanze di esclusione della pena >> dovesse fondarsi sui criteri individuati dall'art. 70 c.p. per le << circostanze >> del reato in senso proprio¹.

Quest'orientamento, attualmente, non è più seguito dalla prevalente giurisprudenza di legittimità. Le Sezioni Unite, infatti, hanno affermato che, in riferimento alle circostanze di esclusione della pena, << il problema deve affrontarsi, allora, con esclusivo richiamo all'art. 119 cod. pen. e **prescindendosi da ogni riferimento all'art. 70** dello stesso codice, **le cui distinzioni riguardano le sole circostanze del reato in senso tecnico (aggravanti ed attenuanti)** >>².

5.1. Le circostanze *soggettive* di esclusione della pena.

Detto ciò, ai fini della valutazione dell'estensibilità ai concorrenti, devono distinguersi le << circostanze soggettive di esclusione della pena >> dalle << circostanze oggettive di esclusione della pena >>.

Tra le << **circostanze *soggettive* di esclusione della pena** >> rientrano le **cause di esclusione delle colpevolezza** – comprensive delle **cause di esclusione dell'imputabilità** e delle ipotesi di **errore o ignoranza inevitabile sul divieto** – nonché le cosiddette **cause scusanti**³. In particolare, per scusanti si intendono quelle esimenti che escludono la

¹ VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, p. 625; LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato (dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, 1961, p. 598; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, V ed., 1981-1986, p. 612.

² Cass. Pen., S.U., 30 ottobre 2002, n. 37503.

³ ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 261; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 578.

punibilità di una condotta perché, in considerazione di una prevalente situazione psicologica dell'agente, la pretesa normativa è ritenuta non esigibile. In altre parole, in presenza delle scusanti il comportamento resta illecito – quindi può essere legittimamente contrastato, nonché oggetto di un eventuale risarcimento danni – ma è ritenuto scusabile dall'ordinamento a causa dell'inesigibilità del comando, dovuta alla prevalente situazione soggettiva¹.

Il fatto che la condotta viene considerata comunque penalmente illecita è confermato dalle parole della Cassazione, secondo la quale hanno << effetto **soltanto nei confronti della persona cui si riferiscono, le circostanze soggettive**, intendendosi come tali le **cause che escludono la pena per taluno dei concorrenti** (c.d. cause di esclusione della colpevolezza) e **le cause di esclusione della sola punibilità e non anche del reato** >> ².

Un tipico esempio di causa scusante è l'esimente contenuta nell'art. 384 c.p. Con tale disposizione, infatti, viene considerato non punibile quel soggetto che commette un reato contro l'amministrazione della giustizia –

¹ FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, *cit.*.

² Cass. Pen., S.U., 30 ottobre 2002, n. 37503. Si sostiene che, in riferimento alle circostanze di esclusione della pena, << il problema deve affrontarsi, allora, con esclusivo richiamo all'art. 119 cod. pen. e prescindendosi da ogni riferimento all'art. 70 dello stesso codice, le cui distinzioni riguardano le sole circostanze del reato in senso tecnico (aggravanti ed attenuanti). Tutto il capo II del titolo III del libro I del codice penale, in cui l'art. 70 è contenuto, riguarda infatti le circostanze aggravanti ed attenuanti, con la sola eccezione dell'art. 59, ove peraltro si parla esplicitamente di circostanze di esclusione della pena. Ed in relazione all'art. 119 deve rilevarsi che: - **hanno effetto rispetto a tutti i concorrenti le circostanze oggettive di esclusione della pena**, intendendosi come tali le cause **che escludono l'antigiuridicità oggettiva del fatto** (c.d. scriminanti); - **hanno invece effetto soltanto nei confronti della persona cui si riferiscono, le circostanze soggettive**, intendendosi come tali le **cause che escludono la pena per taluno dei concorrenti** (c.d. cause di esclusione della colpevolezza) e **le cause di esclusione della sola punibilità e non anche del reato**. La ritrattazione si connette alla determinazione tipicamente personale e volontaria di riparare il danno già posto in essere. Essa, quale causa di esclusione della sola punibilità, ha carattere evidentemente soggettivo e, per il principio della individuazione della responsabilità, ha effetto soltanto riguardo alla persona che si è determinata alla riparazione e non può spiegare influenza sulla valutazione del fatto degli altri compartecipi. >>.

tra quelli espressamente indicati nella norma – per esservi stato costretto della necessità di salvare se stesso o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocimento nella libertà o nell'onore. In questo caso, la non esigibilità della condotta conforme alla legge, quindi la non punibilità, deriva dalla particolare situazione soggettiva dell'agente ovvero dal legame di quest'ultimo con i prossimi congiunti.

Nonostante l'opinione contraria della dottrina prevalente, il termine << scusanti >> non può essere inteso come sinonimo di << cause di esclusione della colpevolezza >>. L'accertamento di situazioni soggettive che *ex lege* determinano l'inesigibilità della pretesa normativa, infatti, non può riguardare un giudizio di colpevolezza individualizzante. A conferma di ciò, d'altra parte, si sottolinea che la rilevanza delle scusanti precede – non segue – l'accertamento della stessa imputabilità dell'autore del fatto¹. Tuttavia, data la loro natura soggettiva, anche le scusanti non sono comunicabili ai concorrenti, così come le cause di esclusione della colpevolezza.

Non si estendono a tutti i concorrenti, perché rientrano tra la circostanze soggettive di esclusione delle pena, inoltre, le cosiddette **cause di non punibilità in senso stretto**. Esse costituiscono quelle ipotesi in cui il legislatore rende non punibili, per una ragione politico-criminale di opportunità, alcune condotte che già rappresentano un fatto di reato, tipico, antigiuridico e colpevole.

Generalmente le cause di non punibilità in senso stretto si distinguono a seconda che la non punibilità derivi da una particolare condizione o

¹ FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., 2008, *cit.*

qualità personale dell'agente con l'offeso ovvero da un comportamento successivo al reato. Tanto è vero che riguardo alla prima categoria una parte della dottrina ha proposto la diversa denominazione di << **limiti istituzionali della punibilità** >>¹.

In particolare, si hanno tali limiti istituzionali della punibilità quando il legislatore, per la citata *ratio* di opportunità, rinuncia di esercitare la propria pretesa punitiva all'interno di un'organizzazione comunitaria di cui fa parte il reo. In altri termini, in questi casi l'ordinamento sceglie di non entrare nella vita di tali organizzazioni attraverso il diritto penale. Tra le esimenti di questa categoria, a titolo di esempio, viene ricondotto tradizionalmente l'art. 649 c.p., in virtù del quale non sono punibili penalmente i delitti contro il patrimonio – ad eccezione di quelli previsti dagli artt. 628, 629, 630 c.p. – commessi ai danni dei più stretti familiari dell'agente. Proprio per salvaguardare l'organizzazione interna della famiglia – riconosciuta dall'ordinamento quale formazione sociale ex art. 2 Cost. –, infatti, la disposizione richiamata rende non punibili i delitti non violenti contro il patrimonio commessi dall'autore in danno: << 1) del coniuge non legalmente separato; 2) di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato; 3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano >>.

Alla seconda categoria delle **cause di non punibilità in senso stretto**, cioè quella **in cui rileva un comportamento del reo successivo al reato**, possono essere ascritte, esemplificativamente, le seguenti previsioni normative: i casi di non punibilità previsti dagli artt. 308 e 309 c.p.,

¹ SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, p. 291; FIORE, *op. ult. cit.*

rispettivamente, per i delitti di cospirazione e di banda armata; la non punibilità del custode che ha cagionato per colpa l'evasione, quando procura la cattura della persona evasa entro tre mesi, ai sensi dell'art. 387, comma 2, c.p.; la disciplina dell'art. 376 c.p., che statuisce la non punibilità per chi ritratta la falsa testimonianza.

In proposito, si è a lungo discusso in giurisprudenza sulla natura della ritrattazione di cui all'art. 376 c.p. Da un lato, si è sostenuta la sua natura di causa oggettiva di esclusione della pena, con conseguente estensibilità a tutti i concorrenti. Dall'altro, si è affermato che la ritrattazione costituisce una causa soggettiva di esclusione della pena, come tale non comunicabile agli altri compartecipi. E proprio questo secondo orientamento è quello attualmente prevalente. Difatti, come ribadito dalle Sezioni Unite, « la causa sopravvenuta di esclusione della punibilità prevista dall'art. 376 c.p. in favore di chi, avendo reso falsa testimonianza, l'abbia ritrattata, ha **natura soggettiva** e, come tale, non opera nei confronti dell'istigatore, concorrente nel reato di cui all'art. 372 c.p., salvo che la ritrattazione sia il risultato del comportamento attivo dell'istigatore, diretto a sollecitarla per neutralizzare gli effetti del falso, lesivi dell'interesse alla realizzazione del giusto processo »¹.

¹ Cass. Pen., S.U., 30 ottobre 2002, n. 37503. In proposito, è opportuno richiamare sinteticamente alcune parti della motivazione della sentenza, in cui si riassume l'oscillante orientamento giurisprudenziale sulla natura della ritrattazione. « Per lungo tempo la ritrattazione da parte del falso testimone, intervenuta nei termini previsti dall'art. 376 cod. pen., è stata considerata, senza oscillazioni, come "causa soggettiva di esclusione della punibilità", in quanto fondata "sull'emenda psicologica verificatasi nell'animo del falso testimone" ». La Cassazione, poi, sottolineando che questo originario orientamento è stato ribadito anche in seguito, afferma che « muovendo dalle stesse premesse, questa Corte Suprema [Cass., Sez. VI, 3.11.1970, n. 1317, ric. Nizzardelli; 24.2.1971, n. 226, ric. P.G. in proc. Stevanin] ha fatto discendere la conseguenza che il beneficio della esclusione della punibilità può essere attribuito solo al suo autore e non anche all'istigatore, estraneo al processo psicologico ed alla volontà riparatoria del testimone ritrattante; tanto più quando "l'istigatore lungi dall'ammettere la falsità e dal manifestare il vero si limita a invocare l'esimente senza aderire alla altrui ritrattazione" ». Successivamente, però, si ricorda che « le Sezioni Unite penali si sono già occupate dell'argomento - con la sentenza n. 18 del 23 novembre 1985, ric. P.G. in proc. Cottone

Sicuramente rientrano tra le << **circostanze soggettive di esclusione della pena** >> le ipotesi in cui un soggetto beneficia di una particolare << **immunità** >> personale².

Al riguardo, però, per diverso tempo la giurisprudenza di legittimità è stata oscillante circa la natura – oggettiva o soggettiva – dell'immunità parlamentare di cui all'art. 68 Cost. Originariamente, infatti, è stata

(depositata il 10.4.1986) - ed hanno seguito l'indirizzo che in caso di ritrattazione si estende al concorrente la causa di non punibilità. >> . In particolare, << le relative argomentazioni sono state testualmente articolate nel senso che "la ritrattazione si risolve in un impedimento volontario, ma non necessariamente spontaneo, del danno o del pericolo derivante dalla falsità commessa, sicché con essa viene del tutto eliminata la ragione stessa della punibilità della condotta e cioè l'ostacolo alla retta amministrazione della giustizia. Tale impedimento produce, quindi, l'effetto di rendere penalmente indifferente la falsità già commessa con la conseguente esclusione della punibilità del reo". Del resto la non punibilità viene prevista dalla legge non in funzione delle qualità del teste-reo, ma solo per effetto dell'oggettivo comportamento del teste che ritratta; sicché - hanno concluso le Sezioni Unite penali - non può trovare alcun giuridico fondamento la pretesa di punire penalmente chi abbia istigato o determinato altri a commettere un fatto riconosciuto, nei confronti del suo autore, come penalmente irrilevante e non punibile >>. Nonostante ciò, la Suprema Corte rammenta che << in consapevole contrasto con l'orientamento delle Sezioni Unite si è posta, invece, la VI Sezione, con la sentenza n. 917 del 24.5.1996, ric. Campana. La pronuncia ha qualificato nuovamente la ritrattazione della falsa testimonianza come circostanza di esclusione della punibilità di carattere soggettivo, ponendo in rilievo che, "se è vero che, in virtù della tempestiva ritrattazione e della manifestazione del vero, l'interesse protetto dall'art. 372 cod. pen. - cioè il giusto processo, corretto e tempestivo - non subisce il pregiudizio insito nella previsione della norma, è anche vero che un simile effetto rappresenta non un connotato della condotta di ritrattazione ma soltanto il suo risultato" >>. In questa pronuncia della VI sezione << è stata tratta, pertanto, la conclusione che "nei confronti dell'istigatore la ritrattazione non può operare se non ove questi abbia arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo, come nell'ipotesi in cui abbia indotto gli autori della falsa testimonianza a ritrattare la deposizione reticente o contraria al vero">> . A questo punto **le Sezioni Unite esprimono la loro posizione sull'argomento**, affermando quanto segue: << tenuto conto dei due orientamenti della giurisprudenza di legittimità dianzi illustrati, ritengono queste Sezioni Unite di affermare il principio secondo il quale **la causa sopravvenuta di non punibilità, prevista dall'art. 376 cod. pen. in caso di ritrattazione della falsa testimonianza, è circostanza di carattere soggettivo** che può operare nei confronti dell'istigatore, concorrente nel reato di cui all'art. 372 cod. pen., esclusivamente qualora questi abbia arrecato un decisivo contributo causale alla neutralizzazione del fatto lesivo dell'interesse alla realizzazione del giusto processo. La ritrattazione muove da un atto di volontà individuale e, sotto questo profilo, appartiene al suo autore [la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 206/1982, **la configura quale "manifestazione di un ravvedimento operoso e, come tale, atto personale volontario del falso testimone"**], mentre la realizzazione di un processo giusto e fondato su elementi probatori veridici (tutelata dall'art. 376 cod. pen.) rappresenta non un connotato della condotta di ritrattazione ma soltanto il suo risultato. **La ritrattazione medesima** - alla stregua dell'art. 119 cod. pen., che riguarda la valutazione delle "circostanze di esclusione della pena" nei confronti di coloro che sono concorsi nel reato ma che, pur se da una parte della dottrina viene riferito in senso proprio alle circostanze che fin dall'origine escludono o condizionano la punibilità di un fatto-reato, può essere quanto meno invocato come indice di un principio più generale applicabile, in materia di concorso, anche alle cause speciali di cessazione della punibilità - **non può essere classificata tra le "circostanze oggettive"** >>.

² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 522

sostenuta la sua natura oggettiva, affermando che: « la causa di non punibilità prevista dall'art. 68 comma 1 cost. in favore dei membri del Parlamento con riguardo alle opinioni espresse ed ai voti dati nell'esercizio delle loro funzioni si estende, ai sensi dell'art. 119 c.p., a tutti coloro che, ancorché non parlamentari, abbiano concorso nel medesimo reato » (principio affermato, nella specie, con riguardo al direttore responsabile di una testata radiotelevisiva, chiamato a rispondere a titolo di concorso, e non per omesso controllo ai sensi dell'art. 57 c.p., del reato di diffamazione addebitato ad un parlamentare)¹. Di recente, invece, la Cassazione ha dichiarato la natura soggettiva dell'immunità in questione: « **l'immunità assicurata dall'art. 68 cost.** ai membri del Parlamento che esprimano opinioni nell'esercizio delle loro funzioni non si estende al direttore del giornale che non abbia impedito la pubblicazione della notizia diffamatoria coperta dalla detta immunità, la quale non integra una causa di giustificazione estensibile al concorrente ma **costituisce una causa soggettiva di esclusione della punibilità** della quale non può giovare il compartecipe privo della medesima garanzia »². Nello stesso senso, precedentemente si è affermato che « l'immunità del parlamentare non esclude la punibilità del compartecipe o del responsabile per reato connesso, che non sia a sua volta protetto dalle prerogative parlamentari. La copertura in parola è pertanto offerta esclusivamente ai soggetti che rivestono la qualifica parlamentare e stabilisce unicamente una **causa personale di esclusione della pena, lasciando sussistere l'illiceità penale del fatto e, dunque, l'esistenza del**

¹ Cass. Pen., sez. V, 27 ottobre 2006, n. 38944.

² Cass. Pen., sez. V, 5 marzo 2010, n. 13198.

reato >>¹.

5.2 Le circostanze **oggettive** di esclusione della pena.

La categoria delle << **circostanze oggettive di esclusione della pena** >>, infine, è costituita dalle **cause di giustificazione**, che escludono l'antigiuridicità del fatto sulla base di un bilanciamento degli interessi in conflitto. Pertanto, rendendo il contegno lecito per tutto l'ordinamento giuridico, le circostanze oggettive che escludono la pena, ai sensi dell'art. 119, comma 2, c.p., **si estendono a tutti i concorrenti**². Ad esempio, se Tizio cagiona a Caio una lesione personale per difendersi contro un'aggressione ingiusta di quest'ultimo – ex art. 52 Cod. Pen.–, e Sempronio gli fornisce lo strumento di difesa, la condotta sarà scriminata – quindi lecita – necessariamente sia per Tizio che per Sempronio. Infatti, come affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, << in relazione all'art. 119 deve rilevarsi che: - **hanno effetto rispetto a tutti i concorrenti le circostanze oggettive di esclusione della pena**, intendendosi come tali le cause **che escludono l'antigiuridicità oggettiva del fatto (c.d. Scriminanti)** >>³.

¹ Cass. Pen., sez. V, 15 febbraio 2008, n. 15323; conforme, Cass. Pen., sez. V, 19 settembre 2007, n. 43090.

² ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, p. 262; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, p. 578; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, p. 548; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, pp. 197 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, p. 522; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 1964, pp. 128 ss.

³ Già ricordata Cass. Pen., S.U., 30 ottobre 2002, n. 37503.

Capitolo IV

Il concorso anomalo: tra prevedibilità e responsabilità oggettiva.

Premessa introduttiva.

Per analizzare il “concorso anomalo” occorre preliminarmente far riferimento al dato normativo e – seppur brevemente – all'orientamento giurisprudenziale che da esso ne è derivato. Tuttavia, quanto a quest'ultimo, bisogna fin d'ora rilevare che l'interpretazione giurisprudenziale in questa delicata materia non ha fornito un criterio univoco di esegesi in grado di risolvere definitivamente tutti i dubbi esistenti circa il “concorso anomalo”. Anzi, è proprio in merito all'articolo 116 c.p. che si evidenzia, in modo particolare, quell'enorme distanza esistente tra l'elaborazione dottrinale e la concreta applicazione delle fattispecie incriminatrici. Infatti, in materia di concorso anomalo esistono diverse interpretazioni sia in dottrina che in giurisprudenza. Di conseguenza, come si cercherà di dimostrare, l'unica soluzione in grado di essere realmente condivisa da entrambi i fronti – quell'accademico, da un lato, e quello giurisprudenziale, dall'altro – sembra essere sostanzialmente una modifica codicistica della disciplina dell'ipotesi di concorso in esame.

Tornando ora al dato normativo, si deve rilevare quanto segue.

L'art. 116 c.p. – reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti – dispone 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. Se il reato commesso è più

grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave >>.

Come appare *prima facie*, la disposizione in oggetto è una chiara espressione del principio secondo cui *qui versari in re illicita respondit etiam pro casu*, comunemente detto *versari in re illicita*, ovvero una forma di responsabilità oggettiva.

Sulla base di tale principio, per affermare la responsabilità del concorrente che non vuole il diverso reato concretamente realizzato dall'esecutore materiale – cioè per affermare la responsabilità del cosiddetto “concorrente anomalo” –, è sufficiente il mero rapporto di causalità materiale tra la sua condotta e l'evento.

Come ampiamente verificheremo in seguito, però, questa forma di responsabilità oggettiva, basata esclusivamente sul nesso eziologico¹, non è più compatibile con un moderno diritto penale del fatto, per il quale il fatto-reato deve essere attribuibile all'agente sia dal punto di vista oggettivo che dal punto di vista soggettivo, altrimenti manca la stessa tipicità del fatto. Pertanto, accanto al rapporto di causalità materiale, attualmente non più sufficiente ad integrare il fatto tipico, la giurisprudenza ha individuato ulteriori elementi distintivi del concorso anomalo. Tuttavia, come sostenuto da autorevole dottrina, bisogna sin d'ora sottolineare che l'interpretazione giurisprudenziale formatasi sul punto sembra essere più una “ricostruzione ortopedica”² della

¹ Sul delicato tema del rapporto di causalità, si veda, per tutti, LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dottrinali e di politica criminale*, Napoli, 2011.

² CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto ed il principio di colpevolezza*, in *Studium iuris*, 1996, p. 1399; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1992, p. 539; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, II ed., Milano, 1999, p. 325 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1998, pp. 567 ss.

disposizione normativa in esame piuttosto che una sua corretta esegesi. In altri termini, qualunque sia la tesi dottrina prescelta, la giurisprudenza finisce per modificare sostanzialmente l'assetto strutturale dell'articolo 116 c.p., o meglio, ciò che in esso il legislatore del 1930 ha voluto inserire nella disciplina del concorso di persone.

In sintesi, l'attuale giurisprudenza di legittimità¹ è costante nell'affermare la sussistenza di tre requisiti per la configurabilità della responsabilità ex art. 116 c.p.: a) l'adesione dell'agente a un reato concorsualmente voluto; b) la commissione, da parte di altro concorrente, di un reato diverso o più grave; c) l'esistenza di un nesso causale, anche psicologico, fra l'azione del compartecipe al reato inizialmente voluto e il diverso o più grave reato poi commesso da altro concorrente, che deve essere prevedibile, in quanto logico sviluppo di quello concordato.

In primo luogo, dunque, occorre che tra il compartecipe e l'esecutore materiale del reato diverso vi sia una situazione di concorso: in altri termini, necessita la consapevolezza di concorrere con altri alla realizzazione di un reato². In secondo luogo, poi, il reato concretamente realizzato – e voluto con dolo – solo dall'esecutore materiale deve essere diverso da quello originariamente voluto dal compartecipe. Infatti, si anticipa che se quest'ultimo ha voluto il reato diverso o più grave, sotto il profilo del dolo, sia diretto che eventuale, ne risponde a titolo di concorso ordinario ex art. 110 c.p. e non ex art. 116 c.p. In ultimo, si deve accertare il rapporto di causalità tra la condotta del concorrente anomalo e il

¹ Tra le altre, Cass. Pen., Sez. I, 10 gennaio 2006, n. 8837; Cass. Pen., Sez. II, 4 novembre 2005, n. 744; Cass. Pen., Sez. I, 15 maggio 1996, n. 4894.

² Pertanto, la responsabilità ex art. 116 Cod. Pen. si deve escludere quando il concorrente versa in una situazione di errore sul fatto ex art. 47, comma 1, Cod. Pen., ovvero suppone erroneamente esistente una causa di giustificazione ex art. 59, comma 4, Cod. Pen.

diverso reato realizzato, nonché la prevedibilità di quest'ultimo.

Ciò detto, come vedremo in seguito, è proprio la “prevedibilità” del diverso reato – commesso dall'esecutore materiale – il requisito che più di tutti ha suscitato maggiori problemi interpretativi. Tanto è vero che alcuni parlano della “prevedibilità” come l'attuale “anello debole” dell'intera struttura del concorso anomalo¹, così come ricostruito dalla giurisprudenza dominante. Ma di questo sarà oggetto la nostra analisi successiva.

¹ GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1194.

1. La responsabilità del concorrente anomalo quale forma di responsabilità oggettiva.

Come sopra anticipato, nonostante gli interventi correttivi della giurisprudenza – costituzionale e di legittimità –, la disciplina codicistica del concorso anomalo è tuttora riconducibile fra le ipotesi di responsabilità oggettiva.

Pertanto, prima di trattare *funditus* dell'evoluzione interpretativa che ha interessato l'articolo 116 c.p., bisogna ora far riferimento - anche se non in maniera esaustiva - alla nozione di responsabilità oggettiva.

In particolare, si ha responsabilità oggettiva, secondo la nozione accolta dalla prevalente dottrina, quando un evento cagionato dalla condotta del soggetto è posto a carico di costui in base al solo rapporto di causalità materiale con quella condotta, indipendentemente dal nesso psichico costituito dal dolo dalla colpa. In tal modo, l'agente viene chiamato a rispondere penalmente delle conseguenze della sua azione od omissione, anche se rispetto a tali conseguenze non si possa muovere alcun rimprovero, neppure di semplice leggerezza, e quindi anche se è stato determinante per la produzione dell'evento, senza interruzione del nesso causale con la condotta, un caso fortuito, che si presenta contrassegnato dall'imprevedibilità e costituisce il punto dove la colpa dell'agente, anche lievissima, termina.

Questa nozione di responsabilità oggettiva va precisata e delimitata nell'ambito che essa stessa si assegna. Innanzitutto, l'attribuzione al soggetto di una responsabilità indipendente dal dolo o da la colpa non ha un significato univoco. A volte quest'indipendenza significa che deve

manca, in concreto, un dato elemento soggettivo, segnatamente il dolo, perché la presenza di questo diventerebbe il fondamento della responsabilità, con conseguente diversità della disciplina da applicare, segua o non segua anche il mutamento del titolo del reato. È ciò che accade nel reato preterintenzionale e nelle varie figure di reati aggravati dall'evento, che perciò si possono ricondurre col primo sotto un comune profilo: qui la presenza nel caso concreto di un dolo diretto all'evento ulteriore assoggetta senz'altro l'agente alla sanzione più grave stabilita per il reato doloso, mutando corrispondentemente il titolo del reato¹. E lo stesso, come si vedrà oltre, analogamente accade anche nel caso in cui il concorrente anomalo accetti il rischio – dolo eventuale – della realizzazione di un evento diverso (magari più grave) da parte del concorrente esecutore materiale: in questo caso, infatti, la presenza dell'elemento psicologico doloso – seppur eventuale – consente di condurre la responsabilità del concorrente nell'alveo della disciplina dell'articolo 110 c.p. anziché in quella dell'articolo 116 c.p.

Altre volte, invece, quell'indipendenza rispetto all'elemento psicologico significa che la legge, nel punire a titolo di dolo o di colpa l'agente per l'evento derivante dalla sua condotta, prescinde dall'accertamento del dolo e rispettivamente della colpa, che possono anche sussistere nel caso concreto, senza che ciò sia rilevante per il fondamento della responsabilità e della disciplina da applicare (ciò è invece rilevante ad altri effetti, come per la determinazione della misura della pena, entro i limiti del minimo e del massimo edittale). In questo caso, dunque, responsabilità oggettiva

¹ PISAPIA - LENER, *La responsabilità oggettiva, con particolare riguardo alla partecipazione a reato diverso da quello voluto ed alla nuova disciplina dei reati con mezzo stampa*, in *Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, p. 131, Milano, 1961.

non significa necessariamente, secondo il titolo del reato, responsabilità senza dolo o senza colpa, ma responsabilità, come appena si è detto, che prescinde dal dolo o dalla colpa, nel senso che si avvera ugualmente, sia che esista sia che non esista, nel caso concreto, l'elemento soggettivo corrispondente al titolo per cui l'evento viene posto a carico dell'agente. Così, originariamente, era considerata l'ipotesi della "responsabilità oggettiva a titolo di colpa"¹ per il caso contemplato dall'articolo 83 c.p., che addossa << a titolo di colpa >> all'agente l'evento diverso da quello voluto, senza esigere la prova della colpa nel caso concreto, sicché questa potrebbe in concreto mancare².

Allo stesso modo, si è ritenuto che nel concorso di persone nel reato la legge, quando ex art. 116 c.p. punisce a titolo di dolo il compartecipe per il reato doloso diverso da quello voluto (e materialmente commesso dall'esecutore), prescinde dall'indagine sull'esistenza dell'elemento soggettivo, che può anche ricorrere in concreto: per quest'ipotesi, quindi,

¹ In passato, infatti, si sosteneva che l'espressione non è contraddittoria, perché indica che oggettivo è il fondamento della responsabilità, mentre l'agente è punito secondo la figura di un reato colposo: in questo senso, PISAPIA - LENER, *La responsabilità oggettiva, con particolare riguardo alla partecipazione a reato diverso da quello voluto ed alla nuova disciplina dei reati con mezzo stampa*, in *Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, p. 131, Milano, 1961.

² Alla luce dell'attuale giurisprudenza di legittimità, invece, anche l'ipotesi dell'articolo 83 c.p. è una vera forma di responsabilità colposa. La Cassazione, infatti, in riferimento all'art. 586 c.p., che espressamente fa rinvio all'art. 83 c.p., ha recentemente affermato quanto segue: << Nell'ipotesi di morte verificatasi in conseguenza dell'assimilazione di sostanza stupefacente, la responsabilità penale dello spacciatore ai sensi dell'art. 586 c.p. per l'evento morte non voluto richiede che sia accertato non solo il nesso di causalità tra cessione e morte, non interrotto da cause eccezionali sopravvenute, ma anche che la morte sia in concreto rimproverabile allo spacciatore e che quindi sia accertata in capo alle stesso la presenza dell'elemento soggettivo della colpa in concreto, ancorata alla violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina il reato base) e ad un coefficiente di prevedibilità ed evitabilità in concreto del rischio per il bene della vita del soggetto che assume la sostanza, valutate dal punto di vista di un razionale agente modello che si trovi nella concreta situazione dell'agente reale ed alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale (nella specie, la morte del tossicodipendente si era verificata a seguito della assunzione della sostanza stupefacente nel corso di un festino a base di droga e alcol da parte di un soggetto dedito al consumo di bevande alcoliche e di farmaci diversi dal diretto acquirente)>> (Cass. Pen., S.U., 22.01.2009, n. 22676).

si è sostenuto che l'accertamento di questa circostanza - cioè dell'elemento psicologico - sarà rilevante esclusivamente per stabilire se il concorrente non esecutore abbia o non abbia diritto alla diminuzione (obbligatoria) di pena, stabilita dal secondo comma dell'articolo 116 c.p. a favore di chi non vuole il reato più grave, ma non per il titolo né per il fondamento della responsabilità che è dato in ogni caso dalla partecipazione¹.

Come sopra accennato, la responsabilità oggettiva in diritto penale presuppone un costante nesso di causalità materiale fra la condotta "propria" dell'agente e l'evento di cui questi viene ritenuto responsabile. Ai sensi del terzo comma dell'articolo 42 c.p., infatti, l'evento, del quale l'agente viene chiamato a rispondere, deve essere "conseguenza della sua azione od omissione". D'altro canto, l'esigenza del nesso causale e la responsabilità per il fatto proprio sono due proposizioni strettamente complementari: infatti, non sarebbe esatto richiedere un nesso di causalità materiale se non in relazione ad una condotta dell'agente.

Ciò detto, però, si deve sottolineare che, oltre al nesso di causalità materiale, la responsabilità oggettiva, almeno secondo la nozione considerata fin qui, suppone sempre una condotta cosciente e volontaria del soggetto chiamato a rispondere dell'evento, condotta dalla quale consegue appunto l'evento. Di conseguenza, che la responsabilità oggettiva sia una responsabilità indipendente dal dolo o dalla colpa – nel senso che si è chiarito – non significa affatto che sia incompatibile con il requisito della coscienza e volontà della condotta². Tale requisito, infatti,

¹ PISAPIA - LENER, *La responsabilità oggettiva, con particolare riguardo alla partecipazione a reato diverso da quello voluto ed alla nuova disciplina dei reati con mezzo stampa*, in *Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, p. 132, Milano, 1961.

² In generale, sulla coscienza e volontà v., per tutti, BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, 1995, pp. 155 ss.

come è stato opportunamente chiarito, costituisce il presupposto perché si possa individuare un legame soggettivo (dolo o colpa) tra l'autore e l'evento, ma non implicano di per sé tale legame. Una condotta cosciente e volontaria, dalla quale consegua un determinato evento, può non essere accompagnata dalla previsione e intenzione dell'evento stesso (dolo), e non rivelare neppure una negligenza, imprudenza, imperizia del soggetto agente (colpa). Si ha responsabilità oggettiva, in altri termini, tutte le volte in cui la legge, nonostante l'assenza del legame soggettivo o di quel legame che è adeguato al titolo della responsabilità, ponga ugualmente l'evento a carico dell'agente.

In proposito, non può essere condivisa la tesi secondo cui, quando una condotta è cosciente e volontaria, il soggetto che la tiene deve rappresentarsi le conseguenze che ne possono derivare, e che perciò, se ciò nonostante agisce, accetta quelle conseguenze e pone in tal modo un nesso psichico tra la condotta e l'evento, che esclude la responsabilità oggettiva. Quest'impostazione, infatti, finisce con l'elevare a regola generale il principio dell'agire a proprio rischio e determina un'estensione della responsabilità penale maggiore di quanto comporta ammettere la presenza di casi di responsabilità oggettiva, ove nella figura indistinta del nesso psichico sarebbe impossibile differenziare il dolo dalla colpa. Quindi, perché l'orientamento criticato acquisti un significato più plausibile, il dovere di rappresentarsi le possibili conseguenze della propria condotta va collegato con la prevedibilità dell'evento che si è prodotto; questa prevedibilità è da valutare non in rapporto alla tipo astratto del consociato medio, ma all'agente singolo, della cui condotta

l'evento è conseguenza, e quindi tenendo conto delle sue effettive qualità e attitudini, del suo grado di cultura, eccetera; infine, la legge deve imporne l'accertamento caso per caso, cioè in concreto, come elemento della fattispecie dalla quale sorge la responsabilità. Anche in questo modo, però, non si arriverebbe a stabilire qualcosa di più che una colpa a carico dell'agente, consistente nel non aver previsto le conseguenze per lui prevedibili, e la cui rappresentazione avrebbe dovuto essere motivo di astensione dalla condotta che ha determinato l'evento; e non si spiegherebbero alcuni casi nei quali l'agente è chiamato a rispondere di un titolo più grave che non la colpa¹.

Ciò detto, e delineata nei suoi tratti essenziali la figura della responsabilità oggettiva, occorre inquadrare più compiutamente in questa prospettiva la responsabilità del concorrente per il reato diverso da quello voluto, ai sensi dell'articolo 116 c.p.

Tuttavia, per far ciò occorre innanzitutto ricordare – seppur brevemente – il fondamento ordinario della responsabilità del concorrente, cioè il fondamento della responsabilità che questi incontra quando viene commesso il reato voluto. Per quest'ultimo reato, infatti, senza riprodurre le distinzioni concernenti la natura e l'entità dell'apporto dei vari concorrenti e delle conseguenti gradazioni di responsabilità per ognuno di essi – proprie invece del codice Zanardelli –, la legge vigente chiama a rispondere tutti i compartecipi per lo stesso titolo e punisce, normalmente, con la stessa pena ciascuno dei concorrenti medesimi. Pertanto, ciascuno dei concorrenti, anche se non realizza da solo l'intero

¹ PISAPIA - LENER, *La responsabilità oggettiva, con particolare riguardo alla partecipazione a reato diverso da quello voluto ed alla nuova disciplina dei reati con mezzo stampa*, in *Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, p. 136, Milano, 1961.

iter criminoso, agisce con la consapevolezza della condotta degli altri e in consonanza e complementarità con questa, in modo da fornire un proprio contributo causale alla produzione dell'evento voluto, se il concorso investe un reato con evento materiale distinto dalla condotta, o altrimenti da contribuire alla stessa attuazione della condotta che forma ed esaurisce l'elemento oggettivo del reato, se si tratta di reato formale (o reato di una condotta).

Come sopra anticipato, però, la dottrina distingue ancora la figura dell'autore da quella del partecipe, caratterizzando la prima in base al fatto che l'autore compie un'azione che, guardata da sola, è conforme a quella descritta nel modello generale ed astratto di reato, mentre l'azione del partecipe non realizzerebbe, di per sé sola, la fattispecie criminosa. In tal modo, è partecipe e non autore il mandante di un omicidio, per la ragione che la sua azione, considerata indipendentemente da quella successiva del mandatario, non corrisponde alla fattispecie legale dell'omicidio. Un ordine d'idee analogo, in sostanza, si esprime col dire che la disciplina del concorso di persone nel reato è un esempio di qualificazione indiretta rispetto a quella del partecipe (non esecutore), nel senso che a questo si attribuisce una qualificazione criminosa desumendola da quella del fatto dell'esecutore, mentre in sé il fatto non integrerebbe la relativa fattispecie: donde l'affermazione di una funzione complementare o suppletiva dell'articolo 110 rispetto alle norme che prevedono le singole fattispecie criminose. In altri termini, nell'esempio fatto sopra, il fatto del mandante di un omicidio sarebbe dunque ricondotto sotto la figura dell'omicidio perché questa è la figura propria

del fatto commesso dal mandatario.

Com'è stato già ricordato, per punire un fatto come reato, la legge richiede costantemente un nesso di causalità materiale fra la condotta e l'evento, nonché un nesso psichico (dolo o colpa), quando non si tratti di responsabilità oggettiva, oltre la coscienza e volontà della condotta. Di conseguenza, anche nel caso del partecipe non esecutore, come si desume dai principi generali del concorso di persone, deve indubbiamente sussistere il nesso di causalità materiale, secondo la concezione accolta negli articoli 40 e 41 c.p.; e, come abbiamo ricordato poc'anzi, proprio l'articolo 116 c.p., che prevede la realizzazione di un evento diverso da quello voluto, esplicitamente presuppone tale nesso causale.

Sussiste senz'altro, oltre la coscienza e volontà della condotta, un nesso psichico adeguato alla responsabilità, il dolo, se l'evento che si è realizzato è quello alla cui produzione era diretto il concorso criminoso. In quest'ultimo caso, quindi, la qualificazione del fatto del partecipe come reato può dunque considerarsi una qualificazione diretta, non indiretta, giacché si basa sulla considerazione del fatto in sé, cioè non è un riflesso nella qualificazione del fatto dell'esecutore¹. In altre parole, la responsabilità del partecipe del concorso di persone nel reato è la responsabilità di chi, volendo la realizzazione di un certo risultato, si serve in genere di forze a lui estranee, umane o non umane, che egli domina con la previsione e indirizza e coordina in vario modo con la propria attività: in sostanza, giuridicamente è autore di un reato, ed in particolare di uno specifico evento, non solo chi pone in essere, nella

¹ PISAPIA - LENER, *La responsabilità oggettiva, con particolare riguardo alla partecipazione a reato diverso da quello voluto ed alla nuova disciplina dei reati con mezzo stampa*, in *Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, pp. 129 ss., Milano, 1961.

condotta degli antecedenti causali, la condizione più prossima all'evento, ma chiunque realizza una delle condizioni dell'evento, con la consapevolezza delle circostanze antecedenti, concomitanti e successive nelle quali si inserisce la propria condotta.

Così, ad esempio, ladro è non solo chi direttamente si impossessa della cosa mobile altrui, ma anche chi a questo scopo si serve dell'animale addestrato; omicida è, poi, non solo chi direttamente cagiona la morte di una persona, bensì anche chi la determina indirettamente: come nel caso di chi, volendo uccidere una persona che sa malata di cuore, le fa provare un forte spavento, che provoca il collasso cardiaco. Allo stesso modo è omicida chi, vedendo sopraggiungere da lontano un veicolo a forte velocità, induce una persona ad attraversare la strada. Non fa alcuna differenza che le circostanze estranee alle quali l'agente fa riferimento siano o non siano condotte umane, ovvero siano condotte umane colpose o dolose, che vi è stato oppure no accordo criminoso: in presenza di quest'ultimo concorso cambierà la disciplina da applicare, ma non il fondamento della responsabilità.

Anche se in tali ipotesi le circostanze estranee non sono direttamente riconducibili alla condotta dell'agente, certamente ad esso può essere attribuita la realizzazione materiale dell'evento da cui dipende l'esistenza del reato.

Se tutto ciò è vero per la disciplina generale del concorso di persone nel reato, lo stesso non vale per il concorso anomalo di cui all'articolo 116 c.p. In questa disposizione, infatti, come si è sempre sostenuto sin dall'origine, vi è una responsabilità oggettiva del concorrente per le conseguenze da

lui non volute di una sua condotta cosciente e volontaria. In proposito, si è affermato che se il concorrente risponde per un "reato diverso da quello voluto", il richiamo alla responsabilità oggettiva di cui all'articolo 42, comma 3, c.p. è evidente¹. In particolare, si ha responsabilità oggettiva perché, come più volte ricordato, si prescinde dall'esistenza di un nesso psichico tra la condotta e l'evento e si considera sufficiente il mero rapporto di causalità materiale. In altri termini, con l'articolo 116 c.p., si rende punibile la situazione di chi non si è impegnato intenzionalmente per la realizzazione del reato poi effettivamente commesso dall'esecutore materiale. Non manca però la cosiddetta "suità" della condotta, in quanto quest'ultima deve essere sempre cosciente e volontaria.

Tuttavia, come ampiamente emergerà in prosieguo, si deve fin d'ora rilevare che, nonostante questa pacifica affermazione dell'articolo 116 c.p. quale forma di responsabilità oggettiva, non è tardata una interpretazione giurisprudenziale e dottrinarie in senso contrario. In questa sede, quindi, è opportuno ricordare brevemente gli indirizzi interpretativi della giurisprudenza che si sono susseguiti nel tempo per individuare nella struttura dell'articolo 116 c.p. anche l'elemento psicologico del reato.

Invero, la Cassazione ha cercato di sostenere la sussistenza dell'elemento soggettivo anche nella fattispecie del concorso anomalo ancor prima degli interventi della giurisprudenza costituzionale.

Nel dettaglio, un primo orientamento² ha richiesto per la responsabilità del mandante non solo la rappresentazione dell'evento diverso da quello concordato, ma addirittura la "volontà univoca diretta all'evento

¹ PETERNITI, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. giur.*, 2008, pp. 4 ss.

² Cassazione, 10 febbraio 1950, Borghese.

medesimo". Con tale affermazione di principio, però, in buona sostanza si è escluso ogni significato al precetto normativo di cui all'articolo 116 c.p. Difatti, come è stato autorevolmente sostenuto, << se la formula "reato diverso da quello voluto" significasse, come sembra credere la sentenza in questione, "reato diverso da quello concordato", che deve però essere ugualmente voluto, non si comprenderebbe la funzione del primo comma della norma, e sarebbe addirittura senza senso il secondo, che, quando il reato commesso è "più grave di quello voluto", diminuisce la pena per quanto riguarda chi volle il reato meno grave. Secondo questa impostazione, coerentemente, il dolo del concorrente non esecutore dovrebbe trovarsi in concreto, caso per caso; e non si avrebbe responsabilità oggettiva, per l'ovvia ragione che sarebbe richiesto un elemento soggettivo adeguato alla responsabilità >>¹.

Oltre l'orientamento appena citato, poi, altri e diversi sono stati gli indirizzi giurisprudenziali che hanno cercato di affermare la sussistenza dell'elemento psicologico anche all'interno del concorso anomalo. Basti qui ricordare la teoria secondo la quale si ritiene sussistente il dolo del partecipe per il solo fatto che egli versi già *in re illicita*. Ciò significa che è sempre presente, nella situazione di chi si associa per commettere un determinato reato, un dolo di rappresentazione per il reato diverso che venga effettivamente commesso dall'esecutore materiale: di conseguenza, tale dolo, che per definizione è ritenuto sempre esistente, non necessita di essere provato nel caso concreto perché il concorrente non esecutore possa essere chiamato a rispondere del reato concretamente commesso.

¹ PISAPIA - LENER, *La responsabilità oggettiva, con particolare riguardo alla partecipazione a reato diverso da quello voluto ed alla nuova disciplina dei reati con mezzo stampa*, in *Convegno nazionale di studio su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, p. 142, Milano, 1961.

Adottando questa interpretazione certamente non si va contro la lettera del primo comma dell'articolo 116 c.p., la quale prescinde dalla prova del dolo per affermare la responsabilità del concorrente; tuttavia, si modifica il significato del secondo comma della stessa disposizione, in cui invece si prevede un trattamento di favore per il concorrente senza dolo quando il reato commesso è più grave di quello concordato e direttamente voluto. D'altra parte, l'orientamento appena citato sostituisce l'elemento psicologico con un dato della comune esperienza, che è quello ricavato dal cosiddetto *id quod plerumque accidit*. In altre parole, il fatto di accordarsi con altri a commettere un determinato reato determina di per sé la consapevolezza e prevedibilità che gli altri concorrenti possano commettere reati diversi da quello originariamente voluto. Ciononostante, non è sempre vero che chi si è determinato ad agire con altri per la commissione di un reato si è rappresentato anche la possibilità di realizzazione di ogni altro diverso reato da parte degli altri concorrenti. Altra teoria che nega la natura oggettiva della responsabilità di cui all'articolo 116 c.p. è quella che aggiunge al rapporto di causalità materiale la rappresentabilità dell'evento per l'agente. Quest'ultimo è chiamato a rispondere per aver posto in essere, con la sua condotta cosciente e volontaria, quelle condizioni necessarie perché l'evento (non voluto) si verificasse. Anche qui il legame psichico tra il soggetto e l'evento è tipicamente presupposto, perché si afferma esplicitamente che il giudice è dispensato dall'indagine al riguardo, dato che il legislatore ha considerato sempre esistente l'elemento soggettivo nella situazione dell'agente aprioristicamente considerata. È proprio in questa teoria che si

parla di responsabilità "anomala" del concorrente. Tuttavia, prescindendo anche qui dall'accertamento dell'elemento psichico dell'agente, sembra essere di fronte ad un'ulteriore ipotesi di responsabilità oggettiva del concorrente.

Infine, l'opinione originariamente prevalente in giurisprudenza, poi diventata dominante (anche a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale, con la sentenza n. 42 del 1965), giustificava la responsabilità del concorrente anomalo sulla base della "prevedibilità" del reato diverso da quello voluto. Ci occuperemo in seguito ed approfonditamente dell'argomento della prevedibilità, così come accolto dalla giurisprudenza costituzionale e dall'attuale giurisprudenza di legittimità. Occorre, però, già in questa sede, anticipare che talvolta la "prevedibilità" è soltanto presupposta (prevedibilità in astratto), cioè desunta dalla situazione oggettiva del concorrente, ed allora vale quanto affermato poc'anzi in riferimento alla rappresentabilità; altre volte, invece, si intende una "prevedibilità" come qualcosa da provare in concreto, in considerazione al singolo agente (prevedibilità in concreto). In quest'ultima ipotesi, nello specifico, per affermare la responsabilità del concorrente anomalo si richiede la mancata previsione di un evento che era logicamente prevedibile per l'agente. In tal modo, quindi, con la prevedibilità dell'evento diverso non voluto, si introduce un elemento determinante per affermare la responsabilità a titolo di colpa del concorrente. Tuttavia, della responsabilità colposa non vi è alcun riferimento esplicito nella disposizione dell'articolo 116 c.p., la quale, viceversa, attribuisce al concorrente la responsabilità per il reato diverso

sempre a titolo di dolo.

Pertanto, come meglio si vedrà oltre, non è tuttora risolto l'annoso dibattito sulla natura oggettiva o meno della responsabilità del concorrente anomalo di cui all'articolo 116 c.p. e, dunque, della relativa compatibilità costituzionale di quest'ultima disposizione codicistica.

2. Origine storica del concorso anomalo e questione di legittimità costituzionale.

L'art. 116 c.p. è stato da sempre al centro di dibattiti dottrinali e giurisprudenziali. Questo perché, se l'intenzione del legislatore del '30 è stata chiaramente quella di inserire nel codice penale una forma di responsabilità oggettiva, certamente in un diritto penale costituzionalmente orientato – com'è quell'attuale – una simile impostazione non è più accettabile.

In realtà, che il legislatore con la disposizione in parola abbia introdotto nel codice penale una forma di responsabilità oggettiva, nella disciplina del concorso di persone nel reato, è una conclusione che, sebbene ormai accettata quasi unanimemente dalla dottrina, può essere sostenuta ponendo l'attenzione prevalentemente sul dato letterale della norma.

Se si passa all'analisi dei lavori preparatori del codice, invece, la stessa conclusione non sembra più così pacifica. Infatti, da una parte, vi era chi ravvisava nella lettera dell'art. 116 c.p. una rigorosa ed indiscriminata applicazione del modello causale, ritenendo così oggettiva la responsabilità del concorrente anomalo; dall'altra, alcuni negavano la stessa natura oggettiva di tale responsabilità, in quanto individuavano un elemento soggettivo anche nella fattispecie concorsuale dell'art. 116 c.p.

Più nel dettaglio, mentre il primo orientamento riteneva che la valorizzazione del modello causale avrebbe determinato – nel progetto del codice – una contraddizione del “principio della coscienza e della volontà come causa della responsabilità”, il secondo orientamento iniziava a sostenere che quando “l'evento si trova in rapporto di causalità

con un'azione umana" l'agente deve rappresentarselo "come una conseguenza possibile" della sua condotta. Ed è proprio in tale rappresentazione dell'evento che veniva individuato, per questo secondo indirizzo, l'elemento soggettivo dell'ipotesi concorsuale di cui all'art. 116 c.p., negando così la natura di responsabilità oggettiva di quest'ultima.

Questa diversità di opinioni in merito alla natura oggettiva – o meno – del concorso anomalo emergeva chiaramente già nella Relazione ministeriale, ove si affermava testualmente che: << la commissione ha ravvisato un caso di responsabilità oggettiva a torto, almeno in senso proprio >>; specificando << come non si tratti di responsabilità oggettiva in senso proprio ed assoluto perché l'individuo voleva concorrere con altri per commettere un reato >>.

Per la Relazione ministeriale, dunque, il fatto stesso di aver agito con altri per la commissione di un reato – inizialmente programmato e voluto – è sufficiente per configurare anche l'elemento soggettivo del diverso reato poi concretamente realizzato da uno degli altri concorrenti: di conseguenza, il concorrente anomalo è responsabile sia del reato inizialmente voluto – se questo si realizza – che del diverso reato materialmente commesso da uno dei compartecipi. Infatti, come prosegue la Relazione, << questa diversità di specie, ma non di genere, non elimina l'elemento soggettivo della responsabilità, né fonda una responsabilità oggettiva vera e propria >>. In altri termini, per dichiarare la responsabilità del concorrente anomalo, è necessario e sufficiente che quest'ultimo abbia voluto concorrere con altri alla commissione di un reato, qualunque esso sia; non avendo alcuna rilevanza la natura del reato

concretamente realizzato dagli altri concorrenti, il quale, infatti, ex art. 116 c.p., può essere anche diverso de quello originariamente voluto dallo stesso concorrente anomalo.

Quest'impostazione, però, come emergerà tra breve, non sembra essere essere condivisibile, in quanto si risolve sostanzialmente in una presunzione di volontà, quindi in una presunzione dell'elemento soggettivo, sotto la quale si cela una vera e propria ipotesi di *versari in re illicita*.

Ciò che si è voluto rilevare in questa sede è il dato che al momento dei lavori preparatori e della stesura della relativa relazione ministeriale, dunque ancor prima dell'entrata in vigore del codice, era già discussa la natura – oggettiva o meno – della responsabilità del concorrente anomalo. Ritornando ora alla compatibilità della disposizione normativa con il diritto penale costituzionalmente orientato, si deve rilevare che attualmente, a seguito delle ormai storiche sentenze nn. 364 e 1085 del 1988 della Corte Cost., è pacifico che per configurare un reato è necessaria la sussistenza quanto meno della colpa – quale elemento psicologico del reato – degli “elementi più significativi della fattispecie”. In altri termini, non è più compatibile con il principio costituzionale di colpevolezza – inteso in senso normativo e desunto dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost – la previsione di una responsabilità oggettiva pura – riguardante gli elementi più significativi della fattispecie –, che si basi esclusivamente sul rapporto di causalità materiale tra condotta ed evento. È sempre necessario, quindi, oltre tale nesso eziologico, anche un collegamento psicologico tra l'autore e gli elementi più significativi della

fattispecie, dai quali emerge il disvalore della condotta¹. E nell'ambito del concorso anomalo, come si cercherà di dimostrare in prosieguo, il reato diverso realizzato dal concorrente materiale certamente costituisce uno degli elementi più significativi della fattispecie.

Come anticipato, l'introduzione dell'art. 116 c.p. – disposizione sconosciuta al codice Zanardelli – era stata prevista dal legislatore dell'epoca – quello del codice Rocco del 1930 – come una chiara ipotesi di responsabilità oggettiva². L'art. 116 c.p., infatti, attribuisce al concorrente la responsabilità per un reato diverso da quello originariamente voluto – e magari più grave – sulla base del solo nesso di causalità materiale tra condotta ed evento. Ciò accade, in particolare, quando l'esecutore materiale realizza un reato diverso da quello originariamente concordato con gli altri concorrenti. Tipico è l'esempio in cui due persone inizialmente si accordano per commettere un furto in abitazione, ma mentre uno dei due compartecipi si limita a fare da "palo" l'altro si addentra nell'appartamento e, per fronteggiare le resistenze delle vittime, realizza in concreto una rapina. In quest'ipotesi, dunque, il "palo" risponderà anche della rapina perpetrata dall'altro concorrente, perché,

¹ Sul punto, v. , tra gli altri: VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. Cost.* 1988, II, pp. 3 ss.; FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: << prima lettura >> della sentenza n. 364/88*, in *Foro It.*, 1988, I, pp. 1385 ss.; PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legisl. pen.* 1988, p. 449 ss.; PULITANO', *Una sentenza 'storica' che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pp. 686 ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1313 ss.

² La letteratura dominante ravvisa in tale disposizione, almeno nelle intenzioni dei compilatori del codice Rocco, un'autentica ipotesi di responsabilità oggettiva: la responsabilità del compartecipe, dalla cui volizione esula il reato effettivamente commesso, trova il suo elemento fondante solo nell'esistenza del nesso causale tra la sua condotta e tale reato: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2009, 522; PULITANO', *Diritto penale*, Torino, 2007, 469; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 297; MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2009, 532; FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III, Torino, 2008; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, 218.

come espressamente prevede la disposizione dell'art. 116 c.p., « 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 »>>.

Tale disciplina è il risultato di scelte di natura dogmatica e di politica criminale.

Specificamente, per quanto riguarda le ragioni dogmatiche, la previsione della stessa responsabilità, per chi volle il reato diverso o più grave ed il concorrente che non lo volle, è giustificata dall'allora prevalente teoria dell'unitarietà del titolo di responsabilità tra tutti i compartecipi al reato¹. Inoltre, sottolineando un'ispirazione fortemente repressiva della norma, altri sottolineano come la disposizione dell'articolo 116 c.p. sia un esempio paradigmatico del modello causale di tipizzazione del contributo concorsuale, forse il suo "momento di massima espansione"².

Dal punto di vista politico criminale, invece, la norma dell'art. 116 è sicuramente espressione di un particolare giudizio di sfavore nei confronti della commissione del reato da parte di più persone in concorso tra loro³. Tanto è vero che una parte della dottrina ritiene che la partecipazione criminosa costituisca "il vero archetipo giuridico della criminalità come fenomeno sociale generale"⁴.

¹ BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale: parte generale*, Padova, 1986, p. 670; ROMANO-GRASSO, *op.cit.*, p. 218.

² INSOLERA, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza, le qualifiche soggettive della condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 449; ID. *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 482: « L'articolo 116 rappresenta quindi il momento di massima espansione del paradigma di attribuzione della responsabilità disegnato dalla struttura causale dell'articolo 110 »>>

³ INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 482. A tale ultimo proposito, la Relazione sul testo definitivo del Codice Penale affermava quanto segue: « chi coopera ad un'attività criminosa può e deve rappresentarsi la possibilità che il socio commetta un reato diverso da quello voluto »>>.

⁴ DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 185; analoghe considerazioni in ROMANO-GRASSO,

In tale ottica, dunque, il fatto di essersi accordati con altri per la commissione di un reato deve essere punito anche se poi in concreto si realizzi – per volontà di un concorrente – un reato diverso da quello originariamente programmato. Ciò sulla base del convincimento secondo cui il cooperare con altri alla commissione di un reato comporti il rischio inevitabile della realizzazione di ulteriori reati, proprio perché ci si affida a forze – altrui – che non sempre si è in grado di controllare¹. Non è sufficiente, però, il mero accordo a commettere un reato, altrimenti verrebbe violato l'art. 115 c.p. Infatti, ai sensi dell'art. 116 c.p., il reato diverso o più grave deve essere conseguenza dell'azione od omissione di chi volle il reato originariamente concordato. Come afferma autorevole dottrina, nell'articolo 116 c.p. l'ampliamento della responsabilità è rinvenibile non nell'elemento psicologico, bensì nella materialità della condotta, in particolare prevale il rilievo del suo legame con il risultato ultimo della intrapresa condotta criminosa². Pertanto, sulla base del tenore letterale della disposizione, il semplice nesso di causalità materiale sarebbe di per sé sufficiente ad affermare la responsabilità del concorrente che non volle il reato diverso.

Tale tesi, però, come già accennato, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, contrastava con il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost. Di conseguenza, ancor prima delle ricordate pronunce del 1988, la Corte Costituzionale, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto – la n. 42 del 1965 –, ha cercato di eliminare tale incompatibilità. Difatti, accanto al nesso di

op.cit., p. 218.

¹ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 38.

² INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 483.

causalità materiale, la Corte ha affermato la necessaria presenza di un nesso di "causalità psichica" che sia in grado di rappresentare un indice di colpevolezza. Quest'ultimo, in particolare, viene ravvisato dalla Consulta nella "prevedibilità" dell'evento diverso e non voluto dal concorrente. Secondo la Corte, la responsabilità *ex art. 116 c.p.* si fonda sulla "sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepita nel senso che il reato diverso più grave commesso dal concorrente debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza di un coefficiente di colpevolezza"¹. Secondo le parole della Corte, in altri termini, l'evento diverso e più grave deve essere uno "sviluppo logicamente prevedibile" di quello voluto. Pertanto, solo se si accerta tale prevedibilità del fatto diverso e più grave si può affermare la responsabilità del concorrente anomalo *ex art. 116 c.p.*

Per comprendere completamente il ragionamento che ha portato la Corte costituzionale a questa scelta interpretativa, e per rilevarne anche alcuni aspetti critici, non si possono non richiamare espressamente alcuni passaggi della motivazione della sentenza n. 42 del 31 maggio 1965. Precisamente, secondo la Consulta << *è da ritenere che con l'art. 116 del Codice penale, diversamente da quanto si afferma nell'ordinanza, non si versi nella ipotesi della responsabilità oggettiva, in quanto, secondo la interpretazione che negli ultimi anni, in numerose sentenze, ha data la Corte di cassazione, e che questa Corte ritiene di condividere, è necessaria, per questa particolare forma di*

¹ Corte Cost., sent. 13 maggio 1965 n. 42, in *Arch. pen.*, 1965, II, p. 430.

responsabilità penale, la presenza anche di un elemento soggettivo >>.

Con questa affermazione la Corte costituzionale, nel rigettare sostanzialmente la questione di legittimità, dichiara espressamente di condividere quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui, per affermare la responsabilità del concorrente anomalo di cui all'art. 116 c.p., occorre necessariamente anche la presenza dell'elemento soggettivo di quest'ultimo. La stessa Corte, però, non ignora le diverse interpretazioni che si sono susseguite nel tempo – sia in dottrina che in giurisprudenza – sulla necessità o meno dell'elemento psicologico nel concorso anomalo. Così, testualmente, vengono riportati i vari orientamenti: *<< Le interpretazioni immediatamente successive alla entrata in vigore del Codice furono strettamente influenzate dalla formulazione letterale della nuova disposizione; e ne derivarono per un certo tempo affermazioni piuttosto decise del principio della responsabilità oggettiva come fondamento della disposizione stessa. Tuttavia questa interpretazione non mancò di suscitare, fin dal principio, vive obiezioni. Sebbene i suoi sostenitori abbiano sempre tentato di attenuarne in certa misura la portata, è innegabile che, a voler assumere come fondamento della responsabilità ex art. 116 unicamente il rapporto di causalità materiale, non si potrebbe, a stretto rigore, stabilito un tale rapporto, sfuggire a talune estreme conseguenze: a quella, soprattutto, di dover imputare all'agente, solo perché materiale conseguenza della sua azione, un reato non soltanto diverso o più grave di quello voluto, ma anche del tutto al di fuori, per sua natura, da ciò che sarebbe un prevedibile omogeneo sviluppo dell'azione concordata. La interpretazione dell'art. 116 in senso rigidamente oggettivo è pertanto apparsa giustamente alla Cassazione non conforme al vero spirito della*

norma, venendo a creare una forma di responsabilità del tutto contrastante col sistema e produttiva, oltre tutto, di conseguenze penali di sproporzionata gravità. Di qui il graduale manifestarsi della tendenza a riconoscere nella responsabilità ex art. 116 un coefficiente di partecipazione anche psichica: tendenza che ha poi trovato negli ultimi anni, come si è detto, costante e decisa affermazione nella giurisprudenza. Né ciò può attribuirsi a una diversione tardiva da quella che fu la originaria interpretazione, in quanto significativi precedenti nello stesso senso si riscontrano in una parte notevole della dottrina sin dai primi anni dall'entrata in vigore del Codice, e traccia evidente ne presentano gli stessi lavori preparatori. Già, infatti, nella Relazione sul testo definitivo (pag. 71) si avvertiva che, "chi coopera ad un'attività criminosa può e deve rappresentarsi la possibilità che il socio commetta un reato diverso da quello voluto">>.

Tuttavia, si deve rilevare che quest'ultimo riferimento esplicito ai lavori preparatori, a differenza di quanto vorrebbe dimostrare la Consulta, certamente non avvalora in maniera decisiva la tesi dell'essenzialità dell'elemento soggettivo all'interno del concorso anomalo. Infatti, nel momento in cui si afferma che << *chi coopera ad un'attività criminosa può e deve rappresentarsi la possibilità che il socio commetta un reato diverso da quello voluto* >> non si fa altro che confermare la natura di responsabilità oggettiva del testo dell'art. 116 c.p. Questo perché se il concorrente "deve" rappresentarsi, non solo "può" rappresentarsi, la possibilità che l'esecutore materiale commetta un reato diverso da quello originariamente voluto, ciò significa che l'elemento soggettivo del concorrente anomalo viene sostanzialmente sempre presunto e non necessita un effettivo accertamento della sua sussistenza in concreto.

Ciononostante, dopo aver sintetizzato le varie esegesi dell'art. 116 c.p., la Corte costituzionale ribadisce che << *La interpretazione che in definitiva si è affermata nella giurisprudenza, pur tra qualche difformità e incertezza di formulazione, esige, sostanzialmente, come base della responsabilità ex art. 116 del Codice penale, la 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* >>. Individuato così il coefficiente di colpevolezza nella "prevedibilità" del reato diverso o più grave, la Corte però non si sofferma sulla natura – dolosa o colposa – dell'elemento soggettivo che deve essere necessariamente posseduto dal concorrente anomalo. Anzi, come sostiene testualmente la stessa Consulta, << *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, né lo stabilire se dalla semplice colpa esso possa addirittura assurgere alla forma dolosa, nel qual caso, è anche dubbio che si rientri nella ipotesi del predetto art. 116* >>. A quest'ultimo proposito, però, si deve rilevare che, come già anticipato, nel caso in cui ricorra il dolo (anche eventuale) non vi sarà mai un'ipotesi di concorso anomalo, bensì di concorso ordinario di cui all'art. 110 c.p.; allora nell'art. 116 c.p. l'elemento soggettivo di cui parla la Consulta deve essere inevitabilmente colposo, altrimenti saremmo nuovamente di fronte ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Tuttavia, come si vedrà meglio oltre, nell'art. 116 c.p. mancano

proprio i requisiti strutturali di una responsabilità effettivamente colposa, ovvero la violazione di una regola cautelare di condotta e soprattutto l'espressa previsione normativa della responsabilità a titolo di colpa. Pertanto, nonostante l'introduzione del requisito della "prevedibilità", sembra ancora corretto parlare del concorso anomalo come una forma di responsabilità oggettiva. Anzi, attraverso l'introduzione del concetto di "prevedibilità" forse la giurisprudenza ha addirittura acuito le incertezze interpretative già esistenti sul concorso anomalo. Infatti, la nozione di "prevedibilità" di per sé non può integrare nessun elemento psicologico tra quelli descritti dall'art. 43 c.p. e finisce, in sostanza, per costituire un nuovo criterio di imputazione soggettiva, non previsto dalla legge, di creazione esclusivamente giurisprudenziale. Ma in un diritto penale costituzionalmente orientato, dove vige il principio di riserva assoluta di legge, nonché quello di tassatività e determinatezza (quali corollari del principio di legalità), ed in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge – ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost. –, la giurisprudenza certamente non può creare gli elementi essenziali della fattispecie incriminatrice.

La preoccupazione di futuri contrasti interpretativi era ben nota alla Corte costituzionale, ancor prima delle sentenze 364 e 1085 del 1988 (che hanno chiarito una volta per tutte la necessaria presenza dell'elemento psicologico, quanto meno colposo, degli "elementi più significativi della fattispecie"¹), già nella poc'anzi analizzata sentenza interpretativa di rigetto n. 42 del 1965. In conclusione di questa pronuncia, in particolare, i

¹ Corte. Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, 1988, I, pp. 1385 ss.; Corte. Cost., 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Giur. mer.*, 1989, I, pp. 1620 ss. Per un'analisi più approfondita v., tra gli altri, PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss.; FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sent. 364 del 1988*, in *Foro it.*, I, 1988, pp. 1385 ss.

giudici delle leggi facevano espressamente invito al legislatore di valutare l'opportunità di mantenere o di modificare l'attuale disciplina del concorso anomalo di cui all'art. 116 c.p. Così, infatti, testualmente si esprimeva la Consulta: << *le incertezze e i contrasti suscitati dalla disposizione dell'art. 116, sebbene da ultimo avviati dalla giurisprudenza a una più equilibrata ed esatta soluzione, non possono dirsi del tutto dissipati nella coscienza sociale e giuridica: onde la opportunità di un intervento del legislatore, al fine di stabilire se la norma in questione debba rimanere nel nostro ordinamento e, in caso positivo, quali esattamente debbano esserne il fondamento e i limiti, e in quali termini, inoltre, debba realizzarsi una logica coordinazione della norma stessa con tutto il sistema e con norme analoghe, in particolare con quella dell'art. 83 del Codice penale* >>.

In realtà, circa quest'ultima analogia tra l'art. 116 c.p. e l'art. 83 c.p., non si può non rilevare che attualmente sembra superata la tesi che sostiene la natura di responsabilità oggettiva anche della c.d. *aberratio delicti* di cui all'art. 83 c.p. Le Sezioni Unite della Cassazione, infatti, recentemente hanno definitivamente statuito che nell'art. 83 c.p. (così come nell'art. 586 c.p., che ad esso rinvia) vi è una chiara ipotesi di responsabilità colposa, i cui elementi costitutivi devono essere sempre accertati in concreto¹.

¹ La Suprema Corte, pronunciandosi sulla natura della responsabilità *ex art. 586 c.p.*, sull'argomento ha affermato quanto segue: << si afferma che la tesi è rispettosa dell'originaria intenzione storica del legislatore del 1930, il cui intento, come emerge con chiarezza dai lavori preparatori del codice penale, era quello di individuare nell'art. 586 c.p., e nella norma generale dell'art. 83 c.p., "ipotesi ordinarie di fatti colposi" (cfr. la Relazione del Guardasigilli, in Lav. Prep., vol. 5, pt. 1, 135, a proposito dell'opinione espressa dalla maggioranza dei Commissari durante la discussione del 27 aprile 1928). Nella Relazione del Guardasigilli si osservava che "mentre l'art. 587 c.p. del progetto preliminare puniva il fatto predetto a titolo di responsabilità obiettiva, nel progetto definitivo la disposizione venne modificata in correlazione con l'art. 86 c.p. (poi divenuto art. 83 c.p.) del progetto medesimo, per il quale gli eventi diversi da quelli voluti dall'agente sono punibili a titolo di colpa, se la legge li prevede tra i delitti colposi. L'art. 586 c.p. non è, pertanto, che una conferma e una particolare applicazione di questo principio generale, e trova la sua ragione nel fatto che viene stabilito un aumento di pena per l'omicidio e le lesioni personali colposi" (Relazione a S.M. il Re, vol. 1, p. 86). La tesi, inoltre, valorizza adeguatamente il dato testuale del richiamo alla colpa, contenuto sia

Di conseguenza, la fattispecie dell'art. 83 c.p., quale responsabilità colposa, non può più essere sovrapposta, come regola generale, a quella del concorso anomalo di cui all'art. 116 c.p., che viceversa, come si vedrà, non può essere ricondotta ad una vera e propria responsabilità a titolo di colpa

Ciò precisato, con la richiamata interpretazione adeguatrice o correttiva della sentenza n. 42 del 1965, mutuata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, la Corte costituzionale nega che l'art. 116 c.p. costituisca un'ipotesi di responsabilità oggettiva, come tale contraria all'art. 27, comma 1, Cost. Tuttavia, come si è già sottolineato, nonostante l'introduzione del requisito della "prevedibilità", non possono dirsi completamente risolti i problemi interpretativi del concorso anomalo. Invero, in dottrina non manca chi sostiene che nell'articolo 116 c.p. si è soltanto in presenza di un'ipotesi di "mera apparenza di concorso": infatti, il requisito della "prevedibilità" sottolinea l'assenza dell'ideazione e della volizione comune del fatto da parte di tutti i concorrenti, cioè la mancanza della comune direzione finalistica degli atti che consente di individuare il concorrere di essi verso lo stesso risultato¹.

Di conseguenza, a partire dalla sentenza n. 42 del 1965 della Consulta è scaturito un acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla natura del requisito della "prevedibilità", attuale nucleo fondante dell'elemento soggettivo del concorso anomalo.

Da una lato, si sostiene la teoria della prevedibilità in astratto, in base alla

nell'art. 83 c.p., sia anche nell'art. 586 c.p., che fa rinvio, oltre all'art. 83 c.p., anche alle fattispecie colpose degli artt. 589 e 589 c.p. Si rileva anche che l'art. 83 c.p., comma 2 prevede l'applicazione delle regole sul concorso di reati, il quale può sussistere solo se il reato non voluto di omicidio o lesioni è imputato come reato colposo. >> (Cass. Pen., S.U., 22 gennaio 2009, n. 22676).

¹ PATERNITI, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. giur.*, 2008, p. 4.

quale la prevedibilità deve essere desunta dal confronto astratto delle norme incriminatrici, in considerazione dell'omogeneità del bene giuridico tutelato. Dall'altro, la teoria della prevedibilità in concreto, per la quale la prevedibilità del reato diverso o più grave deve essere accertata tenendo in considerazione il programma criminoso, le effettive modalità di esecuzione e tutte le circostanze del caso concreto¹.

Più specificamente, secondo il primo orientamento – prevedibilità in astratto –, il concorrente ha la possibilità di rappresentarsi l'evento diverso e non voluto già attraverso un confronto astratto tra le norme incriminatrici che tutelano beni giuridici omogenei: tipico è il caso dell'accordo diretto a commettere un furto sfociato, poi, concretamente in una rapina. In tal caso l'evento diverso e non voluto – la rapina – costituisce astrattamente uno sviluppo logicamente prevedibile del reato inizialmente voluto – il furto –. Tuttavia, si deve rilevare che tale prevedibilità, intesa in astratto, non riesce a garantire l'accertamento della sussistenza di un effettivo elemento psicologico del reato diverso; anzi, così facendo, si conferma la natura di responsabilità oggettiva del concorso anomalo, basato soltanto sul nesso di causalità materiale. Tanto più se si considera che la giurisprudenza esclude la responsabilità *ex art.* 116 c.p. solo se il reato più grave si presenti come un evento atipico, dovuto a circostanze eccezionali e del tutto imprevedibili: quando cioè può ravvisarsi una frattura insanabile del nesso psicologico e casuale con l'evento più grave, tanto da poter ritenere quest'ultimo del tutto

¹ FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 523; MANTOVANI, *op. cit.*, 533 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Generale*, VII ed., Milano, 2000, 580; PULITANO', *op. cit.*, 499; ROMANO-GRASSO, *op.cit.*, 218 ss; e la giurisprudenza più recente: Cass. Pen., sez. I, 16 giugno 2010, n. 23212; nonché Cass. Pen., sez. II, 15 gennaio 2009.

indipendente e autonomo rispetto a quello riferibile all'imputato¹.

Per il secondo orientamento – prevedibilità in concreto –, invece, la possibilità di rappresentarsi l'evento diverso si basa su tutte le circostanze del caso concreto e sulle effettive modalità di condotta: tipico è l'esempio della rapina in banca in rapporto all'omicidio della guardia giurata che si oppone al delitto. A tale proposito, autorevole dottrina ritiene che sia necessario individuare, in un primo momento, il concreto piano d'azione dei concorrenti, per poi accertare sulle base di questo, in un secondo momento, se le effettive modalità di svolgimento del fatto lasciassero prevedere la realizzazione di un reato diverso del tipo di quello realizzatosi². Nell'esempio della rapina, quindi, occorre accertare se l'evento diverso dell'omicidio realizzatosi costituisca uno sviluppo logicamente prevedibile di quella particolare rapina, così come organizzata e programmata in concreto.

A sostegno della prevedibilità in concreto si è orientata, come accennato, la prevalente giurisprudenza di legittimità.

Essa, in particolare, ha affermato che “in tema di concorso anomalo, **la prognosi postuma sulla prevedibilità del diverso reato** commesso dal concorrente **va effettuata in concreto**, con riferimento alla personalità dell'imputato e alle circostanze ambientali nelle quali si è svolta”³. Analogamente, si è sostenuto che “sussiste la responsabilità a titolo di concorso anomalo, ex art. 116 c.p., in ordine al reato più grave e diverso da quello voluto qualora vi sia la volontà di partecipare con altri alla realizzazione di un determinato fatto criminoso ed esista un nesso causale

¹ In questo senso, di recente, Cass. Pen., sez. I, 16 giugno 2010, n. 23212.

² FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 515.

³ Cass. Pen., sez. II, 6 marzo 2009 n. 10098.

nonché psicologico tra la condotta del soggetto che ha voluto solo il reato meno grave e l'evento diverso, nel senso che quest'ultimo deve essere oggetto di possibile rappresentazione in quanto logico sviluppo, secondo l'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, di quello concordato, senza peraltro che l'agente abbia effettivamente previsto ed accettato il relativo rischio, poiché in tal caso ricorrerebbe l'ipotesi di concorso ex art. 110 c.p.; inoltre, la prognosi postuma sulla prevedibilità del diverso reato commesso dal concorrente va effettuata in concreto, valutando la personalità dell'imputato e le circostanze ambientali nelle quali si è svolta l'azione"¹.

Tuttavia, nonostante la teoria della prevedibilità in concreto sia quella seguita dalla giurisprudenza attualmente prevalente, essa non è in grado di per sé di eliminare i dubbi di legittimità costituzionale della norma in esame. Anzi, come autorevolmente sostenuto in dottrina, il riferimento alla prevedibilità non vale a definire il profilo soggettivo della fattispecie *de qua* in modo coerente rispetto la disciplina positiva della colpevolezza².

¹ Cass. Pen. sez. V, 9 ottobre 2009, n. 39339; conforme, da ultimo, Cass. Pen., sez. VI, 16 febbraio 2012, n. 6214.

² INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 483; ID., *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 1489 ss.; PANNAIN, *Sull'art. 116 c.p.*, in *Arch. pen.*, 1965, II, p. 439.

3. L'elemento psicologico nell'art. 116 c.p. secondo la ricostruzione dottrina.

All'epoca dell'entrata in vigore del codice Rocco, come già ricordato, la posizione prevalente in dottrina era quella di delimitare sul piano oggettivo l'ambito di applicabilità della norma di cui all'articolo 116 c.p.¹. In un primo momento, dunque, inquadrata come ipotesi di responsabilità oggettiva, si è ritenuto che gli unici limiti all'applicazione della fattispecie del concorso anomalo derivassero dagli articoli 40 e 41 c.p., ovvero dall'intervento, nel corso dell'azione criminosa, di un evento successivo, eccezionale ed atipico, tale da interrompere il nesso causale². Ed una parte della giurisprudenza di legittimità, in alcune sue recenti pronunce, sembra tuttora aderire a tale orientamento. Infatti, la Suprema Corte di Cassazione, negli ultimi anni, a più riprese ha ribadito che << in tema di concorso di persone nel reato, la responsabilità del compartecipe ai sensi dell'articolo 116 c.p. (concorso "anomalo") può essere esclusa soltanto quando il reato diverso e più grave si presenti come un evento atipico, dovuto a circostanze eccezionali e del tutto imprevedibili, non collegato in alcun modo al fatto criminoso su cui si è innestato, oppure si verifichi un rapporto di mera occasionalità idoneo ad escludere il nesso di causalità >>³.

¹ FLICK, *Sui limiti di applicabilità dell'articolo 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, pp. 814 ss.

² Per quanto riguarda l'applicazione della teoria della causalità adeguata, v. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità in diritto penale*, Padova, 1934, pp. 25 ss.; DIOGUARDI, *Osservazioni critiche intorno all'articolo 116 codice penale*, in *Foro it.*, 1951, pp. 65 ss. Per tutte le problematiche attinenti al complesso tema del rapporto di causalità in diritto penale, si veda LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, e ampia bibliografia ivi citata.

³ Cass. Pen., sez. I, 11.5.1994; Cass. Pen., sez. V, 17.12.1991; di recente, Cass. Pen., sez. VI, 12.2.2012, n. 6214: << La configurazione del concorso cosiddetto "anomalo" di cui all'art. 116 cod. pen. è soggetta a due limiti negativi e cioè che l'evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo alternativo od eventuale e che l'evento più grave, concretamente realizzato, non sia conseguenza di fattori eccezionali, sopravvenuti, meramente occasionali e non ricollegabili

Peraltro, l'impostazione dottrinarina più risalente inseriva l'ipotesi prevista dall'articolo 116 c.p. nel più ampio quadro delle diverse figure di responsabilità oggettiva presenti nell'ordinamento giuridico. E precisamente, il concorso anomalo veniva ricondotto, sotto il profilo dogmatico, nella fattispecie della cosiddetta "responsabilità da rischio totalmente illecito", dove il peculiare rigido trattamento sanzionatorio è giustificato dal fatto che << l'affidarsi ad altri per la realizzazione di un proposito criminoso implica la attivarsi di forze che non possono poi essere controllate >>¹.

Tuttavia, ancor prima della ricordata sentenza della Corte Cost., n. 42 del 1965, la dottrina ha cercato di ricostruire un elemento psicologico nella fattispecie dell'art. 116 c.p., negando così la sua natura di responsabilità oggettiva. Originariamente, infatti, non è mancato chi ha accolto la tesi della responsabilità a titolo di dolo. E tale orientamento è stato sostenuto facendo riferimento a diverse argomentazioni. In particolare, si è affermato che il concorrente anomalo viene punito a titolo di dolo per il semplice fatto di aver previsto e voluto la realizzazione di un reato². In

eziologicamente alla condotta criminosa di base. (Nel caso di specie, la Corte ha ritenuto configurabile il concorso anomalo per il mandante di una gambizzazione che non aveva partecipato all'organizzazione dell'agguato, affidata ad altri con piena autonomia nella scelta dei partecipi, dei ruoli e delle armi da utilizzarsi, e che, nella fase esecutiva, per la reazione della vittima ed il conseguente conflitto a fuoco, si era evoluta in un tentativo di omicidio) >>.

¹ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, pp. 38 ss.; ID., *Responsabilità oggettiva*, in *Studi in onore di Vassalli*, I, Milano, 1991, pp. 185 ss.; MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 460 ss.; CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, pp. 119 ss.;

² Secondo GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 109, << Il legislatore delinea l'oggetto del dolo in maniera tale che da esso scompaiono tutte le note che attribuiscono a un dato fatto il requisito della tipicità rispetto ad una determinata figura di reato, ferma restando solo l'esigenza che il fatto previsto e voluto corrisponda sempre ad una fattispecie penale. La correlazione tra rappresentato e reale non è, dunque, eliminata, anche se si basa soltanto su un unico requisito: cioè sulla natura di offesa penalmente rilevante che debbono rappresentare tanto il fatto voluto, quanto il fatto posto in essere >>.

altri termini, il fatto di concorrere consapevolmente alla realizzazione di una fattispecie penalmente rilevante è di per sé sufficiente a giustificare la responsabilità a titolo di dolo del compartecipe, qualunque sia il reato diverso poi effettivamente commesso. In tal modo, quindi, dall'art. 116 c.p. si ricava una particolare nozione di dolo, valida solo per le fattispecie concorsuali¹, dal cui oggetto sono esclusi gli elementi costitutivi che normalmente denotano la tipicità di una fattispecie monosoggettiva²: in sostanza, fermo restando che il fatto originariamente previsto e voluto corrisponda sempre ad una fattispecie penale, mancano la rappresentazione e volizione dell'evento poi realizzatosi in concreto. Con questa interpretazione, però, si introduce nel concorso di persone nel reato una figura di dolo generale³, applicazione del principio del *versari in re illicita*⁴ ed idonea a nascondere una forma di responsabilità oggettiva. E lo stesso può dirsi della teoria secondo la quale nell'art. 116 c.p. sarebbe stabilita una forma di responsabilità a titolo di dolo in quanto nel <<volontario affidarsi del singolo concorrente alla volontà di colui che eseguirà il reato è intrinseco il significato di una preventiva accettazione dell'opera dell'esecutore così come in concreto si verrà atteggiando per il

¹ Per RICCOMAGNO, *Responsabilità ex art. 116 c.p., e scriminanti oggettive e soggettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 859, << L'art. 116 c.p., così interpretato, assurge all'importanza di norma che definisce il contenuto minimo di dolo nella fattispecie concorsuale >>; SORBORA, *Ancora sull'articolo 116 c.p.*, in *Arch. pen.*, 1949, p. 403; in senso parzialmente diverso, DE MATTIA, *La responsabilità qualificata dall'evento dell'articolo 116 c.p.*, in *Giust. pen.*, 1948, II, pp. 541 ss.

² Secondo SERIANNI, *L'art. 116 e la comunicabilità delle circostanze soggettive aggravanti al partecipe che non volle il reato diverso*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1964, p. 518, << il dolo pur restando fermo da un punto di vista di composizione strutturale, presenta un oggetto quantitativamente depauperato rispetto all'ipotesi dell'esecuzione monosoggettiva >>.

³ Su tale concetto e sulle sue implicazioni nella problematica in oggetto vedi, per tutti, GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 109; Id., voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII ed., Milano, 1964, pp. 798 ss. Per alcuni rilievi critici, cfr. FIORE, *Diritto penale, parte generale, cit.*, pp.484 ss.

⁴ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 120 ss.; ROMANO-GRASSO, *op.cit.*, 218 ss.

conseguimento del fine da tutti perseguito >>¹. Infatti, quando si afferma che il concorrente, nel momento in cui si affida alla condotta altrui, astrattamente prevede ed accetta il rischio che l'esecutore materiale realizzi un reato diverso, si richiede una vera e propria forma di dolo indiretto – o eventuale – riconducibile all'art. 110 c.p. e non all'art. 116 c.p.². Sulla base di tali argomentazioni, dunque, non è condivisibile la citata impostazione dottrinarica, secondo cui << nel dolo del partecipe entra necessariamente il calcolo della possibilità che colui che eseguirà in tutto o in parte l'azione collettiva si allontani dai termini precisi dell'accordo, ecceda i limiti del mandato o, più in generale, prenda di sua iniziativa delle decisioni per fronteggiare impreviste difficoltà o nuove situazioni che si vengano a manifestare per la prima volta nel corso della sua realizzazione criminosa: si pensi, ad esempio, al sopraggiungere di un guardiano durante l'operazione di scasso nella cassaforte da parte della>>³. Anche quest'ultimo orientamento, in particolare, sembra celare soltanto un'ipotesi di responsabilità oggettiva, fondata esclusivamente sul rapporto di causalità⁴, in cui l'elemento soggettivo del concorrente anomalo è semplicemente presunto.

Più dettagliatamente, partendo dal presupposto che << l'esistenza dell'articolo 116 non esclude l'applicazione dell'articolo 83 nei confronti di

¹ LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. giur.*, 1991, pp. 584 ss.

² ROMANO-GRASSO, *op.cit.*, 218 ss.; FIORE, *op. cit.*; ZAINI, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, 2006, sub art. 116, 1188.

³ È questa la tesi di LATAGLIATA, *loc. ult. cit.*: l'Autore fa questa argomentazione pur effettuando espressamente una differenziazione tra il dolo di cui all'articolo 116 c.p. ed il dolo eventuale: << in quest'ultimo, infatti, è necessaria la previsione dell'evento; nell'ipotesi di cui all'articolo 116 è sufficiente invece la semplice prevedibilità. Sotto questo aspetto, tra le due forme di dolo intercorre una precisa differenza di struttura psicologica >>; ID. *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 200 ss.

⁴ PAGLIARO, *op. cit.*, pp.118 ss.

colui che commette il reato >>, tale tesi precisa che << se l'evento diverso è cagionato dall'esecutore per errore nei mezzi di esecuzione del reato o per altra causa involontaria, tutti i compartecipi ne rispondono a titolo di mera colpa ai sensi degli artt. 83 e 113, mentre, se l'evento diverso scaturisce dalla consapevole decisione presa dal solo esecutore, anche gli altri concorrenti ne rispondano allo stesso modo che se la decisione fosse stata presa direttamente da loro >>¹. Quest'ultima affermazione, però, porta a confermare che l'interpretazione in parola non fa altro che ricostruire la fattispecie del concorso anomalo in termini di mera responsabilità oggettiva. Infatti, se è vero che gli artt. 83 e 116 c.p. si riferiscono a situazioni diverse per quanto concerne l'atteggiamento psichico dell'agente – in quanto solo nella prima disposizione è indicato l'elemento soggettivo della colpa –, per affermare la sussistenza dell'elemento psicologico del concorrente anomalo certamente non si può presumere che a questi si estenda l'elemento soggettivo concretamente posseduto dall'esecutore materiale. In altri termini, l'inquadramento della fattispecie concreta nell'articolo 116 c.p., piuttosto che nell'articolo 83 c.p., non può dipendere esclusivamente dalla natura – dolosa o colposa – dell'elemento psicologico del concorrente esecutore materiale. Infatti, affermare la responsabilità ex articolo 116 c.p. soltanto perché quest'ultimo ha posto in essere il reato diverso con dolo – e non per colpa – significa sostanzialmente presumere l'elemento psicologico del concorrente anomalo, il quale ne risponderà, dunque, a titolo di

¹ LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. giur.*, 1991, pp. 585 ss.; l'Autore ricorda che << la dottrina tradizionale si sforzava di esprimere proprio questo concetto quando avvertiva che “l'unità dell'azione criminosa concertata ed eseguita dai correi comunica ciascuno di loro anche la imputabilità di quegli altri avvenimenti, che sebbene da alcuni di essi non siano voluti, hanno però una connessione immediata con meditato malefizio”>>

responsabilità oggettiva.

A conclusioni non diverse conduce l'orientamento di quella parte della dottrina secondo cui l'articolo 116 c.p. rappresenta una forma di responsabilità per l'organizzazione criminosa, considerata adeguata alla produzione dell'evento ulteriore e non voluto, dove tale adeguatezza è data dalle modalità concrete dell'accordo e dal fine di quest'ultimo. Tale impostazione, però, parte da presupposti diversi rispetto ai precedenti indirizzi ermeneutici sopra descritti. E precisamente, nel considerare il rapporto fra evento realizzato e singola condotta del concorrente – che non volle quel risultato – come il vero nodo problematico del concorso anomalo, si sostiene che è impossibile ipotizzare un rapporto di causalità naturale fra la condotta del partecipe e l'evento. Infatti, da una parte, si sostiene che « mai il partecipe che non ha voluto l'evento, ne pone l'intero complesso delle condizioni fisiche ». Dall'altra, quale ulteriore argomento a sostegno dell'esclusione del rapporto di causalità naturale – in particolare, del rapporto di condizionalità fisica – tra la condotta del partecipe e l'evento diverso, si sottolinea la natura giuridica dell' « evento » di cui all'articolo 116 c.p.¹ Pertanto, « perché l'articolo 116 sia applicabile è necessario, come requisito minimo, che l'offesa agli interessi socialmente rilevanti, da cui dipende l'esistenza del reato, non si sarebbe verificata in difetto dell'azione od omissione del partecipe », considerate quale « logico condizionamento » dell'evento².

Tuttavia, partendo da queste premesse, l'orientamento in esame precisa che l'azione o l'omissione menzionate all'articolo 116 c.p. assumono

¹ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, pp.95 ss.

² PAGLIARO, *loc. ult.cit.*

rilevanza solo in quanto già inserite nell'insieme di comportamenti finalizzati alla realizzazione dell'illecito programmato, cioè rientranti nell'organizzazione del reato inizialmente voluto da tutti i concorrenti. Di conseguenza, la disposizione dell'articolo 116 c.p. valorizzerebbe non tanto il significato della singola condotta, bensì l'inserimento di quest'ultima nell'insieme dei comportamenti prodromici alla realizzazione del reato diverso da quello voluto e, soprattutto, il nesso che collega quest'ultimo all'organizzazione posta in essere anche dal concorrente c.d. nolente¹.

Secondo questo orientamento, quindi, dovranno essere distinti due giudizi di relazione. In un primo momento, si dovrà accertare la relazione esistente tra la singola condotta di partecipazione e l'organizzazione finalizzata alla realizzazione del reato originariamente voluto da tutti i compartecipi; in un secondo momento, invece, si dovrà analizzare la relazione esistente tra tale organizzazione, posta in essere dai tutti i concorrenti, e l'evento diverso poi concretamente realizzato da uno (o più) di essi. In questi termini, dunque, al concorrente anomalo verrà attribuita la responsabilità del reato diverso da quello voluto, quale conseguenza della sua azione od omissione, solo quando egli abbia posto in essere una condotta che si sia inserita nella struttura della organizzazione – inizialmente diretta alla realizzazione del reato programmato – da cui poi è derivato in concreto, con adeguatezza causale, l'evento ulteriore².

Così inteso il concorso anomalo, per tale tesi la tipizzazione del

¹ INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 483 ss.

² INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 485.

contributo punibile di cui all'articolo 116 c.p. non divergerebbe sotto il profilo oggettivo dall'articolo 110 c.p.

In particolare, secondo questa teoria, anche nel concorso anomalo, così come nell'ipotesi ordinaria di concorso, il termine di riferimento di natura oggettiva sarebbe rappresentato dall'organizzazione¹. In altri termini, quest'orientamento sostiene che l'elemento oggettivo del concorso di persone nel reato, sia nell'art. 110 c.p. che nell'art. 116 c.p., deve essere individuato nel concetto di organizzazione. La differenza sostanziale tra le disposizioni, viceversa, verrebbe rappresentata dall'elemento psicologico, totalmente assente nell'articolo 116 c.p.: in quest'ultima fattispecie, diversamente da quella di cui all'articolo 110 c.p., il concorrente non deve rappresentarsi l'eventualità che un altro compartecipe realizzi un reato diverso. In tal modo, però, punire il concorrente per semplice fatto di aver partecipato all'organizzazione criminosa significa applicare una sanzione "a priori", come una vera e propria responsabilità di "posizione"². Conseguentemente, in tal senso interpretata e data l'assenza dell'elemento psicologico, la disposizione dell'art. 116 c.p. viene ricondotta nell'alveo delle forme di responsabilità oggettiva anche da questa parte della dottrina³.

Peraltro, sempre in merito a quest'ultima impostazione interpretativa, non si può non ricordare un'ulteriore particolare conseguenza che da essa discende. Specificamente, si deve sottolineare come per quest'orientamento nell'art. 116 c.p. si configura un'ipotesi derogatoria

¹ INSOLERA, *loc.ult.cit.*

² In questo senso, DI PAOLO, *La prevedibilità dell'evento diverso nell'art. 116 c.p. Cenni critici*, in *Arch. pen.*, 1973, pp. 290 ss.

³ INSOLERA, *loc.ult.cit.*

alla disciplina del precedente art. 115 c.p. Questo perché, se di regola, ai sensi dell'art. 115 c.p., le condotte dell'accordo e dell'istigazione (quali forme del concorso morale) non sono di per sé penalmente rilevanti se non si verifica la realizzazione dell'evento verso le quali sono indirizzate – salvo i casi espressamente previsti dalla legge –, le stesse condotte, viceversa, assumono un'autonoma rilevanza penale, proprio ex art. 116 c.p., quando uno dei concorrenti realizzi un reato diverso da quello originariamente voluto.

A titolo esemplificativo, seguendo questo orientamento, si potrebbe sostenere che l'accordo o l'istigazione finalizzate alla realizzazione di un furto non commesso, come tali normalmente irrilevanti, potrebbero diventare penalmente rilevanti in un successivo momento in cui uno dei concorrenti realizzi in concreto una rapina, cioè un reato diverso da quello oggetto dell'originario accordo o dell'istigazione. Secondo quanto affermato da tale dottrina << con l'articolo 116 c.p. si punisce infatti l'organizzazione finalizzata alla commissione di un reato, anche qualora da essa scaturisca un illecito diverso da quello oggetto della volizione e rappresentazione da parte dei compartecipi. Il cennato aspetto derogatorio nei confronti dell'articolo 115, si coglie appieno riflettendo sull'incompletezza del paradigma nel reato sotto il profilo soggettivo. Quest'ultimo comprende infatti solo il momento dell'organizzazione, o meglio del contributo ad esso fornito. Il fatto penalmente irrilevante, ovvero valutabile esclusivamente sul piano della pericolosità soggettiva, diviene tuttavia illecito quando ad esso consegua un evento configurabile

come reato >>¹.

Da tali argomentazioni, infine, l'impostazione in esame fa discendere un'ulteriore importante conseguenza, anch'essa derogatoria rispetto all'art. 115 c.p. Difatti, ritenendo che con il concorso anomalo si punisca la mera organizzazione criminosa – posta in essere per il reato voluto –, si sostiene che nell'art. 116 c.p. si configuri << un'ipotesi di punibilità del tentativo di concorso, condizionata alla realizzazione dell'illecito che sia causalmente derivato dal combinarsi delle forze predisposte alla realizzazione del reato voluto da tutti i compartecipi >>². Così facendo, però, si anticipa estremamente l'area del penalmente rilevante nell'ambito delle condotte concorsuali, perché, come ampiamente rilevato sopra, è ormai pacifico che nel nostro ordinamento non è ammissibile un mero tentativo di concorso di persone nel reato, bensì soltanto un concorso di persone in un delitto quanto meno tentato.

Un ultimo orientamento dottrinario, infine, è quello che ritiene sussistente l'elemento psicologico della colpa all'interno del concorso anomalo. In questa prospettiva, le problematiche da risolvere sono, da un lato, l'ammissibilità della responsabilità colposa all'interno di un contesto già illecito, dall'altro, la possibilità di individuare in concreto le regole di condotta a contenuto cautelare cui l'agente si dovrebbe uniformare. Tuttavia, mentre ormai in dottrina vi è ampio consenso nel ritenere ammissibile una responsabilità colposa anche all'interno di un contesto già illecito³, i problemi maggiormente rilevanti emergono in merito alla

¹ INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, p. 485.

² INSOLERA, *loc.ult.cit.*

³ MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale*, II ed., Milano, 1999, p. 316 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996, pp. 346 ss.; in senso critico v., per tutti, PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in

configurabilità o meno, in tale contesto, delle specifiche regole cautelari quali doveri oggettivi di diligenza del soggetto agente¹.

Specificamente, tale indirizzo è strettamente collegato all'interpretazione che è stata data all'articolo 116 c.p. dalla giurisprudenza di legittimità e che successivamente è stata recepita anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale con la sentenza n. 42 del 1965.

Infatti, con questa sentenza adeguatrice della Consulta – che, come già detto, ha salvato la costituzionalità del concorso anomalo – si introduce nell'art. 116 c.p. l'elemento della “prevedibilità”, classico presupposto dell'imputazione soggettiva a titolo di colpa. Tuttavia, come afferma autorevole dottrina², nonostante sembri configurarsi una sostanziale ipotesi di responsabilità colposa – soprattutto se la prevedibilità viene considerata in concreto, come ormai è sostenuto dalla giurisprudenza prevalentemente –, si tratta in realtà di una colpa *sui generis*, perché manca un suo elemento caratterizzante: infatti, per affermare la responsabilità *ex art. 116 c.p.*, non si richiede la violazione di una regola oggettiva di diligenza, in particolare della regola prudenziale diretta ad evitare quel determinato fatto come concretamente realizzato, che invece è elemento tipico della responsabilità colposa. In altri termini, ai sensi dell'art. 116 c.p., il concorrente anomalo risponde di un fatto da lui non voluto come nel caso della responsabilità per colpa, ma a differenza di quest'ultima il fatto non viene realizzato in violazione di una regola precauzionale, quale dovere obiettivo di diligenza.

Stile (a cura di), *Responsabilità obiettiva e principio di colpevolezza*, Napoli, 1989, pp. 11 ss.

¹ In senso contrario, CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, pp. 132 ss.; DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996, pp. 375 ss.

² MUSCO, in CRESPI – FORTI – ZUCCALA' (a cura di), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008, *sub art. 116*, 433; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 523; PADOVANI, *op. cit.*, 295.

A questa osservazione una parte della dottrina¹ replica affermando che la violazione del dovere obiettivo di diligenza sarebbe rappresentato dall'imprudenza di essersi affidato, per la realizzazione del proposito criminoso, alla condotta altrui, come tale non controllabile finalisticamente. Accogliendo tale approccio interpretativo, anche la giurisprudenza in passato ha affermato che << nell'ipotesi di concorso anomalo nel reato delineato dall'art. 116 c.p. il correo che ha voluto il reato meno grave risponde di quello effettivamente commesso sulla base di un atteggiamento psichico colposo, consistente nell'inosservanza delle regole di prudenza per essersi affidato all'altrui condotta per realizzare il proposito criminoso concordato. Si realizza, così, l'innesto della colpa sull'originario elemento doloso concernente l'illecito concordato. Il concorso anomalo resta escluso quando il reato commesso costituisce un evento atipico, insorto in virtù di circostanze eccezionali ed imprevedibili >>².

Questa tesi, però, non è condivisibile. In tal modo, infatti, si crea soltanto una presunzione assoluta di colpa in capo ad ogni compartecipe³ che concorre con altri alla realizzazione di un reato, anche se poi in concreto viene commesso un reato diverso e non voluto. Ed allo stesso modo non è condivisibile quell'orientamento secondo cui nell'articolo 116 c.p., trattandosi di un contesto già illecito, prevale << una dimensione eminentemente psicologica della colpa... come prevedibilità, piuttosto che come inosservanza di norme specifiche >>⁴. Con queste argomentazioni,

¹ MANTOVANI, *op. cit.*, 533 ss.

² In questo senso, Cass. Pen., sez. I, 23 settembre 1992, Ranucci, in *Cass. Pen.*, 1994, pp. 1516 ss.

³ STOCCO, *Alla ricerca di una dimensione costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 1990, 36.

⁴ Così testualmente, DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996, p. 375 s.; conforme, GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita*

in sostanza, si finisce per eliminare del tutto l'aspetto normativo caratterizzante la misura oggettiva della responsabilità a titolo di colpa¹, cioè la violazione della specifica regola cautelare, creando così una nuova forma di imputazione soggettiva del reato, del tutto estranea a quelle descritte dall'articolo 43 c.p.

In ogni caso, seppure si volesse accogliere la tesi della responsabilità a titolo di colpa, è evidente che saremmo di fronte ad una palese violazione del principio generale dettato dall'art. 42, comma 2, c.p. Quest'ultima disposizione, infatti, stabilisce che si può essere puniti a titolo di colpa solo se il reato è espressamente previsto dalla legge come colposo, cosa che invece non accade nell'art. 116 c.p.

Di conseguenza, resta l'anomalia della responsabilità racchiusa nella norma in commento. Da un lato, perché non c'è una concreta violazione di un regola obiettiva di diligenza, a meno che non si voglia accogliere la tesi della presunzione di colpa; dall'altro, perché non è espressamente prevista dalla norma la punibilità a titolo di colpa del concorrente anomalo.

Peraltro, una responsabilità apparentemente colposa, data la prevedibilità in concreto dell'evento diverso, viene punita a titolo di dolo, con evidente sproporzione della pena rispetto al grado di colpevolezza.

Da queste semplici constatazioni sembra evidente, come più volte accennato, che il problema della compatibilità dell'art. 116 c.p. con il principio della personalità della responsabilità penale – di cui all'art. 27,

e principio di colpevolezza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1194 ss.

¹ Per la necessità di una duplice misura della colpa, oggettiva e soggettiva, si veda: FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., Torino, 2008; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2002.

comma 1, Cost. – è tutt'altro che risolto.

Di questo, però, ci occuperemo tra breve. Ora si può solo anticipare che, se la colpevolezza è il limite normativo oltre il quale non può andare la sanzione penale, l'applicare una pena a titolo di dolo per un fatto strutturalmente colposo rappresenta una violazione del su menzionato principio. Inoltre, si applicherebbe una sanzione – prevista per il reato doloso – sproporzionata rispetto all'elemento psicologico – colposo – effettivamente posseduto dal concorrente che non volle il reato diverso. Vi sarebbe, in altri termini, una sproporzione tra il fatto strutturalmente colposo e la sanzione – prevista per il reato doloso – concretamente applicata. Pertanto, si potrebbe configurare una violazione dell'art. 116 c.p., oltre che con il principio della personalità della responsabilità penale, anche con i principi di ragionevolezza e di proporzione della sanzione penale, desumibili sia dall'art. 27, commi 1 e 3, che dall'art. 3, Cost¹.

¹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pp. 141 ss.

4. I requisiti strutturali della fattispecie del concorso anomalo secondo l'evoluzione giurisprudenziale.

Come si è visto nei precedenti paragrafi, l'evoluzione giurisprudenziale sul concorso anomalo è stata determinante per dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 116 c.p., soprattutto attraverso l'introduzione del concetto della prevedibilità del reato diverso da quello voluto. Tuttavia, la giurisprudenza ha svolto un ruolo particolarmente importante anche per l'individuazione degli altri requisiti strutturali che devono ricorrere in concreto perché possa parlarsi effettivamente di una fattispecie di concorso anomalo *ex art. 116 c.p.*

In questa sede, quindi, per completezza espositiva, non si possono non richiamare i più recenti orientamenti giurisprudenziali sul punto.

E precisamente, si deve rilevare che la giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare la sussistenza di tre requisiti strutturali per la configurabilità della responsabilità *ex art. 116 c.p.*: a) l'adesione dell'agente a un reato concorsualmente voluto; b) la commissione, da parte di altro concorrente, di un reato diverso o più grave; c) e l'esistenza di un nesso causale, anche psicologico, fra l'azione del compartecipe al reato inizialmente voluto e il diverso o più grave reato poi commesso da altro concorrente, che deve essere prevedibile, in quanto logico sviluppo di quello concordato¹.

In primo luogo, dunque, occorre che tra il compartecipe e l'esecutore materiale del reato diverso vi sia una situazione di concorso: in altri termini, necessita la consapevolezza di concorrere con altri alla

¹ Cass. Pen. sez. I, 10 gennaio 2006, n. 8837; Cass. Pen., sez. II, 4 novembre 2005, n. 744; Cass. Pen., sez. I, 25 maggio 1996, n. 5188; Cass. Pen., sez. I, 15 maggio 1996, n. 4894.

realizzazione di un reato. Pertanto, la responsabilità *ex art. 116 c.p.* si deve escludere, da un lato, quando il concorrente versa in una situazione di errore sul fatto *ex art. 47, comma 1, c.p.*, dall'altro, quando lo stesso concorrente suppone erroneamente esistente una causa di giustificazione *ex art. 59, comma 4. c.p.*

In secondo luogo, poi, il reato concretamente realizzato – e voluto con dolo – solo dall'esecutore materiale deve essere diverso da quello originariamente voluto dal compartecipe. Infatti, come più volte ribadito, se quest'ultimo ha voluto il reato diverso o più grave, sotto il profilo del dolo sia diretto che eventuale, ne risponde a titolo di concorso ordinario *ex art. 110 c.p.* e non *ex art. 116 c.p.* In altre parole, l'evento diverso da quello voluto dal compartecipe non deve essere stato da questi previsto, né tanto meno accettato quale possibile conseguenza della sua azione od omissione¹. Pertanto, in caso di effettiva previsione dell'evento diverso e di accettazione del rischio del suo avveramento, non potrà parlarsi di concorso anomalo, ma di piena responsabilità concorsuale *ex art. 110 c.p.*,

¹ Per quanto riguarda il limite della volontà del reato diverso, in particolare, le Sezioni Unite della Cassazione hanno sostenuto che « l'espressa adesione del concorrente a un'impresa criminosa, consistente nella produzione di un evento gravemente lesivo 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. Ne consegue che ricorre un'ipotesi di concorso ordinario a norma dell'art. 110 c.p. e non quella di concorso cosiddetto anomalo, ai sensi del successivo art. 116, nell'aggressione consumata con uso di tali armi in relazione all'effettivo verificarsi di qualsiasi evento lesivo del bene della vita e dell'incolumità individuale, oggetto dei già preventivati e prevedibili sviluppi, quantunque concretamente riconducibile alla scelta esecutiva dello sparatore sulla base di una valutazione della contingente situazione di fatto, la quale rientri comunque nel novero di quelle già astrattamente prefigurate in sede di accordo criminoso come suscettibili di dar luogo alla produzione dell'evento dannoso» (Cass. Pen., S.U. 18 dicembre 2008, n. 337; in senso conforme: Cass. Pen. sez. II, 18 maggio 2009, n. 20885). Allo stesso modo è stato ritenuto che « la partecipazione all'accordo per commettere una rapina utilizzando un'arma da fuoco comporta la responsabilità, a titolo di concorso ordinario e non anomalo, anche per l'omicidio commesso nel corso della sua esecuzione dal complice che ha in concreto cagionato la morte del rapinato » (Cass. Pen., sez. VI, 14 maggio 2010, n. 18489; conforme Cass. Pen. sez. I 13 gennaio 20120, n.18489).

anche nella forma del dolo eventuale¹. Per questi motivi, secondo l'interpretazione consolidata della Suprema Corte di cassazione, << la responsabilità del compartecipe per il fatto più grave rispetto a quello concordato, materialmente commesso da un altro concorrente, integra il concorso ordinario *ex art. 110 c.p.*, se il compartecipe ha previsto e accettato il rischio di commissione del delitto diverso e più grave, mentre configura il concorso anomalo *ex art. 116 c.p.*, nel caso in cui l'agente, pur non avendo in concreto previsto il fatto più grave, avrebbe potuto rappresentarselo come sviluppo logicamente prevedibile dell'azione convenuta facendo uso, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto, della dovuta diligenza >>². Sullo stesso argomento, poi, la stessa giurisprudenza di legittimità è ormai costante nell'affermare che << in tema di concorso di persone nel reato, la configurazione del concorso cd. "anomalo" di cui all'*art. 116 c.p.*, è soggetta a due limiti negativi: a) l'accertamento che l'evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo indiretto (indeterminato, alternativo od eventuale) e, dunque, che il reato più grave non sia stato già considerato come possibile conseguenza ulteriore o diversa della condotta criminosa concordata; b) l'accertamento della non atipicità dell'evento diverso, o più grave, rispetto a quello concordato, in modo che l'evento realizzato non sia conseguenza di circostanze eccezionali, imprevedibili e non ricollegabili all'azione criminosa, sì da interrompere il nesso di causalità >>³.

¹ Cass. Pen., sez. I, 2 febbraio 2001, n. 4399.

² In tal senso Cass. Pen., sez. I, 15 novembre 2011, n. 4330; Cass. Pen., sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 20667; Cass. Pen., sez. I, 29 gennaio 2008 n. 12954; Cass. Pen., sez. V, 25 ottobre 2006 n. 10995; Cass. Pen., sez. II, 10 novembre 2006 n. 40156; Cass. Pen., sez. VI, 13 gennaio 2005 n. 7388.

³ Cass. Pen., sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 20667; Cass. Pen., sez. II, 10 novembre 2006, n. 40156; Cass.

Tutto ciò premesso, è proprio dall'analisi di quest'ultime argomentazioni che si riesce a capire che neanche l'evoluzione giurisprudenziale sul punto è veramente in grado di delineare con certezza e precisione gli elementi costitutivi del concorso anomalo. Infatti, dal mero accertamento dei suindicati limiti negativi – assenza di dolo eventuale ed assenza dell'atipicità dell'evento diverso – non può derivare un'individuazione puntuale dei requisiti strutturali dell'art. 116 c.p., in particolar modo di quello soggettivo. Specificamente, l'accertamento dell'assenza del dolo eventuale, nonostante sia idoneo ad escludere una responsabilità concorsuale *ex art. 110 c.p.*, certamente non è decisivo per l'individuazione concreta dell'elemento psicologico che deve necessariamente collegare il concorrente anomalo al reato diverso effettivamente commesso. Questo perché escludere la sussistenza del dolo, anche eventuale, non equivale ad indicare in maniera chiara e precisa il contenuto della fattispecie soggettiva del concorso anomalo di cui all'art. 116 c.p.: in altri termini, dire quale elemento psicologico non deve essere posseduto dal concorrente anomalo – quello doloso – non corrisponde a delineare positivamente i confini dell'elemento psicologico che deve invece sussistere perché possa configurarsi il concorso anomalo. Conseguentemente, dato che l'elemento psicologico non è individuato nei suoi contenuti specifici, certamente esso non può essere accertato in concreto, bensì esclusivamente presunto. Peraltro, se non può ricorrere quando sussiste il dolo del concorrente, il concorso anomalo dovrà allora considerarsi configurabile solo in presenza di un atteggiamento

Pen., sez. I, 10 gennaio 2006, n. 8837; Cass. Pen., sez. II, 4 novembre 2005, n. 744; Cass. Pen., sez. I, 19 gennaio 1999 n. 3465.

psicologico colposo di quest'ultimo, considerato che nel nostro sistema penale non è ammessa una forma di responsabilità oggettiva pura. Tuttavia, a parte la mancanza dei requisiti essenziali della colpa, resta il fatto che nella disposizione dell'art. 116 c.p. non è prevista espressamente una simile responsabilità colposa e a questa non può essere equiparata, a nostro sommo avviso, la mera prevedibilità: pertanto, nonostante l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, sembra che siamo ancora di fronte ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva, dove l'elemento psicologico del reato diverso, non meglio individuato, non viene accertato in concreto, ma semplicemente presunto.

Invero, sul punto non si può non ricordare che, per risolvere tale problematica, recentemente la Suprema Corte di Cassazione, tentando di individuare i contenuti positivi dell'atteggiamento psicologico in oggetto, ha iniziato ad affermare che « la componente psichica del concorso anomalo ex art. 116 cod. pen. si colloca in un'**area compresa fra la mancata previsione di uno sviluppo in effetti imprevedibile** (situazione nella quale la responsabilità resta esclusa) **e l'intervenuta rappresentazione dell'eventualità che il diverso evento potesse verificarsi**, anche in termini di mera possibilità o scarsa probabilità (situazione nella quale si realizza un'ordinaria fattispecie concorsuale su base dolosa) »¹. In ogni caso, nonostante quest'ultima interpretazione giurisprudenziale, il problema non sembra essere stato effettivamente risolto. Infatti, nel momento in cui si afferma che l'elemento psicologico del concorso anomalo si interpone tra una

¹ Cass. Pen., sez. I, 23 gennaio 2012, n. 2652.

irrilevante manca previsione di un reato imprevedibile e la rappresentazione dell'eventualità (in termini di probabilità o anche di possibilità) che lo stesso reato si realizzi, ciò corrisponde ad individuare nella mera "prevedibilità" l'atteggiamento psichico rilevante per il concorso anomalo. Come più volte ribadito, però, è proprio tale concetto di prevedibilità che non si intende condividere, in quanto la sua ambiguità ed indeterminatezza sembrano rappresentare, piuttosto che un effettivo elemento psicologico della fattispecie, esclusivamente una presunzione della componente psichica del concorso *ex art. 116 c.p.*

Inoltre, seppur si volesse individuare nella prevedibilità (in concreto) la fattispecie soggettiva del concorso anomalo, il concorrente si troverà a dover rispondere di un fatto reato – da lui non voluto e commesso da altri – il cui elemento psicologico non è stato individuato specificamente, neanche dalla disposizione legislativa in esame, quale forma di imputazione soggettiva, che di conseguenza non è conoscibile in concreto. Ancora, la natura di responsabilità oggettiva del concorso anomalo trova conferma proprio dalla prassi giurisprudenziale sull'accertamento del secondo limite negativo, ovvero l'accertamento della non atipicità dell'evento diverso. La Suprema Corte, infatti, esclude la configurabilità del concorso anomalo solo quando l'evento diverso sia dipeso da fattori eccezionali, imprevedibili e tali da interrompere il nesso di causalità tra la condotta originaria del compartecipe ed il reato ulteriore. In particolare, circa l'accertamento dell'atipicità del reato diverso che esclude il rapporto di causalità, recentemente la giurisprudenza di legittimità ha ribadito che << in tema di concorso anomalo, l'esclusione della responsabilità *ex art.*

116 c.p. postula che il reato più grave si presenti come un evento atipico, dovuto a circostanze eccezionali e del tutto imprevedibili, quando cioè può ravvisarsi una frattura insanabile del nesso psicologico e causale con l'evento più grave tanto da poter ritenere quest'ultimo del tutto indipendente e autonomo rispetto a quello riferibile all'imputato >> ¹.

Così facendo, però, si palesa una erronea sovrapposizione della dimensione oggettiva a quella soggettiva della fattispecie concorsuale in esame. È un'inversione metodologica ritenere insussistente la prevedibilità del reato diverso, quindi l'elemento psicologico di questo, quando ricorra un fattore eccezionale che sia in grado di interrompere il nesso causale; se manca il rapporto di causalità, infatti, manca un elemento essenziale della fattispecie oggettiva e, di conseguenza, non si può passare al successivo accertamento della fattispecie soggettiva.

In altri termini, la valutazione della sussistenza degli elementi della fattispecie oggettiva deve necessariamente precedere quella degli elementi della fattispecie soggettiva del reato; dunque, non si può escludere l'elemento psicologico della fattispecie del concorso anomalo se non quando sia stata già preventivamente accertata l'esistenza del rapporto di causalità. Pertanto, nel momento in cui si ritiene insussistente il nesso eziologico tra la condotta originaria del compartecipe e l'evento ulteriore non si può passare alla successiva analisi dell'elemento psicologico del concorso anomalo, dato che manca a monte un presupposto essenziale – il nesso di causalità – delle fattispecie oggettiva. Tuttavia, affermare l'esclusione della responsabilità *ex art.* 116 c.p.

¹ Cass. Pen., sez. V, 16 giugno 2010, n. 23212; in senso conforme, v. anche altra giurisprudenza di legittimità richiamata alla nota n. 267.

soltanto quando ricorrano circostanze eccezionali ed imprevedibili che siano in grado di interrompere il << nesso psicologico e causale >>, come fa la Cassazione, equivale ad affermare implicitamente che, tranne i casi in cui si accertino realmente queste circostanze, il reato diverso da quello voluto dal concorrente anomalo è sempre prevedibile. In sostanza, ciò significa che, una volta affermata la sussistenza del rapporto di causalità tra condotta ed evento, l'elemento psicologico del concorso anomalo – la prevedibilità – è *in re ipsa*, quindi sempre esistente perché meramente presunto, ma non accertato in concreto. La semplice presunzione dell'elemento psicologico, però, è in evidente contrasto con il moderno diritto penale del fatto e con i principi costituzionali su cui esso si basa. Pertanto, una simile interpretazione giurisprudenziale non può essere condivisa, in quanto non riesce a risolvere i dubbi di compatibilità costituzionale dell'attuale disciplina del concorso anomalo.

5. La compatibilità costituzionale dell'art. 116 c.p.

Come detto sopra, la giustificazione sul piano dogmatico dell'art. 116 c.p. è stata ravvisata nella teoria dell'unitarietà del titolo di responsabilità per tutti i compartecipi. Sulla base di quest'originario orientamento, quindi, non è ammissibile che di uno stesso fatto alcuni concorrenti ne rispondano a titolo di dolo ed altri a titolo di colpa: pertanto, tutti i compartecipi devono rispondere del medesimo fatto allo stesso titolo, o doloso o colposo.

Tuttavia, neanche accogliendo la teoria attualmente dominante, che ammette la possibilità di configurare il concorso colposo nel reato doloso¹, l'art. 116 c.p. sembra essere conforme all'art. 27 Cost.

Infatti, come recentemente affermato dalla Cassazione²-, il concorso colposo nel reato doloso altrui in tanto è ammissibile in quanto quel reato sia punito anche nella sua forma colposa e, nella condotta concreta, siano effettivamente presenti tutti gli elementi della colpa. Di conseguenza, per affermare la responsabilità a titolo di colpa di un fatto doloso commesso da un concorrente, occorre accertare le sussistenze di tutti gli elementi della colpa. E precisamente, oltre la previsione legislativa espressa del reato colposo, bisogna verificare se viene violata una regola cautelare –

¹ Sul punto v. Capitolo II, paragrafo 4.

² La Cassazione, infatti, ha sostenuto che: <<è ammissibile il "concorso colposo" nel delitto doloso sia nel caso di cause colpose indipendenti, che nel caso di cooperazione colposa, **purché**, in entrambi i casi, **il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa** (diversamente sarebbe violato il disposto dell'art. 42, comma 2, c.p.) e nella sua condotta siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa. In particolare, **è necessario che la regola cautelare inosservata sia diretta ad evitare anche il rischio dell'atto doloso del terzo**, risultando dunque quest'ultimo prevedibile per l'agente>>. (Fattispecie nella quale la Corte ha confermato la condanna di un medico psichiatra, il quale, riducendo e poi sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto un paziente ricoverato in una comunità, in modo tale da renderlo inidoneo a contenerne la pericolosità, aveva determinato l'aggravamento della patologia e una recrudescenza della pericolosità, tali da avere provocato la crisi nel corso della quale lo stesso paziente aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori della comunità) (Cass. Pen., sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795).

quale dovere obiettivo di diligenza – che impone d'impedire l'altrui fatto doloso. Solo dopo aver accertato la violazione di tal dovere obiettivo di diligenza si può passare all'analisi della prevedibilità ed evitabilità in concreto del fatto doloso commesso dal concorrente. Tuttavia, anche se da quest'analisi emerge la prevedibilità ed evitabilità in concreto del fatto commesso, il concorrente che non vuole il reato doloso potrà essere punito solo del corrispondente reato colposo di cui ricorrono tutti i requisiti esaminati.

Riportando, ora, tali argomentazioni nell'ambito del concorso anomalo, è evidente che esse non possono giustificare la compatibilità costituzionale dell'art. 116 c.p.

In primo luogo, perché la responsabilità che deriva da tale disposizione si fonda solo sulla “prevedibilità”, seppur in concreto, dell'evento diverso e non voluto, oltre che, ovviamente, sul nesso di causalità materiale. Pertanto, manca la verifica dell'elemento caratterizzante la responsabilità a titolo di colpa, cioè la violazione del dovere obiettivo di diligenza. Tale violazione, peraltro, come già ricordato, non può essere individuata, come invece sostiene una parte della dottrina – pure autorevole –, nell'imprudenza di essersi affidati alla condotta altrui per la realizzazione del proposito criminoso. Così argomentando, infatti, si crea una presunzione assoluta sulla violazione della regola cautelare ogni volta che i concorrenti agiscano inizialmente per commettere un determinato reato e l'esecutore, successivamente, ne commetta in concreto uno diverso. Ciò, in realtà, non è altro che una forma occulta del “*versari in re illicita*”, espressione della responsabilità oggettiva.

In secondo luogo, poi, la prevedibilità in concreto, individuata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità quale elemento psicologico del concorso anomalo, può giustificare un'imputazione soggettiva solo a titolo di colpa, non a titolo di dolo. Invece, ai sensi dell'art. 116 c.p., la responsabilità del fatto diverso non voluto dal concorrente – ma da lui prevedibile – viene punita proprio a titolo di dolo.

Dunque, nonostante la sentenza “adeguatrice” della Consulta – la n. 42 del 1965 – e la successiva giurisprudenza di legittimità, la norma dell'art. 116 c.p. lascia ancora dubbi sulla sua costituzionalità.

Da una parte, potrebbe ritenersi violato il principio di tassatività e determinatezza – corollario del principio di legalità ed alla base della certezza del diritto – di cui all'art. 25, comma 2, Cost.; dall'altra, il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, comma 1, Cost. Infatti, se l'art. 42 c.p. delinea i diversi titoli di imputazione soggettiva del fatto, a nessuno di essi, sulla base della giurisprudenza, può essere pienamente ricondotta la responsabilità ex art.116 c.p. Non si ravvisa la responsabilità dolosa perché, per definizione, nel concorso anomalo il concorrente risponde di un fatto diverso e non voluto. Manca, quindi, sia l'elemento rappresentativo che l'elemento volitivo del dolo. Altrimenti, in presenza di quest'ultimo – pure nella forma del dolo eventuale –, saremmo di fronte ad un'ipotesi di ordinario concorso di persone ex art. 110 c.p. e non ex art. 116 c.p. Tuttavia, non può essere ravvisata nemmeno una vera e propria forma di responsabilità colposa. Ciò perché, a parte la delicata questione della possibilità di individuare in concreto le specifiche regole precauzionali a

cui il concorrente anomalo doveva attenersi – e la cui violazione è determinante per affermare una sua responsabilità colposa –, manca in realtà un'espressa previsione legislativa che punisca quest'ultimo a titolo di colpa. Infatti, nonostante la giurisprudenza abbia introdotto l'elemento della prevedibilità in concreto – tipico della colpa –, la punibilità di un fatto a titolo di colpa necessita sempre, ai sensi dell'art 42, comma 2, c.p., di un'espressa previsione legislativa: quest'ultima, però, è assente nell'art. 116 c.p. Di conseguenza, una volta accertato il nesso di causalità materiale e la prevedibilità dell'evento diverso non voluto – magari più grave –, la disposizione in esame punisce il concorrente anomalo esclusivamente a titolo di dolo.

In sostanza, è evidente che la giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità, ha creato una nuova forma di imputazione soggettiva, in parte colposa – attraverso la prevedibilità – ed in parte dolosa – per quanto riguarda la pena applicata in concreto –, ma in ogni caso diversa da quelle esplicitamente previste dall'art. 42 c.p. Questa creazione giurisprudenziale contrasta, però, da un lato, con il principio di riserva di legge, dall'altro, con quello di tassatività e determinatezza, che non può non riguardare anche l'elemento psicologico del reato.

Orbene, nella disposizione dell'art. 116 c.p. manca una chiara e precisa descrizione dell'elemento psicologico del reato così come individuato dalla giurisprudenza. È evidente, quindi, una violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. E ciò, peraltro, non può essere smentito neanche utilizzando le argomentazioni della richiamata giurisprudenza prevalente. Infatti, anche a voler individuare l'elemento psicologico del

concorso anomalo – di cui all'art. 116 c.p. – nella prevedibilità in concreto dell'evento diverso, essa giustificerebbe solo una responsabilità colposa e non anche dolosa.

L'assenza di una violazione di una peculiare regola oggettiva di diligenza – oltre alla mancanza di una previsione espressa della punibilità a titolo di colpa – consente di affermare che la prevedibilità è solo una formula linguistica per celare un'ulteriore forma di responsabilità oggettiva. Quest'ultima, però, come affermato dalla Corte Costituzionale – con le già ricordate “storiche” sentenze 364 e 1085 del 1988 –, è totalmente incompatibile con il principio della personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27, commi 1 e 3, Cost.

Come ricordato, secondo la Consulta, per il rispetto di tale principio, gli “elementi più significativi della fattispecie” devono essere soggettivamente collegati all'agente quanto meno dall'elemento psicologico della colpa. E nel concorso anomalo il reato diverso – e magari più grave – certamente rappresenta uno degli elementi più significativi della fattispecie che deve essere coperto almeno dalla colpa. Come abbiamo osservato più volte, però, nell'art. 116 mancano gli elementi fondanti la responsabilità colposa: l'espressa previsione legislativa e la violazione della regola cautelare diretta ad evitare quell'evento realizzatosi in concreto. È evidente, quindi, che siamo di fronte ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva in senso stretto.

6. L'art. 116 c.p. e la funzione rieducativa della pena.

Ciò detto, dunque, in assenza dell'elemento psicologico – doloso o colposo – dovrebbe negarsi, in capo al concorrente anomalo, la configurabilità stessa del fatto tipico del reato diverso, in quanto manca la sua fattispecie soggettiva. In merito, infatti, dobbiamo aderire a quell'autorevole dottrina secondo la quale nell'art. 27, comma 1, Cost. sarebbe indicato – piuttosto che il mero principio di colpevolezza – il più ampio principio della responsabilità per fatto proprio, dove la “proprietà” del fatto è data dall'attribuibilità fisica e psicologica del fatto stesso, che costituiscono elementi qualificanti il fatto tipico. Pertanto, in assenza di un elemento psicologico, l'imputazione di responsabilità a titolo oggettivo si risolve prima di tutto in un'imputazione di responsabilità per un fatto non tipico¹.

L'art. 116 c.p., quindi, quale mera forma di responsabilità oggettiva, sarebbe in palese contrasto con un “diritto penale del fatto” costituzionalmente orientato, perché in violazione del principio di colpevolezza, ma ancor prima del il principio di tipicità. In particolare, la norma sarebbe contraria al combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 27 Cost., che sancisce il principio della personalità della responsabilità penale nonché quello della funzione rieducativa della pena. Infatti, solo in riferimento ad un fatto che effettivamente appartiene ad un soggetto – cioè un fatto “proprio”, sia dal punto di vista materiale che psichico – ha senso iniziare un'azione di risocializzazione o di non ulteriore desocializzazione².

¹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pp. 143 ss.

² MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli

Peraltro, a voler tutto concedere, anche il considerare la “prevedibilità” quale indice di “causalità psichica” – come fa la Consulta, seguita dalla giurisprudenza di legittimità –, introducendo così un presunto elemento psicologico del reato, non consente di superare il contrasto della norma in esame con la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost.: né per quanto riguarda la funzione specialpreventiva, né per quella generalpreventiva. Questo perché, com'è noto, l'art. 116 c.p. applica una sanzione a titolo di dolo ad un concorrente il cui contegno, attraverso la prevedibilità dell'evento diverso, potrebbe essere ricondotto – non senza forzature, come abbiamo visto – semmai alla colpa.

Ma come può essere rieducato un soggetto che si vede applicata una pena a titolo di dolo per un fatto strutturalmente colposo? Se il giudizio di colpevolezza, inteso in senso normativo, ha ad oggetto il dolo e la colpa, certamente la pena che da esso ne scaturisce non può essere superiore all'elemento psicologico effettivamente posseduto dall'agente. Tuttavia, è proprio questo limite dell'elemento psicologico che non viene rispettato nella disciplina dell'art. 116 c.p., per la quale il concorrente anomalo è punito sempre a titolo di dolo.

A tal proposito, quindi, anche a voler negare la responsabilità oggettiva, non si può dubitare che la sanzione applicata per il concorso anomalo è effettivamente sproporzionata rispetto all'elemento psicologico del fatto. Di conseguenza, la sanzione non è considerata “giusta” dal concorrente anomalo e, perciò, perde la sua funzione specialpreventiva di tipo positivo, diretta alla risocializzazione del condannato: quest'ultimo,

1992, pp. 141 ss.

difatti, non deve essere rieducato per un reato doloso, che in realtà non ha commesso e non ha voluto. Ma allo stesso tempo la sanzione non può essere considerata "giusta" neanche dalla collettività, perdendo così – la sanzione – la sua funzione generalpreventiva di tipo positivo, intesa quale orientamento culturale della generalità dei consociati. Infatti, non può certo aggregare consensi una norma, quale quella dell'art. 116 c.p., che applica la stessa pena sia all'esecutore materiale del reato doloso che al concorrente anomalo che non vuole realizzare quest'ultimo.

E a ciò non si può obiettare facendo riferimento alla circostanza attenuante obbligatoria di cui all'art. 116, comma 2, c.p., prevista per il concorrente anomalo che volle il reato meno grave. Il reato diverso concretamente posto in essere dall'esecutore materiale, infatti, può essere indifferentemente più grave o meno grave di quello originariamente voluto da tutti i concorrenti. Però, per l'ipotesi in cui il reato diverso sia più grave di quello concordato, il capoverso dell'art. 116 c.p. espressamente dispone una diminuzione di pena "per chi volle il reato meno grave". Questa diminuzione di pena rappresenta una circostanza attenuante obbligatoria, nel senso che è sottratta alla discrezionalità del giudice – contrariamente a quanto accade per le circostanze attenuanti di cui all'art. 114 c.p.– il quale, invece, deve diminuire obbligatoriamente la pena ogni volta in cui ne ricorrano i presupposti. Tuttavia, anche questa circostanza, in quanto tale, può essere facilmente eliminata in concreto nella determinazione della pena, attraverso i giudizi di prevalenza o di equivalenza tra circostanze, ai sensi dell'art. 69 c.p.

A tale proposito, la Cassazione ha affermato che << la diminuzione

obbligatoria della pena prevista dall'art. 116, cpv., c.p. per chi volle il reato meno grave configura una vera e propria circostanza attenuante, che come tale è soggetta alla disciplina generale delle circostanze, compreso il necessario giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 c.p. >>¹.

Pertanto, come già anticipato, l'art. 116 c.p. sembrerebbe in contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzione della sanzione al fatto, desumibili, oltre che dall'art. 27, commi 1 e 3, Cost., anche dall'art. 3 Cost. Al riguardo, occorre ricordare che, come affermato più volte dalla Consulta, una norma è irragionevole non solo quando tratta in modo diverso casi uguali, ma anche quando tratta in modo uguale casi diversi. Orbene, il contegno tenuto dall'esecutore materiale, che realizza un reato doloso diverso da quello programmato, è certamente differente da quello tenuto dal concorrente anomalo; l'art. 116 c.p., però, prevede per entrambi i concorrenti la stessa sanzione dolosa e per questo sembra essere del tutto irragionevole. Per di più, la sproporzione della pena rispetto all'elemento psicologico inevitabilmente "strumentalizza" il concorrente anomalo per fini esclusivamente repressivo-deterrenti. Tuttavia, come sostiene anche la Consulta, questa strumentalizzazione della persona umana non è ammissibile nel nostro ordinamento costituzionale, perché contraria alla funzione rieducativa della pena di cui all'art. 27, comma 3, Cost.

Per tutti questi motivi, in definitiva, aderiamo all'opinione di quell'autorevole dottrina secondo cui nell'art. 116 c.p. è tuttora presente un vero e proprio "irragionevole paradosso" giuridico – in base al quale il

¹ Cass. Pen., sez. I, 5 dicembre 1990, n. 6247.

soggetto che non voleva il reato diverso risponderà di quest'ultimo a titolo di dolo- che potrà essere superato solo da un'attenta riforma legislativa¹.

¹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pp. 152 ss.

7. Prospettive di riforma.

È evidente, da tutto quanto detto sopra, che deve essere recuperata una dimensione costituzionale dell'art. 116 c.p. Tuttavia, nonostante gli sforzi giurisprudenziali, ciò può essere effettuato solo attraverso una puntuale riforma legislativa e, in effetti, proprio in tale direzione si sono mossi tutti i più recenti progetti di riforma del codice penale. Ad essi, quindi, pare opportuno fare riferimento in questa sede.

Tali progetti, infatti, hanno cercato di eliminare – chi in un modo chi in un altro – l'intrinseca natura di responsabilità oggettiva della fattispecie dell'art. 116 c.p., introducendo in essa un chiaro elemento psicologico.

In primo luogo, sembra opportuno ricordare l'art. 29 dello Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, redatto nel 1991 dalla Commissione Pagliaro.

Il testo così dispone: (Agevolazione colposa del reato diverso da quello voluto) << 1. Se è commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, prevedere che questi risponda di agevolazione colposa di quel reato, qualora con il suo contributo ne abbia per colpa agevolato la commissione. Comminare la pena stabilita per il reato commesso, diminuita da un terzo alla metà. 2. Se il reato commesso ricomprende in sé il reato voluto dal concorrente, prevedere la responsabilità di questi per il reato voluto, con congruo aumento di pena ove la realizzazione del reato più grave sia stata da lui concretamente prevedibile. La pena non può essere inferiore a quella prevista nel comma precedente. 3. Qualora sia commesso, oltre al reato voluto o a quello indicato nel numero precedente, anche un reato diverso, applicare la regola di cui al primo

comma >>¹.

A parte la previsione nel comma 2 della prevedibilità in concreto del reato più grave, che sembra accogliere gli orientamenti giurisprudenziali dominanti, il problema è ancora una volta quello della natura della responsabilità del concorrente. In particolare, punire il concorrente di “agevolazione colposa” non risolve il dubbio sulla natura di tale agevolazione: siamo di fronte ad una reale ipotesi di colpa o soltanto ad una mera presunzione?

Dalla Relazione allegata allo schema di delega legislativa sembra chiaro che i redattori dello stesso abbiano inteso inserire una presunzione di colpa. La ricordata Relazione, infatti, testualmente sancisce che << la realizzazione di un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti può essere a questo imputata obiettivamente, soltanto se il suo contributo abbia assunto carattere di agevolazione. Soggettivamente, la responsabilità non può essere che di natura colposa (qualora della colpa sussistano gli estremi) >>². Tuttavia, nonostante quest'ultima affermazione – << la responsabilità non può essere che di natura colposa (qualora della colpa sussistano gli estremi) >> –, che non si tratti di una vera ipotesi di responsabilità colposa si evince chiaramente nel momento in cui si sostiene che: << D'altra parte, trattandosi di un soggetto che intendeva pur sempre contribuire alla realizzazione di un reato, e che in questo contesto ha agito con negligenza, imprudenza o imperizia, la responsabilità non deve essere circoscritta alle sole ipotesi di reato

¹ Testo del disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo codice penale parte generale e parte speciale, 25 ottobre 1991, in *www.giustizia.it*, in *Le commissioni di studio degli anni 1988-2008*.

² Relazione allo schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, 25 ottobre 1991, in *www.giustizia.it*, in *Le commissioni di studio degli anni 1988-2008*.

colposo espressamente previste dalla legge, ma viene estesa a tutte le fattispecie dell'ordinamento >>¹. Pertanto, la responsabilità del concorrente a titolo di "agevolazione colposa" è in palese deroga al principio generale che richiede l'espressa previsione legislativa della forma colposa del reato concretamente realizzato².

Peraltro, a conferma del fatto che con tale progetto si introduce solo una forma di presunzione di colpa, possono essere richiamate le parole di autorevole dottrina, secondo cui la Commissione: << ha convenuto che l'operare insieme con altri per commettere un reato comporta l'accettazione del rischio particolarmente elevato che qualcuno dei soggetti chiamati a realizzare insieme l'illecito apporti al piano comune una variante non concordata, determinando così l'offesa di altri beni giuridici. E' questo uno dei casi, dunque, in cui non si può dare rilievo al principio di affidamento. Dal punto di vista sostanziale, dunque, il partecipe versa in una colpa particolarmente grave >>³.

Tuttavia, affermare questa preventiva accettazione del rischio elevato che qualcuno dei concorrenti apporti una variante al piano comune, qualificandola a priori come "colpa particolarmente grave", non significa altro che aggirare sostanzialmente la ricerca di un effettivo coefficiente psicologico colposo in merito al reato diverso e più grave. In altri termini,

¹ Relazione *ult. cit.*, in *www.giustizia.it*. Sul punto, v. PAGLIARO, *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Gius. pen.*, II, 1993, p. 185; ID., *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 6; ID., *Il documento della commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1191 ss.

² Non è condivisibile l'opinione di PAGLIARO, *Il reato nel Progetto della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 13, secondo cui << incriminando l'agevolazione colposa di un reato commesso da un altro concorrente, per ciò stesso, con un semplice meccanismo di integrazione tra norme, si creano tante figure di delitti colposi. Viene perciò rispettato il principio che i delitti colposi debbano essere espressamente previsti dalla legge >>.

³ PAGLIARO, *Sullo schema di disegno di legge delega, cit.*, p. 185.

questa scelta sembra essere determinata esclusivamente per evitare le grandi difficoltà probatorie che si incontrerebbero nell'accertamento concreto degli elementi costitutivi della colpa – primo fra tutti, la violazione del dovere obiettivo di diligenza – e che determinerebbero inevitabilmente l'assenza di responsabilità ogniqualvolta manchi la prova effettiva di uno di tali elementi.

Con questo schema di disegno di legge, quindi, è evidente che si voleva aderire all'opinione già sostenuta in precedenza dalla poc'anzi ricordata autorevole dottrina, per la quale << richiedere espressamente la colpa potrebbe determinare gravi difficoltà nell'accertamento della negligenza, imprudenza, imperizia o inosservanza di norme da cui dipende l'evento lesivo. Ciò avrebbe come pratico risultato o una presunzione di colpa tutte le volte che ci si affidi ad altri per la realizzazione di un evento lesivo e sia prevedibile la deviazione rispetto al piano originario; oppure la esclusione della responsabilità ogni qualvolta non sia possibile constatare una particolare negligenza, imprudenza, imperizia o inosservanza di norme: cioè, nella quasi totalità delle ipotesi >>¹.

Tale opzione legislativa, però, non può essere condivisa. Infatti, com'è noto, in un diritto penale costituzionalmente orientato, in cui la pena ha normativamente un funzione rieducativa – ex art. 27, comma 3, Cost. –, la necessità di soddisfare esigenze di tipo esclusivamente processuale non può piegare le garanzie sostanziali previste a tutela della libertà dell'individuo, tra cui certamente rientra la “personalità della responsabilità penale” di cui all'art. 27, comma 1, Cost.

¹ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, p. 171.

In secondo luogo, occorre ora esaminare quanto previsto nel progetto di riforma del codice penale della Commissione Grosso, istituita nel 1998.

Essa, in particolare, ha inizialmente mostrato chiaramente di essere indirizzata a favore dell'abolizione della disciplina dell'art. 116 c.p.¹. Questo perché, come giustamente osservato dalla Commissione, nonostante l'intervento della Consulta, la responsabilità del concorrente per il reato diverso da quello voluto rappresenta ancora una forma di responsabilità anomala², dove per un fatto strutturalmente colposo si è puniti con la sanzione prevista per il delitto doloso.

Tuttavia, in sede di stesura del progetto definitivo di riforma, a seguito della critiche avanzate contro la teoria abolizionista, si è preferito comunque inserire nella parte generale del codice una disposizione che contempli il concorso anomalo dell'attuale art. 116 c.p., ma con una disciplina profondamente innovata. E precisamente, nell'art. 47 del progetto di riforma – poi diventato art. 45 nell'articolato del 26 maggio 2001 – si statuisce che << 1. Se è commesso un reato diverso da quello

¹ Così il testo della Relazione al Progetto preliminare di riforma del codice penale del 12 settembre 2000, in *www.giustizia.it*, in *Le commissioni di studio degli anni 1988-2008*: << Trattando dell'istituto del reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, nel documento di base la Commissione aveva affermato che la disciplina vigente di cui all'art. 116 c.p. Rocco, pur interpretata secondo le indicazioni della sentenza n. 42/65 della Corte Costituzionale, costituisce espressione tipica di responsabilità penale anomala. In questa prospettiva aveva suggerito la eliminazione dell'istituto di parte generale, affidando eventualmente a disposizioni di parte speciale la salvaguardia di specifiche esigenze di tutela penale che dovessero profilarsi in materie quali i delitti contro la persona, la rapina, o altre ipotesi 'nominate'. Se proprio si volesse "mantenere una (sostanzialmente inutile) disciplina di carattere generale, aveva soggiunto, essa non potrebbe che riflettere i principi generali sulla responsabilità soggettiva (ciascuno dei concorrenti risponde nei limiti della sua colpevolezza; se è commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, questi ne risponde quando nel suo comportamento sia ravvisabile la colpa, ed il fatto sia previsto come reato colposo)" >>.

² Relazione *ult. cit.* << Il nuovo progetto, scontata la necessità di eliminare ogni traccia di responsabilità oggettiva, si è peraltro preoccupato di cancellare anche ogni anomalia rispetto all'esigenza che vi sia piena corrispondenza fra forma di colpevolezza e titolo di responsabilità. In questa prospettiva sono stati eliminati, o profondamente modificati, gli istituti nei quali la responsabilità penale si fondava comunque sulla colpevolezza dell'autore, ma a costui, che aveva agito con colpa, veniva applicata la pena prevista per un delitto doloso (esempio tipico, la disciplina di cui al vigente art. 116 c.p. Rocco) >>.

voluto da taluno dei concorrenti, questi ne risponde quando il reato sia a lui imputabile a titolo di colpa, sempre che il fatto sia preveduto dalla legge come reato colposo. 2. Se oltre al reato diverso risulta commesso anche il reato voluto, si applicano le norme sul concorso di reati >>¹.

Invero, come sostenuto dalla stessa Commissione nella Relazione al progetto di riforma, la disposizione citata è << sostanzialmente inutile >>, perché << non fa altro che riflettere quanto sarebbe risultato in ogni caso sulla base della applicazione dei principi generali sulla responsabilità penale >>². Ed è per questo che anche in dottrina si è affermato il carattere meramente pleonastico della norma citata³.

A tale proposito, poi, si deve sottolineare che anche la Commissione Nordio – nominata il 23 novembre 2001 – ha espressamente disciplinato la responsabilità del concorrente che non volle il reato diverso effettivamente commesso da un altro concorrente. Tuttavia, come sottolineato dalla dottrina, sembra che la citata disciplina sia totalmente in contrasto con l'evoluzione giurisprudenziale avutasi negli ultimi anni. Anzi, nell'articolato del progetto Nordio si ravvisa una vera e propria abolizione del concorso anomalo di cui all'attuale art. 116 c.p. Infatti, al punto 4 dell'art. 44 del progetto di riforma, testualmente si prevede che:

¹ Articolato approvato dalla Commissione Grosso, per la riforma del codice penale, nella seduta del 26 maggio 2001, in *www.giustizia.it.*, in *Le commissioni di studio degli anni 1988-2008*.

² Relazione *ult. cit.* << In sede di stesura dell'articolato, dopo ampia discussione, avendo percepito alcune reazioni alla posizione abolizionista della disciplina della responsabilità penale di chi ha voluto un reato diverso da quello realizzato dai concorrenti, la Commissione ha deciso a maggioranza di inserire comunque nel codice una disposizione di parte generale concernente tale situazione. La norma enunciata, conformandosi doverosamente al principio di colpevolezza, non fa tuttavia altro che riflettere quanto sarebbe risultato in ogni caso sulla base della applicazione dei principi generali sulla responsabilità penale >>.

³ CANESTRARI, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 894. Si vedano, altresì, le osservazioni di DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, pp. 339 ss.

<< Al concorrente che non ha voluto il reato complesso realizzato da altro concorrente, si applica la pena prevista per il reato voluto che sia elemento costitutivo del reato complesso >>¹.

Secondo questa previsione, quindi, il concorrente che non vuole il reato diverso in tanto può essere punito in quanto la sua condotta costituisce già un reato doloso, elemento costitutivo del reato complesso realizzato dall'esecutore materiale. Pertanto, se quest'ultimo non realizza un reato complesso, il concorrente che non vuole il reato diverso non può essere punito, neanche a titolo di colpa. Così, a titolo meramente esemplificativo, se il reato voluto è il furto e quello commesso la rapina, il concorrente che non vuole la rapina deve essere punito esclusivamente per il furto voluto. Invece, se il reato voluto è la rapina, ma in concreto si realizza un omicidio, il concorrente non esecutore materiale dell'omicidio non può essere punito affatto².

Infine, occorre ricordare l'ultimo progetto di riforma del codice penale, cioè quello redatto dalla Commissione Pisapia, nominata il 27 luglio 2006. Questa Commissione, individuando esplicitamente nel concorso anomalo una chiara ipotesi di responsabilità oggettiva, ha accolto definitivamente la tesi abolizionista dell'attuale disciplina. Infatti, nell'art. 20 del citato progetto di riforma, che disciplina il concorso di persone nel reato, manca totalmente una disposizione analoga a quella dell'attuale art. 116 c.p. Anzi, alla lettera e) del menzionato art. 20, si statuisce espressamente che

¹ Il testo di riforma è in PAGLIARO, *Il reato nel Progetto della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005, p.13; l'A. è dell'avviso che «Malgrado le contrarie apparenze, si tratta di una totale abrogazione del regime oggi previsto dall'art. 116 c.p., perché allo stesso risultato applicativo si perverrebbe anche se il proposto art. 44 comma 4 non esistesse».

² Così PADOVANI, *Una introduzione al Progetto di parte generale della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, 2850.

<< ciascun concorrente risponda soltanto nei limiti della sua colpevolezza in rapporto al contributo effettivamente prestato >>¹.

In proposito, per comprendere completamente le ragioni che giustificano la tesi abolizionista, merita di essere riportato testualmente un passo della Relazione al progetto di riforma del codice penale del 19 novembre 2007: << La vigente disciplina del concorso di persone lascia configurare forme di responsabilità oggettiva, equiparando contributi radicalmente diversi dal punto di vista dell'elemento psicologico, come avviene nel caso previsto dall'art. 116 c.p. Per questa ragione si è ritenuto di fornire una risposta anche all'esigenza di adeguare il sistema ai principi di colpevolezza e proporzionalità dell'intervento punitivo. Ne è derivata una disposizione per cui ciascun concorrente deve rispondere del reato nei limiti e in proporzione al contributo materiale e psicologico offerto alla realizzazione del fatto >>².

Come emerge chiaramente dagli ultimi progetti di riforma del codice penale sopra analizzati, in particolare dai progetti Grosso, Nordio e Pisapia, la disciplina dell'attuale articolo 116 c.p. è una chiara ipotesi di responsabilità oggettiva e come tale non è più compatibile con i principi costituzionali di colpevolezza e di proporzionalità della sanzione al fatto. Pertanto, per garantire una reale compatibilità con tali principi, la disciplina del concorso anomalo di cui all'art. 116 c.p. deve essere eliminata, o quanto meno sostanzialmente riformata. Ed in ogni caso,

¹ Così il testo della Proposta di articolato dello *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale*, approvato dalla Commissione Pisapia il 27 luglio 2006, in www.giustizia.it, in *Le commissioni di studio degli anni 1988-2008*.

² Relazione della Commissione Pisapia al progetto di riforma del codice penale, del 19 novembre 2007, in www.giustizia.it, in *Le commissioni di studio degli anni 1988-2008*.

dunque, seppure si volesse mantenere una disposizione autonoma che disciplini tale ipotesi di concorso, essa non potrà andare oltre i principi generali della responsabilità penale, per i quali il concorrente risponderà del diverso reato da quello voluto solo se a lui imputabile a titolo di colpa, sempre che il medesimo fatto sia previsto espressamente dalla legge come reato colposo.

Solo in tal modo, infatti, si potrà garantire che al concorrente venga applicata una sanzione effettivamente proporzionata al fatto tipico commesso, in relazione sia all'elemento materiale che all'elemento psicologico posseduto in concreto.

Tuttavia, prima di una tale auspicata riforma del codice penale, allo stato ancora lettera morta, nel nostro ordinamento resta tuttora in vigore l'art. 116 c.p. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui ricorra in concreto un'ipotesi di concorso anomalo, il giudice si troverà di fronte ad un bivio: affermare la responsabilità oggettiva del concorrente anomalo – data l'assenza dell'accertamento dell'elemento psicologico – ed applicare comunque una sanzione sproporzionata rispetto al fatto, oppure sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 116 c.p. In realtà, all'interno del diritto penale costituzionalmente orientato, la scelta sembra essere obbligata verso la questione di legittimità costituzionale.

Come evidenziato più volte, infatti, la disposizione dell'articolo 116 c.p. appare tuttora in contrasto con gli articoli 3, 25, comma 2, 27, commi 1 e 3, Cost. In estrema sintesi, volendo ricapitolare in sostanza quanto già esposto, si devono fare le seguenti osservazioni.

Il concorrente anomalo risponde di un reato diverso e non voluto, seppur

prevedibile, sulla base del mero nesso di causalità materiale: si afferma così la sua responsabilità oggettiva per un fatto che non gli appartiene soggettivamente, in chiaro contrasto con il principio della personalità della responsabilità penale di cui all'articolo 27, comma 1, Cost.

Inoltre, anche a voler ritenere integrato l'elemento psicologico della fattispecie nella "prevedibilità" del reato diverso, quest'ultima potrà giustificare soltanto un'imputazione soggettiva a titolo colposo, che in realtà è totalmente assente nell'articolo 116 c.p.: di conseguenza, rilevata la mancanza dell'espressa previsione legislativa dell'elemento psicologico colposo, è evidente il contrasto con il principio di legalità di cui all'articolo 25, comma 2, Cost., in particolare con il corollario della tassatività e determinatezza della fattispecie, che non può non riguardare anche gli elementi soggettivi di quest'ultima.

Infine, poi, applicare una sanzione prevista per il reato doloso ad una fattispecie strutturalmente colposa – ma non prevista espressamente come tale dalla legge, quindi in violazione dei richiamati articoli 27, comma 1, e 25, comma 2, Cost. – certamente non consente di garantire la funzione rieducativa della pena, di cui all'articolo 27, comma 3, Cost., e la proporzionalità della stessa al fatto. In primo luogo, perché il concorrente anomalo non merita di essere rieducato rispetto ad un reato colposo in concreto non conoscibile, che la legge non prevede espressamente. In secondo luogo, perché tale funzione politico criminale della pena – quella rieducativa – non può essere garantita da una sanzione che non è proporzionata all'elemento psicologico – colposo – effettivamente posseduto dall'agente, in palese violazione del principio di proporzione

della sanzione al fatto.

Bibliografia

- AA. VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Alfonso Maria STILE, Napoli 1989.
- ALDOVRANDI Paolo, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999.
- ANTOLISEI Francesco, *Il rapporto di causalità in diritto penale*, Padova, 1934, pp. 25 ss.
- ANTOLISEI Francesco, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003.
- ALBEGGIANI Ferdinando, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, p. 194.
- ANGIONI Francesco, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Arc. Pen.*, 1983, pp. 74 ss.
- ARDIZZONE Salvatore, *Responsabilità del partecipe per il reato diver. da quello vol.*, Palermo, 1983.
- BALBI, Giuliano *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, 1995.
- BELLAVISTA, *Appunti sull'art. 116 cod. pen.*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, pp. 180 ss.,
- BELLAVISTA, *Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, in *Riv. pen.*, 1940, pp. 66 ss.
- BERNASCONI Costanza, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di art. 116 c.p.*, in *Ind. pen.*, 1994, pp. 323 ss.
- BETTIOL Giuseppe, *Sul reato proprio. Scritti giuridici*, I, Padova, 1966.
- BOSCARELLI Marco, *Compendio di diritto penale*, Milano, VII. ed., 1991.
- CANESTRARI Stefano, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da*

quello voluto ed il principio di colpevolezza, in *Studium iuris*, 1996, pp. 1399 ss.

CANESTRARI Stefano, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, pp. 894 ss.;

CANESTRARI Stefano, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, pp. 119 ss.

CANESTRARI Stefano, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989.

CANTAGALLI Catia, *L'opera di minima importanza ed il contenuto dell'atto di partecipazione: aporie interpretative nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Cass. Pen.*, 2008, pp. 592 ss.

CASTALDO Andrea, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1119 ss.

CAVALIERE Antonio, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.

CAVALLO, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Napoli 1937.

CERASE Marco, *In tema di concorso anomalo ex art. 116 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 1992, pp. 620 ss.

CIANI Giancarlo, *Brevi considerazioni sulla responsabilità del concorrente per il reato diverso da quello voluto*, in *Cass. Pen.*, 1996, pp. 3648 ss.

CINGARI Francesco, *Sul concorso dell'extraneus nel reato proprio*, in *Ind. Pen.*, 2004, pp. 974 ss.

COGNETTA G., *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 63 ss.

DELL'ANDRO Renato, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.

DE MATTIA, *La responsabilità qualificata dall'evento dell'articolo 116 c.p.*, in

Giust. pen., 1948, II, pp. 541 ss.

DE VERO Giancarlo, *Compartecipazione criminosa e personalità della responsabilità penale*, in *Studium iuris*, 1998, pp. 253 ss.

DIOGUARDI, *Osservazioni critiche intorno all'articolo 116 codice penale*, in *Foro it.*, 1951, pp. 65 ss.

DI PAOLO C., *La prevedibilità dell'evento diverso nell'art. 116 c.p.: cenni critici*, in *Arch. pen.*, 1973, pp. 268 ss.

DOLCINI Emilio, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 863 ss.

DONINI Massimo, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, in DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, pp. 339 ss.

DONINI Massimo, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 185 ss..

DONINI Massimo, *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996.

D'ORIA Gianluca, *Concorso "anomalo" e prospettive metodologiche nell'accertamento dell'elemento soggettivo*, in *Cass. Pen.*, 2003, pp. 2302 ss.

FIANDACA Giovanni-MUSCO Enzo, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007.

FIANDACA Giovanni, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: << prima lettura >> della sentenza n. 364/88*, in *Foro It.*, 1988, I, pp. 1385 ss.

FIORE Carlo e FIORE Stefano, *Diritto penale, Parte generale*, III ed., Torino,

2008.

FLICK Giovanni Maria, *Sui limiti di applicabilità dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it.*, 1964, pp. 812 ss.

GALLO Marcello, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.

GALLO Marcello, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII ed., Milano, 1964, pp. 798 ss.

GIULIANI, *Sul problema giuridico dell'art. 116 c.p.*, in *Scuola pos.*, 1967, pp. 439 ss.

GOLDONI Daniela, *Osservazioni sulla partecipazione al reato diverso da quello voluto nella disciplina del concorso di persone*, in *Cass. Pen.*, 1992, pp. 624 ss.

GROSSO Carlo Federico, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 409 ss.

GUADAGNO, *Appunti sull'art. 116 c.p.*, in *Foro pen.*, 1951, 155 ss.

GUERRINI Roberto, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997.

GULLO Antonio, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1194 ss.

GULLO Antonio, *Reato proprio e partecipazione criminosa*, Messina, 2003.

INSOLERA, *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, pp. 1489ss.

INSOLERA Gaetano, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, pp. 452 ss.

INSOLERA Gaetano, *Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti e*

mutamento del titolo di reato, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, (a cura di) Bricola-Zagrebelsky, II, Torino, 1996, pp. 615 ss.

INSOLERA Gaetano, *Concorso di persone nel reato*, in *DDP*, II, 1988, pp. 497 ss.

INSOLERA Gaetano, *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza, le qualifiche soggettive della condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 449.

INSOLERA Gaetano, *L'art. 116 come modello di responsabilità oggettiva: riflessioni interpretative e proposte di modifica*, in *AA.VV., Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza, cit.*, pp. 455 ss.

LATAGLIATA Angelo Raffaele, *Concorso di persone nel reato (dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, vol. VIII, 1961, pp. 598 ss.

LATAGLIATA Angelo Raffaele, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. giur.*, 1991, pp. 568 ss.

LATAGLIATA Angelo Raffaele, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.

LONGOBARDO Carlo, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011.

MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1992.

MANTOVANI Ferrando, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007.

MANTOVANI Ferrando, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 456 ss.

MANZINI Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, V ed., 1981-1986, pp. 560 ss.

MARINI Giuliano, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, p. 788.

MARINUCCI Giorgio- DOLCINI Emilio, *Corso di diritto penale*, II ed., Milano, 1999.

MARINUCCI Giorgio-DOLCINI Emilio, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2006.

MARTINI Adriano, *Desistenza del concorrente e responsabilità per il reato diverso da quello voluto*, in *Cass. Pen.*, pp. 326 ss.

MIRTO, *La responsabilità oggettiva e l'art. 116 del codice penale*, in *Giust. pen.*, 1935, II, pp. 657 ss.

MOCCIA Sergio, *Il diritto penale tra essere e valore, Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, pp. 141 ss.

MOCCIA Sergio, *Autoria mediata e apparati di poteri organizzati*, in *Arch. pen.*, 1984, pp. 388 ss.

MOCCIA Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997.

MORMANDO Vito, *Interpretazione letterale e interpretazione giurisprudenziale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1991, pp. 323 ss.

MORMANDO Vito, *L'istigazione. Problemi generali della fattispecie e rapporti con il tentativo*, Padova, 1995, pp. 87 ss.

NEPPI MODONA Guido, *Circostanze di esclusione della pena, scriminanti e adulterio non punibile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, pp. 163 ss.

NAPPI Giacomo, *Continuazione e concorso anomalo*, in *Cass. Pen.*, 2011, pp. 1745 ss.

NICOLOSI M., *Tendenze evolutive per la responsabilità ex art. 116 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 1986, pp. 730 ss.;

PADOVANI Tullio, *Diritto penale*, Milano, ed. II, 1993.

- PADOVANI Tullio , *Diritto penale*, Milano, 2002.
- PADOVANI Tullio , *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973.
- PADOVANI Tullio , *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Legisl. pen.* 1988, pp. 449 ss.
- PADOVANI Tullio , *Una introduzione al Progetto di parte generale della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, 2850.
- PAGLIARO Antonio, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1998, pp. 567 ss.
- PAGLIARO, Antonio *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966.
- PAGLIARO Antonio, *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in *Riv. it.*, 1994, pp. 1 ss.
- PAGLIARO Antonio, *Il reato nel Progetto della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005, pp. 13 ss.
- PAGLIARO Antonio, *Sullo schema di disegno di legge delega per un nuovo codice penale*, in *Gius. pen.*, II, 1993, pp. 185 ss.
- PAGLIARO Antonio, *Il documento della commissione Grosso sulla riforma del diritto penale: metodo di lavoro e impostazione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1191 ss.
- PAGLIARO Antonio, *Responsabilità oggettiva*, in *Studi in onore di Vassalli*, I, Milano, 1991, pp. 185 ss.
- PAGLIARO Antonio, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, VIII ed., 2003.
- PANNAIN, *Sull'art. 116 c.p.*, in *Arch. pen.*, 1965, II, p. 432 ss.
- PATERNITI Carlo, *Concorso di persone nel reato*, in *Enc. giur.*, 2008, pp. 1 ss.

PATERNITI Carlo, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, Milano, 1978.

PATERNITI Carlo, voce *Responsabilità oggettiva* (dir. pen.), in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma 1991.

PELISSERO Marco, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004.

PEDRAZZI Cesare, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

PETROCELLI Biagio, *Il delitto tentato. Studi*, 1955, pp. 77 ss.

PIRAS Paolo, *L'elemento soggettivo del concorso anomalo*, in *Cass. Pen.*, 2001, pp. 2352 ss.

PISAPIA Gian Domenico-LENER Michele, *La responsabilità oggettiva con particolare riguardo alla responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, in *Studi su alcune fra le più urgenti riforme del diritto penale*, Milano, 1961, pp. 129 ss.

PISAPIA Gian Domenico, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. Pen.*, 1952, pp. 3 ss.

PORZIO Mario, *La responsabilità penale nella Costituzione italiana. Premessa all'interpretazione dell'art. 27 della Costituzione*, Napoli, 1961.

PULITANO' Domenico, *Una sentenza 'storica' che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1988, pp. 686 ss.

RANIERI, *Il concorso di più persone nel reato*, Milano, 1949.

RICCOMAGNO, *Responsabilità ex art. 116 c.p. e scriminanti oggettive e soggettive*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1968, pp. 852 ss.

ROMANO Mario-GRASSO Giovanni, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2005, pp. 261 ss.

ROMANO Mario, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 55 ss.

- SEMINARA Sergio, *Numero dei partecipi nel concorso di persone nel reato e attenuante ex art. 114, comma 1, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 1424 ss.
- SEMINARA Sergio, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.
- SEMINARA Sergio, *Sul concorso di persone nel reato*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, pp. 1401 ss.
- SANDULLI, *L'art. 116 del codice penale*, in *Giust. pen.*, 1935, II, 1192.
- SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, Napoli, 1961, pp. 291 ss.
- SCHIAFFO, *Istigazione e ordine pubblico. Tecnicismo giuridico ed elaborazione teleologica nell'interpretazione delle fattispecie*, Napoli, 2004.
- SCIBONA Ruggero, *Il concorso anomalo*, in *Riv. pen.*, 2011, pp. 387 ss.
- SERIANNI, *L'art. 116 c.p. e la comunicabilità delle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1964, pp. 518 ss.
- SESSA Antonino, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006.
- SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, pp. 1 ss.
- SORBONA, *Ancora sull'art. 116 c.p.*, in *Arch. pen.*, 1949, pp. 403 ss.
- STOCCO, *Alla ricerca di una dimensione costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1990, pp. 25 ss.
- STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1313 ss.
- TONINI, *Istigazione, tentativo e partecipazione al reato*, in *Studi Delitala*, vol.

III, Milano, 1985, pp. 1597 ss.

VANNINI, *Responsabilità obiettiva e causalità materiale nell'art. 116 cod. pen.*, in *Riv. Dir. Penit.* 1931, pp. 1005 ss.

VASSALLI Giuliano, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. Cost.* 1988, II, pp. 3 ss.

VASSALLI Giuliano, *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, pp. 609 ss.

VASSALLI Giuliano, *Accordo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, I, pp. 302 ss.

VENAFRO, *Reato proprio*, in *Dig. pen.*, pp. 344 ss.

VIOLANTE, *Istigazione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXII, pp. 990 ss.

VISCONTI Costantino, *Il concorso "esterno" nell'associazione mafiosa: profili dogmatici ed esigenze politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1995, pp. 1303 ss.