

## QUESITI

---

**MARIA ANTONELLA PASCULLI**

**Minority report sull'art. 116 c.p.  
Le variabili sistemiche della responsabilità  
oggettiva e della colpa**

Il presente lavoro affronta le questioni sottese alla disciplina dell'art. 116 c.p. attraverso le letture ragionate di dottrina e giurisprudenza, soffermandosi sulla *ratio* normativa del principio s-oggettivo "diverso" per "voluto". Nel contributo si snodano profili critici conferenti le scelte *colpose* e oggettivo-latenti, adottate nell'esegesi della responsabilità dei concorrenti per il reato commesso diverso da quello voluto, cercando un'ipotesi costruttiva nella colpevolezza da rischio *moderno*, più fluida e adattabile all'evoluzione del sistema concorsuale (anomalo).

*Minority report on article 116 Italian Criminal code. Systemic Interpretations regarding to Strict Liability and Culpability in Conspiracy*

*According to article 116 Italian Criminal code, the present research will focus on the socio-political and criminal determinants of conspiracy, on the effect of strict liability and negligence as a "new" channel of legal analysis, on the role played by Jurisprudence in explaining those theories about responsibility. This special issue proposes a summary of doctrinal literature and addresses a modern aspect that is still under-investigated: the risk accountability in conspiracy.*

**SOMMARIO:** 1. Un solido punto di partenza. La presenza di una norma come l'art. 116 c.p. - 2. Una valutazione sinallagmatica dell'oggettività: gli artt. 42, 116 c.p. altrimenti a carico degli agenti/partecipi. - 3. Il concorso "anomalo" come concorso - diversamente - voluto. - 4. Possibili spiegazioni del 'diverso per il voluto'. - 5. Piano a) dolo + causalità della struttura concorsuale ex art. 116 c.p. - 6. Piano b) dolo + colpa della struttura concorsuale ex art. 116 c.p. (la "prevedibilità in concreto"). - 7. Piano c) dolo + responsabilità occulta ex art. 116 c.p. (la "prevedibilità in astratto"). - 8. Considerazioni conclusive.

1. *Un solido punto di partenza. La presenza di una norma come l'art. 116 c.p.* Sono diversi - ancora oggi - gli interrogativi politico-dogmatici su quale sia la natura e la *ratio* dell'art. 116 del codice penale<sup>1</sup>. Ce lo chiediamo ad oltre no-

---

<sup>1</sup> Lo studio della norma ex art. 116 c.p. nelle sue incisive analisi rimanda alla lettura monografica di PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, ora anche ID., *Il diritto penale fra norma e società, Scritti 1956-2008*, vol. I, *Monografie di parte generale*, Milano, 2009, 531 ss.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; LATAGLIATA, *Concorso di persone nel reato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. VIII, 568 ss.; ID., *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 73 ss.;

vanta anni dalla entrata in vigore della norma, pur logica (od illogica) manifestazione del modello unitario di reato concorsuale, programmato da Rocco, alla luce della Costituzione che suggella – nel dettato iconico *ex art. 27* – la colpevolezza della responsabilità penale in senso significativamente soggettivo, ribadendone l'essenza in chiave esegetica senza esclusione di colpi. Alcune risposte sono state fornite da datata ma sempre attuale pronuncia di normativo rigetto “oggettivo” sul punto “116”<sup>2</sup>.

---

ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 409 ss.; PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale, Struttura, fondamento, prospettive*, Milano, 1978, 89 ss.; MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 415 ss.; VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1375 ss.; CONTENTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Roma-Bari, 2002, 240 ss.; INSOLERA, *L'art. 116 c.p. come modello di responsabilità oggettiva: riflessioni interpretative e proposte di modifica*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, Napoli, 1989, 457 ss.; ID., *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, rist. 2001, 437 ss.; PAGLIARO, *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 44 ss.; GROSSO, *Il principio di colpevolezza nello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, *Cass. pen.*, 1995, 3125 ss.; ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 51 ss.; DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 863 ss.; CANESTRARI, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 884 ss.; ID., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, in *Studium Iuris*, 1996, 1396 ss.; PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 395 ss.; TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, Torino, 2006, ristampa 1 ed., 61 ss.; CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2009, 264 ss.; COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008; ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limiti della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012; LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio dei delitti causale di evento in senso naturalistico*, Bari, 2012, nello specifico capitolo *La tipicità della fattispecie plurisoggettiva eventuale*, 227 ss.; HELFER, *Il concorso di persone nel reato. Problemi aperti nel sistema unitario italiano*, Torino, 2013. Dottrina più recente in tema sul punto MACCHIA, *Concorso anomalo: un tentativo (azzardato?) di ricostruzione della responsabilità per il fatto diverso da quello voluto*, in *Cass. pen.*, 2017, 492 ss.; E. BASILE, *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva: alla ricerca del coefficiente di colpevolezza del concorrente “anomalo”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1336 ss.; ID., *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, Torino, 2018, 7 ss.; MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020, 525 ss.; SEMINARA, *Sul “dogma” dell'unità del reato concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 789 ss.; LOSAPPIO, *La caccia alla plurisoggettività causale nella plurisoggettività concorsuale*, in *Arch. pen.*, 2021, 1 ss. Al di là del tempo il pensiero di F. MANTOVANI, *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 767 ss.; ID., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, *ivi*, 1981, 456 ss.

<sup>2</sup> Corte cost., 31 maggio 1965, n. 42, in *Arch. pen.*, 1965, II, 432 ss., con nota critica di R. PANNAIN, *Sull'art. 116 del codice penale*. La Consulta, con la sentenza interpretativa di rigetto, stabilì che l'iscrizione al partecipe di un reato diverso da quello voluto (*ab initio* programmato) non si reggeva sulla insidiosa matrice della causalità materiale tra azione/omissione ed evento non voluto, ma postulava – sempre

Recente e generosa giurisprudenza di legittimità ha, inoltre, proposto soluzioni giuridico-funzionali a realtà normo-criminali disfunzionali<sup>3</sup>, non riuscendo a farne a meno dell'art. 116 c.p., a dare uno stop ad una norma *anomala*<sup>4</sup>, a segmentarne l'oggettività del suo contenuto, a dichiararne sia pure tacitamente (o a furor di popolo) la sua illegittimità, ad "abrogarla"<sup>5</sup>.

---

- un nesso psicologico, meglio di causalità psicologica, costituito dalla prevedibilità che quanto fosse effettivamente accaduto (e non voluto) si presentasse come uno sviluppo logico di ciò che si era voluto in sede di concorso, secondo l'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani.

<sup>3</sup> A titolo esemplificativo CERQUA, *Il criterio di imputazione dell'evento non voluto nell'omicidio preterintenzionale. Brevi osservazioni*, (Nota a Corte assise Milano, 24 gennaio 2008, n. 15), in *Giur. merito*, 2009, 1058 ss.; LA GRECA, *Art. 116. Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi-Lupo, Milano, 2010, 274 ss.; F. BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto* (Nota a Cass., Sez. I, 28 febbraio 2014 (ud. 19 novembre 2013), n. 9770, imp. V.J.J.L. ed altro, in *Dir. pen. cont.*, 2014, 3-4; ID. *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza della Cassazione relativa agli artt. 116, 584 e 586 c.p.*, ivi; F. BASILE, *Commento all'art. 116 c.p.*, in *Codice penale commentato*<sup>3</sup>, a cura di Dolcini-Marinucci, vol. I, Milano, 2011, 1619 ss.; MORGANTE, *Art. 116, in Codice penale*<sup>3</sup>, a cura di Padovani, Milano, 2019, Tomo I, 836 ss.; U. DINACCI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato nell'aberratio delicti e nel concorso anomalo tra difetti di coordinamento e rilievi di ordine costituzionale* (nota a Cass. Sez. II, 28 agosto 2018 (ud. 03 luglio 2018), in *Arch. pen.*, 2019; SQUILLACI, *Concorso 'anomalo' e recidiva. 'Sofferenza' del principio di colpevolezza e circostanze privilegiate nella disciplina dell'art. 116 c.p.*, in *Arch. pen.*, 2022; NICOLINI, *La Corte d'Assise di Sassari supera la prevedibilità in astratto e apre alla colpa in concreto nell'omicidio preterintenzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 13 aprile 2022.

<sup>4</sup> Cfr. GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illicita e principio di colpevolezza* (nota a Cass. Sez. I, 19 gennaio 1999, Zumbo), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1205, la definisce 'norma rompicapo', espressione ripresa da E. BASILE, *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva: alla ricerca del coefficiente di colpevolezza del concorrente "anomalo"*, cit., 1337, nella disamina tra oggettività storica della norma ed afflitti costituzionali di colpevolezza. La personale idea di anomalia esprime nel contempo un'idea extrasistemica dell'art. 116 c.p., come di norma che non avrebbe dovuto avere forma giuridica, come di norma *extra ordinem* rispetto ad un modello legalista di diritto penale, già ante Costituzione. Nell'analisi dei temi di ricerca, PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, cit., 16-17, rimarca la presenza nel codice Zanardelli di una norma generale sull'elemento soggettivo del reato, inclusiva della responsabilità oggettiva, che si prospetta nei casi in cui la legge pone il fatto 'altrimenti' a carico dell'agente ex art. 45, cui si aggancia il secondo comma del medesimo articolo nel momento in cui stabilisce per le contravvenzioni cui l'autore risponde (della propria azione od omissione), ancorché non si dimostri che egli abbia voluto commettere un fatto contrario alla legge. Mentre per la parte speciale relativa al Codice Zanardelli il riferimento è all'art. 331 comma 2, n. 1, che prevedeva l'applicazione della pena nei casi di congiunzione carnale con soggetto minore di anni 12; e all'art. 378 c.p., che prevedeva per tutti i partecipi nei casi di omicidio o lesioni commesse in concorso la stessa pena anche quando fosse sconosciuto l'autore.

<sup>5</sup> L'espressione condivisa rimanda alle indicazioni proposte dalla commissione Grosso in materia di colpevolezza. Sul punto VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come quando*, ora in *Ultimi scritti*, Milano, 2007, 67 ss., in specie 94-95. CANESTRARI, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso*, cit., 891, *passim*, dopo avere analizzato l'evoluzione giurisprudenziale del passaggio da prevedibilità in astratto alla prevedibilità in concreto, tratteggiando la responsabilità colposa

La ricerca parte da questi interrogativi, basandosi sulla locuzione giuridica del ‘diverso per il voluto’, su cui sono state elaborate diverse e pregevoli teorie nell’ambito del sistema penale, di cui *ultra* nella trattazione. Il presente scritto vuole enucleare possibili risposte, adeguate alla doppia velocità costituzionale-europea cui la ‘post modernità’ penalistica di ultimissima generazione ci ha abituati o a cui abbiamo dovuto adeguarci<sup>6</sup>. La premessa cui attenerci è dichiaratamente *standard*: l’art. 116 c.p. resta un postulato normativo di (s)oggettiva conformazione, stante la dichiarata costituzionalità della stessa norma<sup>7</sup>. E una prima “banale” considerazione è fornita dal susseguirsi dei progetti di riforma – a vario titolo – del codice penale, che cercano di riscrivere la norma *anomala* nel tentativo – non realizzato – di includere o sotto forma di “agevolazione colposa” o “a titolo di colpa” il principio di responsabilità colpevole, conformemente al dettato costituzionale (art. 27, 1° comma, Cost.)<sup>8</sup>. Se Vassalli sostiene che «l’art. 110 del codice penale del 1930 è la disposizione

---

‘amputata’ ex art. 116 c.p., attestando la presenza di siffatte “anomalie”, sostiene la necessità di un dibattito sull’opportunità di conservare tale istituto generale, ponendosi l’interrogativo se simili “fratture” con il principio di colpevolezza siano quantomeno “giustificabili” sul piano politico-criminale per esigenze di tutela general-preventiva, dibattito che parte della dottrina non riesce (non vuole) affrontare. Cfr. in tema sul confronto con l’art. 378 c.p. e “l’istituto della complicità corrispettiva”, applicato nei casi in cui l’evento non voluto fosse l’omicidio o le lesioni, PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso*, cit., 552-553, *passim*. «La soppressione dell’istituto della complicità giusto in coincidenza con la correlativa istaurazione dell’art. 116 c.p. sta ad indicare che quest’ultimo ha assorbito in parte le funzioni svolte dall’art. 378 abrogato», con mutamento dell’angolo visuale, per cui «l’art. 378 c.p. richiedeva per la sua applicabilità che non si conoscesse l’autore del reato diverso (omicidio o lesioni), mentre l’art. 116 c.p. attribuisce al compartecipe l’evento diverso da quello voluto a prescindere dalla circostanza di accertare chi abbia effettivamente voluto l’evento diverso».

<sup>6</sup> Cfr. in ordine agli sviluppi in *malam partem* ex art. 110 c.p. DONINI, *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, *Dir. pen. cont.*, 2017, al § 3. *L’unità o la pluralità dei titoli di reato e il concorso “nel medesimo reato”*, 7-10; § 9. *Che cosa ha fatto, viceversa, la giurisprudenza italiana costruendo la figura del concorrente esterno e “applicandogli” la cornice edittale e il titolo di reato del partecipe intraneo*, 17-19; ID., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, *ivi*, 2016, 22 ss.

<sup>7</sup> PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 616 -620, *passim*, indagando sulla costituzionalità della norma, dichiara che per quanto attiene alla responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto, non viene in rilievo la personalità della sanzione, bensì “esclusivamente” la personalità dell’illecito penale, per cui un qualche contrasto tra l’art. 116 c.p. e l’art. 27 comma 1 Cost. potrebbe sussistere solo se la norma sul concorso *anomalo* statuisse la responsabilità penale di un soggetto che non avesse avuto la possibilità di evitare l’evento attraverso un attivarsi finalistico. Ma il contenuto dell’art. 116 c.p. non è tale e pertanto non può parlarsi di incostituzionalità.

<sup>8</sup> Cfr. MILITELLO, *Agevolazione e concorso di persone nel progetto 1992*, in *Ind. pen.*, 1993, 575 ss.; AMATEIS, *Relazione sui progetti di riforma del codice penale elaborati dalla Commissione Pagliaro e dalla Commissione Grosso: la responsabilità oggettiva*, online, in specie 19-20.

più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano, quanto meno nell'ordinamento penale»<sup>9</sup>, per contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost., in quanto «viola il principio di determinatezza, ma anche il principio costituzionale di eguaglianza», negando ogni «criterio di razionalità in un indistinto rapporto di causalità», rendendo pari «tutte le ipotetiche e non descritte condotte integranti concorso nel reato»<sup>10</sup>, possiamo quasi *de relato* asserire che l'art. 116 c.p. sia una norma ultra incostituzionale, poiché l'*anomalia* del 'diverso per il voluto' esprime una variabile concorsuale -almeno *apparentemente*- senza dolo, senza colpa, risultato di una ultronea condotta causale in teoria. In realtà il costrutto argomentativo si pone più complesso di come appare.

Il concorso *anomalo* è anzi esso stesso un "normalissimo concorso di persone nel reato" (*la variante individuale al piano comune*<sup>11</sup>), «che abbraccia tutte le ipotesi in cui il soggetto realizza il proprio volere»<sup>12</sup>. La discordanza della norma ex art. 110 c.p. riguarda il soggetto che non ha voluto il reato effettivamente realizzato e la pone in posizione affine alla disposizione codicistica dell'art. 42, comma 3, c.p., ovvero l'automatica imputazione di un fatto al - non - autore con conseguente parziale rilevanza dell'elemento psichico (almeno nella sua statuizione ontologico/normativa), ferme restando le "aperture" imposte e colpose della giurisprudenza<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> L'espressione è ripresa in due interventi di VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come quando*, cit., 97, cui rimandano gli incisi; *Sul progetto «Grosso». di parte generale del codice penale*, *ivi*, 103 ss., in specie 107.

<sup>10</sup> Sul punto in una "ricerca" della plurisoggettività concorsuale sotto le variegate declinazioni della causalità, tipicità, determinatezza (legalità) tra le varianti soggettive di dolo, colpa e altro, cfr. LOSAPPIO, *La caccia alla plurisoggettività causale nella plurisoggettività concorsuale*, cit., 7-10, secondo cui «La disciplina del concorso non può - meglio, non deve! - costituire un'area (e che area!) del sistema penale "emancipata" dai principi costituzionali di legalità e responsabilità personale, che anzi soprattutto in questo stress test dovrebbero manifestare il loro essenziale contenuto garantistico». D'altro canto appare «velleitaria l'aspirazione ad una disciplina del reato concorsuale che raggiunga «un livello di tassatività tale da realizzare pienamente l'esigenza di garantire la certezza della legge». Con riferimento all'art. 110 c.p. «Non è plausibile (e forse nemmeno auspicabile) una regolamentazione che si spinga «sino al livello massimo di determinatezza nella descrizione di tutte le possibili condotte concorsuali»; anche l'esperienza storica e quella comparativistica, del resto, dimostrerebbero il carattere «solo apparente» della maggiore precisione «di definizioni differenziate basate su clausole generali».

<sup>11</sup> Così ALEO, *Diritto penale, Parte generale*<sup>2</sup>, Padova, 2010, 468 ss.

<sup>12</sup> PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 534-535.

<sup>13</sup> Cfr. ALEO, *Diritto penale*, cit., 470, *passim*, in senso critico sulla differenza 'imposta' dalla giurisprudenza sulla distinzione tra "causalità materiale" e la "causalità psichica" e sulla contraddizione tra misura della pena del delitto doloso (pur diminuita) e il criterio generale di attribuzione della responsabilità basato sulla colpa.

Non è un gioco di parole, favorito da citazioni eccellenti<sup>14</sup>. Il concorrente che non abbia versato in dolo, e che neppure abbia ‘colposamente’ posto in essere – con il suo agire/o non agire – alcuna *condizione* per la realizzazione del fatto diverso, che poi si è verificato, rappresenta una vera e propria responsabilità per fatto altrui, alla stregua di una «responsabilità collettiva», dei concorrenti considerati un *unicum* (*unicum* già presente oggettivamente nell’art. 110 c.p.)<sup>15</sup>. Tuttavia il *dictum* dell’art. 116 “nasconde” un *quid pluris* rispetto alla disciplina ordinaria dell’art. 110 c.p.: l’altrui dominio finalistico, per cui l’affidarsi ad altri per la realizzazione di un proprio proposito criminoso implica «l’attivare forze che non possono essere controllate»<sup>16</sup>.

La tematica della sovrapposizione tra artt. 110 e 116 c.p. alla luce della dogmatica sulla unità ontologica del concorso, che tuttavia non ha resistito all’evoluzione del pensiero penalistico verso una visione *illuminata* pluralistica del concorso in relazione ai reati connessi e alle conseguenze giuridiche legate al carattere teleologico della norma saranno affrontati nell’ultima parte di questo percorso all’interno della norma in questione.

Alla *littera legis* del primo comma si aggiunga l’assenza *in toto* di ogni forma di proporzione sanzionatoria, neanche a livello *retributivo* per le condotte concorsuali *anomale*. Sia che si commetta il reato voluto in concorso, sia che non si commetta il reato non voluto in concorso, la pena è la stessa in relazione al dettato del “mero contributo materiale”, con l’unica eccezione parametrata al

---

<sup>14</sup> Cfr. l’intransigente, quanto condivisibile, posizione di CONTENUTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell’applicazione giurisprudenziale*, cit., 258-259, *passim*, che identifica «l’iliberale interpretazione del disposto dell’art. 116 c.p. indipendentemente dalla verifica della sussistenza di una qualunque suo contributo causalmente efficiente alla produzione dell’evento per il solo fatto della qualità di concorrente comunque assunta». Anche nella ideazione di modello codicistico diverso dal Codice Rocco, GROSSO, *Il principio di colpevolezza nello schema di delega legislativa per l’emanazione di un nuovo codice penale*, cit., 3136-7, espone in che misura «l’art. 116 c.p., che ad onta di quanto stabilito dalla Corte costituzionale nel lontano 1965, rappresent(i) un caso odioso di applicazione a titolo di responsabilità oggettiva della pena prevista per un reato doloso, specificando come a quest’ultimo riguardo l’art. 29 dello schema di legge-delega dispon(ga), sotto il profilo della «agevolazione colposa del reato diverso da quello voluto» che «se è commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, (occorrerà) prevedere che questi risponda di agevolazione colposa di quel reato, qualora con il suo contributo ne abbia per colpa agevolato la commissione». L’art. 29, inoltre, stabilisce nei limiti dell’agevolazione colposa, una distinta articolazione sanzionatoria con riduzioni del caso, diminuita da un terzo alla metà, che qualifica le condotte in senso rispettoso del principio di colpevolezza».

<sup>15</sup> CONTENUTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell’applicazione giurisprudenziale*, cit., 259. Sulla incostituzionalità dell’art. 110 c.p. vedi i contenuti della dottrina maggioritaria, ripresi da LOSAPPIO, *La caccia alla plurisoggettività causale nella plurisoggettività concorsuale*, cit., 9.

<sup>16</sup> PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 552-555.

concetto di reato commesso più grave (pena più grave) rispetto a chi non lo volle (pena diminuita)<sup>17</sup>. L'art. 116 c.p. si pone oltre i limiti dell'accordo criminoso in un ampio programma d'azione - *sine limite* - che solo la plurisoggettività concorsuale *eventuale* conosce. E' valutata - come punto controverso - la sussistenza di ulteriori requisiti, non direttamente imposti dalla lettera dell'art. 116 c.p. e specificatamente «la realizzazione del “reato voluto” almeno a livello di tentativo; la necessaria presenza anche di un “coefficiente di colpevolezza” del concorrente anomalo rispetto al reato effettivamente realizzato (quest'ultimo punto costituisce l'aspetto più controverso e discusso della norma in esame)<sup>18</sup>.

L'art. 116 c.p. è stato ampiamente criticato da distinte voci nelle diverse opzioni contenutistiche e temporali. Carnelutti, *in primis*, considera la portata di questa *gravissima* disposizione, ponendo a carico del partecipe per il danno non voluto una responsabilità obiettiva (parlando di reato concorsuale e non di reato

---

<sup>17</sup> Cfr. sulle irragionevoli conseguenze in tema di pena U. DINACCI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., 24 ss., in specie 26; sulla *sproporzione sanzionatoria*, E. BASILE, *Condotta atipica e imputazione plurisoggettiva*, cit., 1348-9.

<sup>18</sup> F. BASILE, *Commento all'art. 116 c.p.*, in *Codice penale commentato*, cit., 1619 ss., in specie 1626-7. La dottrina maggioritaria ritiene, che l'art. 116 possa applicarsi - oltre che nell'ipotesi di realizzazione congiunta di entrambi i reati - anche nell'ipotesi di realizzazione del solo “reato diverso” al posto del “reato voluto”, del quale non si richiede, quindi, nemmeno il tentativo, con riferimento al lavoro di Pagliaro e alla manualistica di Mantovani. Secondo F. BASILE, invece, «se non si realizza il “reato voluto”, almeno a livello di tentativo, si è fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 116, ed il concorrente anomalo potrà rispondere del “reato diverso” tutt'al più solo in base alle ordinarie regole dell'imputazione colposa». L'ammissibilità del tentativo è sostenuta su diverse argomentazioni. Se non ci fosse la verifica del “reato voluto”, quanto meno a livello di tentativo, verrebbe meno qualsiasi referente fattuale cui ancorare da un lato una condotta di partecipazione dall'altro il fatto di reato in spregio allo schema della c.d. “accessorietà minima” - requisito minimo indispensabile di ogni fattispecie concorsuale. Inoltre verrebbe meno la possibilità di configurare il dolo del “reato voluto” sia sul piano concettuale che in fase di accertamento processuale. Nella particolare ipotesi di accordo o istigazione a commettere un reato, se l'art. 116 potesse trovare applicazione a prescindere dalla realizzazione, almeno a livello di tentativo, del “reato voluto”, si integrerebbe una evidente violazione dell'art. 115 c.p. Tale norma stabilisce, infatti, il principio dell'irrelevanza penale dell'accordo e dell'istigazione non seguiti dalla commissione, almeno tentata, del reato - e nell'ipotesi di mancata commissione del reato rientra, evidentemente, anche la commissione di un reato diverso da quello oggetto di accordo o istigazione, cioè di un reato diverso da quello voluto. Infine, la necessità del requisito in parola - realizzazione del (tentativo del) reato voluto - sortirebbe il benefico effetto di restringere il campo di applicazione di una norma che, altrimenti, rischia di implementare uno schema di responsabilità ancor più rigoroso dello stesso *versari in re illicita*. (1627, *passim*).

in concorso)<sup>19</sup>. Nella tipizzazione concorsuale espressa da Insolera<sup>20</sup>, la trattazione dell'art. 116 c.p. rappresenta il culmine espansivo della responsabilità penale, incuneata nella struttura causale dell'art. 110 c.p., cui dottrina e giurisprudenza rispondono, compensando i rigidi tratti semantici e giuridici dell'oggettività con una dichiarata "enfaticizzazione" delle variabili soggettivistiche (della colpa)<sup>21</sup>. Tuttavia, anche nel confronto con la disciplina del concorso in generale, l'art. 116 c.p. fa riferimento alla causalità, confermando «la rigoristica efficienza di questa forma di responsabilità oggettiva»<sup>22</sup>.

Pur contraddittoria e difficilmente estensibile sotto i profili costituzionali la norma resiste più salda che nelle (non) immaginabili giuridiche fantasie di Rocco e della ideologia protettiva dei valori della sicurezza collettiva rispetto la libertà e/o tutela individuale. Il suo fondamento, infatti, risiede nell'ottica politico-criminale di una estensiva pratica di 'affidamento'<sup>23</sup>, assimilabile in senso

---

<sup>19</sup> Così lucidamente Carmelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 329-330, *passim*. «Il reato concorsuale si fonda sull'esistenza di una intenzione comune che suppone la convergenza delle reciproche intenzioni. Se le intenzioni sono divergenti, il concorso escluso. Nel caso di "danno" non voluto da alcuno dei concorrenti, viene meno l'accordo. pertanto, quanto meno la responsabilità del partecipe dovrebbe essere contenuta entro i limiti della coincidenza tra il danno cagionato e i caratteri penalmente rilevanti dell'evento contemplato dall'accordo. Posto che pertanto Tizio abbia istigato Caio a derubare oppure a ferire Sempronio, e Caio, invece, lo abbia ucciso, la responsabilità di Tizio nel primo dei due casi dovrebbe essere esclusa, nel secondo dovrebbe essere limitata al ferimento».

<sup>20</sup> INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., 482 ss., con richiami a BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, 539 ss., in specie 685-686.

<sup>21</sup> Già PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954, 238-9, *passim*, asserisce come «la nozione di responsabilità oggettiva riguard(i) anche la colpa, in quanto le due figure giuridiche sono fra loro condizionate». La fusione dei due elementi si rinviene nelle forme "più intense" di premeditazione e semplice dolo fino a quelle intermedie di dolo indiretto e colpa cosciente, per giungere alla *tenuità* del nesso psichico che collega il soggetto al fatto posto in essere (colpa cosciente), fino a svanire nel tutto (responsabilità oggettiva, che l'autore collega ad un'imputazione *per caso fortuito*), sviluppando un'equazione vera e propria, riportata nel testo, per cui negligenza : colpa = caso fortuito : responsabilità oggettiva.

<sup>22</sup> INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., 483.

<sup>23</sup> Così SEMINARA, *Sul "dogma" dell'unità del reato concorsuale*, cit., 795-96. «Quanto al fondamento della responsabilità del concorrente per il reato non voluto, già la Relazione al Re del Ministro Guardasigilli smentiva la rigida evocazione del modello della responsabilità oggettiva, osservando: "Non si tratta di responsabilità obiettiva in senso proprio ed assoluto, perché l'individuo voleva concorrere con altri per commettere un reato: aveva quindi la volontà di delinquere, mentre fu commesso un reato diverso da quello da lui voluto. Questa diversità di specie, ma non di genere, non elimina l'elemento soggettivo della responsabilità. (...) Se egli non ha voluto quel reato, ha peraltro voluto un reato, e la legge è già abbastanza indulgente quando gli diminuisce la pena se il reato commesso è più grave di quello voluto". In tale enunciazione del criterio della responsabilità da rischio illecito era insita l'idea di una prevedibilità del reato più grave, che infatti sarebbe stata presto recepita dalla giurisprudenza come correttivo della concezione causale» (con riferimenti alla giurisprudenza costituzionale alla nota 6, e alla Relazione al re alla nota 7).

lato (ma molto concreto) alla grave imprudenza, che un concorrente manifesta “delegando” una parte o gli effetti di un accordo criminoso-concorsuale finalizzato alla produzione di un evento (previsto come reato), ma finendo per perderne il controllo (produzione dell’evento diverso da quello voluto)<sup>24</sup>.

A fronte di non applicata *interpretatio abrogans ex art. 116 c.p.*, nella considerazione che dolo e colpa non esauriscano la colpevolezza, alle sollecitazioni sotto mentite spoglie di *aberratio delicti*<sup>25</sup>, o responsabilità occulta<sup>26</sup>, dottrina autorevole sostiene la necessità di mantenere nel codice penale la disposizione dell’art. 116 c.p., confermata *in primis* nella (ri)proposizione del dettato normativo *ambiguamente* soggettivizzato già inserito nel progetto Pagliaro del 1992 all’art. 29, *Agevolazione colposa del reato diverso da quello voluto*<sup>27</sup>, ma soprattutto concretizzando il difetto di colpevolezza dell’art. 116 c.p. nella costruzione di ipotesi colpose, che uniformano o meglio correggono i difetti di oggettività *occulta* nella costituzionalizzazione dell’art. 27 per cui il concorrente risponde di un reato doloso in base ad un reale atteggiamento colposo, che non

<sup>24</sup> Sul punto F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*<sup>4</sup>, 2001, 558 ss. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 553, secondo cui «la responsabilità di cui all’art. 116 c.p. appare collegata ad un comportamento che mentre non viola necessariamente la norma relativa al reato concordato, viola sempre una regola di prudenza».

<sup>25</sup> Vedi anche DE FRANCESCO, *Aberratio. Teologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell’esecuzione del reato*, Torino, 1998, in specie 181 ss.

<sup>26</sup> Cfr. MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, in *Commentario al codice penale. Il reato*, a cura di Ronco, Tomo II, Bologna, 2007, 101 ss., in specie 144 con richiami alla dottrina negatrice / e a sostegno della colpevolezza in nota; GRASSO, sub *Art. 116*, in M. ROMANO-GRASSO-PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2012, vol. II, Art. 85-149, 260 ss.

<sup>27</sup> Tuttavia l’ipotesi nel caso di reato diverso da quello voluto si connota di elementi oggettivi e soggettivi assenti nella disposizione dell’art. 116 c.p. come si evidenzia a seguire nell’ articolo. 29. *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. Lo stesso dicasi per la disposizione *ex art. 45, Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, Articolato di Parte Generale, predisposto dalla Commissione Grosso, che prevede quanto segue: 1. Se è commesso un reato diverso da quello 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.

è soltanto “l’automatica violazione di norme di prudenza”, quanto la prevedibilità (previsione) ed evitabilità dell’evento accertabili in concreto<sup>28</sup>.

La linea legislativa legata alla unicità del concorso, che richiama quella “coscienza di concorso”, già a suo tempo utilizzata per rendere assertivo il concorso *ex art. 116* avverso le posizioni contrarie alla sua “essenza” giuridica si fortifica su orientamenti dogmatici e politico-criminali contrari all’abrogazione della norma<sup>29</sup>. La formulazione sistematico/concettuale di una *colpa in concreto* regge dignitosamente l’opportunità di un trattamento (sanzionatorio) deteriore per chi (colposamente) si affidi ad altri nella realizzazione di un reato, lasciando tuttavia aperto il problema della dosimetria sanzionatoria, peraltro già evidenziato nell’art. 110 c.p.

La statuizione *giustificata* dell’art. 116 c.p. – ad onta degli *stress test* costituzionali – si attesta come male minore (o *culpa minor*) sotto il profilo soggettivo rispetto all’estensione dolosa dell’art. 110 c.p. (che già i suoi effetti politico-criminali di ultronea imputazione partecipativa ha ben manifestato nella versione di “concorso esterno”). Di fatto l’art. 110 c.p. permane (e si estende) nel sistema penale e sub penale, ma permane in sé l’elemento soggettivo del reato, mentre l’art. 116 c.p. necessita di elaborazioni dogmatico- giurisprudenziali che ne giustificano la costituzionale essenza (quella colposa almeno)<sup>30</sup>. O altro.

---

<sup>28</sup> Vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 561, per la posizione favorevole al mantenimento di un meccanismo riportabile a quello dell’art. 116 del codice Rocco, in virtù del disvalore d’azione che connota il comportamento del concorrente “anomalo”. In ordine alle progettazioni non realizzate di modifica della disposizione *de qua* si collocano le ragionate posizioni di CAVALIERE, *La disciplina del concorso di persone*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di Fiore-Moccia-Cavaliere, Napoli, 2009, 276 ss.; di SEMINARA, *La disciplina del concorso di persone nel reato nei più recenti progetti di riforma del codice penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Torino, 2011, 281 ss.; in specie 301-303, secondo cui, a fronte dell’ingiustificato accanimento punitivo nei confronti del partecipe in relazione al reato diverso non voluto permane la preoccupazione che, una volta abolito il vigente art. 116 c.p., si espanderebbe *eo ipso* l’area del concorso ordinario doloso, così pervenendo alla condivisibile conclusione secondo cui l’eliminazione della norma appare la soluzione più rispettosa del principio di colpevolezza»; di GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illecita e principio di colpevolezza*, cit., 1214.

<sup>29</sup> Cfr. l’ipotesi decostruttiva di PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., di cui *ultra* nella trattazione. Sulla coscienza del concorso con richiami alla dottrina del caso *op. loc. cit.*, 536 (note 3, 4).

<sup>30</sup> PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 533-35, *passim*. L’art. 116 c.p. si colloca nel dogma dell’unità del reato concorsuale, principio secondo il quale non poteva prescindere anche in sede di “reato diverso”. Alcuni autori (nota1) ritenevano invece che la mancata

2. *Una valutazione sinallagmatica dell'oggettività: gli artt. 42, 116 c.p. altrimenti a carico degli agenti/partecipi.* La responsabilità oggettiva non solo non è scomparsa nel sistema penale (attenuata, modificata, sottoconsiderata sicuramente), ma ha prodotto discreti risultati<sup>31</sup>. F. Basile, in uno scritto decisivo ai fini del superamento, ma anche dell'analisi della responsabilità oggettiva, quale l'esegesi della Sentenza Ronci (Cassazione a sezioni Unite sull'art. 586 c.p.), scandaglia le ragioni del *fortunoso* utilizzo di formule di responsabilità senza colpa e senza dolo, partendo da una concezione *primitiva* del diritto penale, che non distingue ciò che volontariamente, inconsapevolmente o per puro caso avvenga nel proposito criminoso del reato e della sua condotta, fino ad una matrice *evoluta(iva)* dello stesso, in cui compare l'imputazione soggettiva dell'evento alla luce della colpevolezza, che distingue nettamente la demarcazione tra colpa e puro caso (fatto antiggiuridico più colpevolezza).

La responsabilità oggettiva si manifesta come un compromesso tra concezione

---

convezione della volontà dei partecipi verso l'*unicum delictum* non solo contrastasse con i canoni costituzionali della responsabilità penale, ma con la stessa disciplina della fattispecie plurisoggettiva eventuale. Il "116" (come concorso in senso stretto) rispetto all'art. 110 c.p. (concorso in senso lato) rappresenta un'ipotesi intermedia, particolare di concorso, limitato alla realizzazione di un proprio volere, colposo o doloso, avvalendosi della condotta materiale di altri soggetti, ma per dati logistici, letterale e dogmatici è pur sempre un *normalissimo* concorso di persone. Vedi anche DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., 110-113, «E' inevitabile, tenuto conto dell'indistinguibilità dei contributi dei concorrenti alla realizzazione della fattispecie plurisoggettiva eventuale, che ogni concorrente, che contribuisce adeguatamente alla lesione dello stesso bene, risponda dell'evento lesivo effettivamente provocato dall'insieme delle condotte concorsuali, quand'anche personalmente non abbia avuto l'intenzione di provocare l'evento in parola con la commissione della propria condotta. Il rispondere dell'unitaria offesa provocata all'interesse tutelato, attraverso la realizzazione della figura plurisoggettiva eventuale, non esclude che ciascun concorrente risponda della lesione stessa secondo i presupposti soggettivi dell'imputazione». Il divario tra chi volle e chi non volle – pur ingiusto – passa attraverso la diminuzione *ex art. 116 c.p. comma 2.*

<sup>31</sup>Sull'art. 116 c.p. e i 'successi' della responsabilità oggettiva, F. BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 911 ss., in specie 919-924; ID., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano 2005, 93 ss.; GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005, nel confronto tra gli artt. 116 e 117, 260 ss., dalla "perversa logica del *versari in re illicita*", al distinguo tra le due situazioni per cui «l'art. 117 c.p. si inserisce nella sequenza logica iniziata dall'art. 116 c.p. e conclusa dall'art. 118 (preriforma) e dunque collocato nel cuore di disposizioni fortemente repressive e tutte sin dalle origini in 'odore' di incostituzionalità (262), più specificatamente nel caso dell'art. 116 c.p. si ha riguardo ad un reato "giuridicamente distinto dall'altro", non solo per il *nomen iuris*, ma per "l'entità sostanziale del fatto" (272), ed è giusto perciò che al concorrente responsabile di un fatto che non ha voluto, si conceda una diminuzione di pena (273)», *passim*.

primitiva sulla scia dogmatica del *versari in re illicita* e concezione evoluta di colpevolezza, mai meramente causale<sup>32</sup>, con la conseguenza non sottovalutabile di una *notevole semplificazione probatoria* (il concorso esterno *docet!*), per cui i giudici devono limitarsi ad accertare il mero nesso causale tra condotta criminosa ed evento, senza soffermarsi sui gradi occulti o palesi della colpevolezza. Altri scopi funzionali al “successo” applicativo della responsabilità oggettiva si riscontrano nella maggiore estensibilità della funzione general-preventiva della pena, nonché nell’inclusività dei vuoti normativi di cui al *dolus indirectus*<sup>33</sup>.

Nell’attuale sistema il riferimento iniziale va alle specifiche indicazioni della Relazione ministeriale<sup>34</sup> fino alle considerazioni classiche sull’oggettività *penale* sono differenti profili: la nozione, la dimensione, la costituzionalità<sup>35</sup>. Nella triplice formulazione analitica di F. Mantovani *sub a*) si formalizza una *responsabilità oggettiva per evento*, strutturata sul rapporto di causalità (senza dolo o colpa); o *per elemento del fatto*, diverso dall’evento (l’età del minore nei reati sessuali anche se non conosciuta dal suo autore); *per ipotesi marginali*. *Sub b*) quanto alla “misura” dell’oggettività la contrapposizione avviene tra responsabilità oggettiva *espressa ex art. 42, comma 3* (altrimenti), *ex art. 116 c.p.* nella sua *anomalia*, la disciplina delle circostanze ante riforma, i delitti a mezzo stampa ante riforma, non da ultimi i reati aggravati dall’evento e responsabilità oggettiva *occulta*<sup>36</sup>. *Sub c*), infine, si compie l’attraversamento dell’oggettività codicistica per la dimensione omnicomprensiva dell’art 27 Cost. mediante il

---

<sup>32</sup>F. BASILE, *L’alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l’imputazione della conseguenza ulteriore non voluta*, cit., 921, per cui *ex art. 586 c.p.* «in base a tale logica: – non si risponde, sempre e comunque, per la mera causazione materiale della conseguenza ulteriore non voluta: non ogni morte non voluta viene imputata su base meramente causale; – ma se ne risponde solo quando tale conseguenza non voluta è prodotta attraverso una condotta che già di per sé integra un reato: solo la morte non voluta, prodotta attraverso un reato doloso, viene imputata su base meramente causale».

<sup>33</sup>F. BASILE, *L’alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l’imputazione della conseguenza ulteriore non voluta*, cit., 924, con riferimenti in nota alla dottrina del caso.

<sup>34</sup>Si leggano i *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, pt. I, Relazione sul Libro I del Progetto, Roma, 1929, 165 ss.

<sup>35</sup>F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 402 ss.; ID. *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, cit., 767 ss.; ID., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, cit., 456 ss.

<sup>36</sup>Nel dettaglio F. MANTOVANI, *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, cit., 768-9. Specificatamente sull’art. 116 c.p. e sul “poliedrico uso della responsabilità (colpevole) anomala, CANESTRARI, *L’illecito penale preterintenzionale*, Padova, 1989, 23-24.

‘recupero integrale dei residui di responsabilità espressa od occulta’<sup>37</sup>. L’affinità normo-semantiche delle due disposizioni (art. 42, comma 3, art. 116 c.p.) o meglio l’interpretazione dell’art. 116 come responsabilità oggettiva è stata specificatamente analizzata in distinta produzione scientifica<sup>38</sup>.

In una sintesi storica dei profili *sine culpa* la responsabilità oggettiva segue i fondamenti iniziali della “responsabilità collettiva”<sup>39</sup>, nonché l’evoluzione germanica della concezione del reato, per cui il rapporto tra cittadino e Stato – mediato dalla classe nobiliare/di potere – si concretizza nel contenuto economico, che incide sul patrimonio dei singoli, autori di reato sino alla confisca dei beni<sup>40</sup>.

La genesi degenerativa del fenomeno si perfeziona nell’uso della “composizione economica del fatto reato” con effetti sul patrimonio dell’erede, aventi finalità sanzionatorie (ultra) preventive, eccezion fatta per i crimini di lesa maestà. Il pagare le proprie “azioni colpevoli” con un corrispettivo economico, che incide sulla condizione patrimoniale degli individui (chi ha paga, ma chi non

<sup>37</sup> Il disposto dell’art. 27/1 della Costituzione, che col fissare il principio della «responsabilità penale personale», esclude come illegittime non solo la responsabilità penale per il fatto altrui, ma anche la responsabilità penale oggettiva, non colpevole. Così F. MANTOVANI, *Il principio di soggettività*, cit., 772.

<sup>38</sup> Cfr. i classici (ineguabilmente chiari) BATTAGLINI, *La questione della “responsabilità oggettiva” nel diritto penale*, in *Foro it.*, 1936, vol. 61, 31 ss.; VANNINI, *Responsabilità obiettiva e causalità materiale nell’art. 116 del nuovo codice*, in *Riv. dir. pen.*, 1931, 1005 ss.; MIRTO, *La responsabilità oggettiva e l’art. 116 c.p.*, in *Giust. pen.*, 1935, II, 637 ss.; BELLAVISTA, *Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, in *Riv. pen.*, 1940, II, 66 ss.; SANTORO, *Responsabilità obiettiva nel concorso criminoso e delitti contro l’intenzione*, in *Scuola Positiva*, 1941, II, 145 ss. Più recentemente CANESTRARI, *L’illecito penale preterintenzionale*, cit., nel capitolo *L’imputazione dell’illecito penale ed il fenomeno della responsabilità oggettiva: lo stato attuale della questione*, 11 ss.; ID., *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. Disc. pen.*, Torino, 1997, vol. XII, 107 ss.; DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 867-8; ID., *L’imputazione dell’evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, ivi, 1979, 755 ss.; MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 363 ss.; PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità oggettiva: aspetti di politica criminale e elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 387 ss.; MAGLIO, *La responsabilità oggettiva*, in *Riv. pen.*, II, 2002, 521 ss.; MORMANDO, *Interpretazione sistematica ed interpretazione giurisprudenziale dell’art. 116 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1991, 673 ss.

<sup>39</sup> Interessante la complessità della ricostruzione di FAROLDI, *Strict liability vs responsabilità oggettiva II dibattito Wootton-Hart*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2016, 5, 2, 383 ss., sulla non sovrapposibilità terminologica dell’oggettività con la *strict liability*, per cui «la *collective responsibility* è un fascio di responsabilità affini, e si ha quando la *liability* per il reato R è ascritta ad x (Rx), senza che necessariamente *actus reus*, *mens rea* siano in capo ad un unico e stesso soggetto, nella graduazione di tre tipi di responsabilità: *group responsibility*, *shared responsibility* e *vicarious responsibility (liability)*» (386, *passim*).

<sup>40</sup> Sul punto con riferimenti alle opere del tempo, PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, cit., 18 ss. (note 19-22).

ha?), esprime a rigore le prime scelte di politica criminale fondate sulla responsabilità collettiva o “per fatto altrui”<sup>41</sup>.

La soggettivizzazione del diritto penale ha ovviamente mutato i retaggi di medievale inclinazione, fermo restando l'impostazione civilistica di una responsabilità senza colpa, assimilabile ad un risarcimento del danno per fatto altrui<sup>42</sup>,

---

<sup>41</sup> Cfr. PASCIUTA, De mandato aliorum et voluntate. *Responsabilità e concorso nella dottrina di diritto comune: il Tractatus de maleficiis di Alberto Gandino*, in *Concorso di persone nel reato e pratiche discorsive dei giuristi un contributo interdisciplinare*, a cura di SORICE, Bologna, 2013, 23 ss. L'autrice ricostruisce un'interessante classificazione concorsuale, ad opera delle categorie riconosciute nel *Tractatus de maleficiis* di Gandino, secondo cui ) «l'intenzione, se non seguita dall'azione, non ha rilevanza nel foro secolare, dove il giudice deve sempre guardare alla causa del delitto e al suo compimento e, nella sua indagine, deve costantemente avere riguardo oltre al proposito delittuoso - alla *voluntas* dell'imputato - anche agli esiti concreti che da quella *voluntas* sono scaturiti». Accertato dunque, come condizione necessaria per la punibilità, almeno in linea di principio generale, che il mandante debba essere punito al pari di colui che materialmente commette il reato, - si procede *de similibus ad similia* e dunque le situazioni che sono uguali quanto agli effetti della colpa devono essere interpretate al medesimo modo (27 *passim*). «Nel caso in specie si è dimostrato che un omicidio commesso dietro mandato coinvolge nella sua realizzazione tanto l'esecutore quanto il mandante; quest'ultimo, per di più ha l'aggravante dell'istigazione. Pertanto, determinando l'*argumentum de similibus ad similia*, la soluzione logica del problema è l'equiparazione della pena; ma, aggiunge Gandino, in base alla regola *ubi est par ratio et maior* il mandante andrà punito come e più severamente dell'esecutore» (30, *passim*).

La classificazione specializzante delle condotte viene ad essere nel dettaglio esaminata in un caso specifico - quanto mai attuale. «Se da una casa in cui si trovano quattro persone viene lanciato un sasso che colpisce o uccide un uomo, chi si deve punire se non si individua il responsabile fra loro? La risposta alla *questio* apre la strada alle due opposte soluzioni. Per un verso la soluzione proposta da una parte della dottrina propende allora per l'assoluzione, a meno che i quattro non siano entrati nella casa con il proposito di delinquere *causa offendendi*. Altra soluzione ammettendo il concorso, condannerebbe tutti quanti in quanto chi ha materialmente lanciato il sasso ha evidentemente agito *de mandato aliorum et voluntate*». Per uscire dall'impasse, ancora una volta Gandino invoca il ricorso all'*arbitrium* del giudice: la pena dovrà comunque essere inflitta a tutti, ma sarà soltanto pecuniaria. Questa soluzione consente di evitare l'ingiustizia aberrante di una assoluzione indiscriminata di cui beneficerebbe certamente anche il colpevole; nel contempo, l'irrogazione di una sanzione pecuniaria in luogo della pena capitale tiene fede ad uno dei principi fondamentali del diritto penale - ossia l'impossibilità di condannare a morte *ex presumptionibus* - (33 *passim*), con conseguente visione garantista attuata in seno a responsabilità collettiva, previo pagamento di somma per il danno realizzato.

<sup>42</sup> Sull'evoluzione in tema PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, cit., 22-23. Vedi anche per un *excursus* storico di diritto comune, SORICE, *Voluntas et propositum distinguunt maleficia. L'emersione della responsabilità soggettiva nell'età del diritto comune*, in *Concorso di persone nel reato e pratiche discorsive dei giuristi un contributo interdisciplinare*, cit., 43 ss., nella specificità dell'opera di Bartolo da Sassoferrato, per cui, a differenza della *communis opinio*, relativa ad una rissa culminata in omicidio (anch'essa ipotesi molto attuale) in entrambe le ipotesi è l'*animus* e non l'*effectus* ad assumere rilevanza. «Nel caso in cui la rissa sia nata *ex quoddam accidendi*, non si può escludere che al momento dello scontro alcuni degli aggressori a(vessero) già in mente l'idea di commettere l'omicidio e pertanto anche in quest'ipotesi l'*ictus* serve per accertare l'eventuale *voluntas occidendi* di ciascuno dei partecipanti. Una volta accertato che la rissa sia scoppiata per motivi del tutto estranei alla volontà dei litiganti senza *animus principaliter*, ma solo in questo caso e, in assenza di prova sull'identità del vero omicida, il giurista

anche oggi – non completamente – messo da parte<sup>43</sup>. Se la responsabilità collettiva scompare, altrettanto non può dirsi del modello oggettivo di responsabilità penale, sia pure dagli intenti di dichiarata personalizzazione.

Il raffronto più immediato rimanda alla formulazione – riferibile a fattispecie astratte a livello sostanziale – del codice Zanardelli all’art. 45 (libro I, titolo VI. *Della imputabilità, e delle cause che la escludono o la diminuiscono*)<sup>44</sup>, che contrappone le ipotesi di delitto doloso a tutte le altre, ivi comprese quelle oggettive e alla formulazione attuale ex art. 42, comma 3, c.p., dalla *rubrica legis* unica. In entrambe le disposizioni manca l’intenzionalità della condotta criminosa. Nel codice Rocco tale assenza è dichiarata sulla base di un fatto punibile, indipendentemente dal giudizio di colpevolezza. La particolarità della responsabilità obiettiva in tal caso ha due elementi in più rispetto al precedente art. 45 c.p.: il dato lessicale «al servizio di una precisa tecnica legislativa» (e di politica criminale) e il conseguente automatismo dell’imputazione del fatto al suo autore<sup>45</sup>.

Dal dato letterale, nella sua “eccezionalità” prende atto il percorso interpretativo di individuazione dei *fenomeni* a carattere oggettivo-causali presenti nel nostro sistema. Quanto ai casi codificati di responsabilità oggettiva, che il dinamismo legislativo e la logica giurisprudenziale degli ultimi decenni hanno provveduto a ridurre drasticamente o quanto meno a renderli accettabili al di là della mera causalità (e che causalità!), la nostra attenzione è rivolta alla formulazione letterale dell’art. 116 c.p., che mantiene lo stesso articolato semantico dell’art. 42, comma 3, c.p., identificando in quell’insidioso avverbio *altrimenti*

---

ritiene che i compartecipi possano essere assolti *in criminalibus*, fatta salva l’azione di damno». (51, *passim*).

Diversamente se il dolo insiste *ex ante*, se è già nelle intenzioni dei compartecipi e denota la loro *voluntas occidendi* «tutti debbono essere ritenuti colpevoli *de occiso*, anche nel caso in cui non si riesca ad accertare l’identità di chi ha inflitto il colpo mortale, al di là di ogni nesso di causalità tra ferita e morte. Gli aggressori sono tutti ugualmente responsabili anche quando il progetto criminale non sia stato portato a termine, nonostante le norme statutarie tengano in conto solo la commissione materiale del delitto. È su questo punto che il giurista prende le distanze dalla dottrina che, forse ad eccezione di Gandino, giustifica la punibilità del solo delitto consumato a condizione che sia identificato l’autore del colpo mortale» (52, *passim*).

<sup>43</sup> Cfr. sul punto PATTI, *Il declino della responsabilità oggettiva (ai margini dell’art. 2051 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 977 ss.

<sup>44</sup> Sull’oggettività dell’art. 45 c.p. vedi DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Città di Castello, 1930, 73 ss., con riferimento alla dottrina italiana e tedesca.

<sup>45</sup> PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, cit., 30.

la ripetizione di una schematizzazione concorsuale in cui si intrecciano volontà e causalità.

L'art. 116 c.p. si attiva già nel caso in cui il reato sia diverso da quello voluto e non solo quando il reato realizzato sia diverso da quello voluto. La norma è immediatamente operante quando all'adesione ad un progetto criminoso da parte dei partecipi segue nella progressione degli eventi (non naturalistici) un reato diverso, senza la partecipazione soggettiva degli stessi o di parte di essi. Ne consegue che dalla volontà alla causalità il passo è breve, così come la responsabilità penale diviene obiettiva in assenza di *voluntas criminis* per il reato diverso<sup>46</sup>.

L'ipotesi di responsabilità oggettiva è tale perché prescinde da ogni indagine sull'elemento intenzionale del partecipe (di taluno di essi) in ordine al reato realizzato<sup>47</sup>. Come connettere giuridicamente il reato voluto dal partecipe e il reato realizzato da altro partecipe (autore)? In assenza di elemento soggettivo subentra la spiegazione giuridico-oggettiva della causalità giuridica. L'indagine è rivolta a individuare come il partecipe abbia concorso, abbia causato il reato diverso<sup>48</sup>. La serie causale posta in essere dovrebbe produrre il reato voluto, ma ne viene commesso un altro.

Pagliari, nel sempre attuale lavoro monografico sulla responsabilità *partecipe* per reato diverso, parla di serie causale ai sensi degli artt. 40, 41 c.p.: la spiegazione dell'apporto causale deve essere collegata in qualche modo al nesso tra la condotta del partecipe che voleva un certo reato e la condotta dell'autore per

---

<sup>46</sup> Secondo PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, cit., 49-50, *passim*, l'art.116 c.p. coglie quella particolare situazione in cui si incrociano -confondendosi - volontà e causalità. «La posizione del partecipe è vista in realizzazione al reato voluto ma dalla cui realizzazione si è deviato, ed un reato realizzato di cui non occorre indagare il momento intenzionale. L'indagine esegetica, infatti, è esclusivamente indirizzata dalla norma all'individuazione del reato "voluto" ed al riscontro di un reato "diverso". In sostanza la norma è immediatamente operante quando si individui l'adesione per commettere un determinato reato ed il progredire dell'azione verso un reato 'diverso', senza la partecipazione di uno o più fra coloro che aderirono al reato progettato».

<sup>47</sup> PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, cit., 50, *passim*.

<sup>48</sup> Cfr. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 586 ss. sul *nesso di causalità tra la condotta di concorso e l'evento del reato diverso*. L'autore a ragione nega l'ammissibilità di un rapporto causale naturalistico tra condotta del partecipe ed evento, poiché tale teoria dissolverebbe la portata normativa dell'art. 116 c.p., così come rigetta l'idea di un rapporto di condizionalità fisica, in virtù del concetto, ben acquisito che si tratti di evento giuridico (582 ss.)

il reato realizzato (non voluto) in senso giuridico e non naturalistico o di condizionalità fisica<sup>49</sup>.

Il nesso causale, dunque, non attiene soltanto al rapporto oggettivo tra condotta ed evento del partecipe, ma al collegamento – in qualsivoglia maniera – tra la sua condotta e la condotta di altri (autori di reati diversi). Nel rispetto della teoria generale del reato l'unico concetto capace di esprimere tale rapporto di causalità è dato dal concetto di «logico condizionamento», per cui la «lesione degli interessi sociali non si sarebbe verificata, qualora il soggetto avesse tenuto una condotta diversa da quella vietata»<sup>50</sup>. Il logico condizionamento è dunque il “requisito minimo” della responsabilità causale *ex artt. 40, 116 c.p.*, per cui l'offesa degli interessi giuridici (socialmente rilevanti) da cui dipende l'esistenza del reato non si sarebbe verificata in assenza dell'azione o omissione del partecipe<sup>51</sup>. Tuttavia la stessa causalità fondata sul nesso tra azione ed evento non può trascendere il finalismo di chi agisce<sup>52</sup>.

Il problema dell'oggettività è ben sottolineato dallo stesso Pagliaro in rigore

<sup>49</sup> In senso critico, PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 590-1.

<sup>50</sup> PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 586.

<sup>51</sup> Sul punto F. BASILE, *Commento all'art. 116 c.p.*, in *Codice penale commentato*, cit., 1624-6. La sussistenza del nesso causale tra la condotta del concorrente anomalo e il “reato diverso” effettivamente realizzato va accertata in base alle ordinarie regole valide per il concorso di persone, quindi, secondo l'orientamento della causalità condizionalistica. Del resto, l'art. 116 c.p. ripete – anche in questo caso – la stessa formula (“se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione”) *ex art. 40 c.p.* in tema di rapporto di causalità. Inoltre «nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale si legge che il concetto di causalità nell'art. 116 “è una pura e semplice applicazione degli articoli (40 e 41), che non distinguono tra cause mediate e cause immediate, cause dirette e cause indirette, cause simultanee e cause successive” [Rel. min. prog. c.p. I, 173]». Cfr. in tema COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, 2008, sull'avallo logico normativo dell'art. 116 c.p., 135 ss.

<sup>52</sup> Cfr. sul finalismo dell'azione – senza pretese di completezza in tal sede – cfr. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 172 ss.; PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, cit., 409. «La causalità è del tutto inadatta a rappresentare la ragione sufficiente della sussunzione unitaria e unificata delle condotte di concorso nel quadro della nuova tipicità plurisoggettiva. In primo luogo, risulta problematica l'identificazione dei termini del (supposto) nesso causale: si tratta di far capo all'altrui condotta o all'evento, o non piuttosto ad entrambi? e nell'esecuzione frazionata, chi cagione che cosa? Per non dire che, in tutte le forme concorsuali basate sulla comunicazione (istigazione, determinazione, consiglio) la causalità dovrebbe esprimersi in termini di causalità “psichica”: una categoria quanto meno infida, destinata a tradursi in apriorismi concettuali indimostrabili. Che tipo di processo eziologico dovrebbe attivare l'istigazione per assumere un ruolo “causale”? La causalità “psichica” è in realtà figlia di una psicologia indeterministica che ha fatto il suo tempo, se mai ne ha avuto uno, e che sopravvive soltanto nelle pagine di qualche manuale penalistico o di qualche sentenza proclive a motivare ricorrendo a *tópoi* concettuali frusti e bislacchi», con riferimenti in nota all'opera di DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino 2001, 328 ss.; RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007, 14-19.

della lettera della legge e del mancato requisito *ex art. 27 Cost.* Occorre un collegamento anche minimo tra le serie causali del partecipe e il reato diverso. Solo quando si pone in essere una relazione tra la condotta dell'agente e il reato non voluto è possibile applicare l'art. 116 c.p. Questo collegamento è individuato nella "prevedibilità" dell'evento realizzato, quale sfera e limite di operatività della norma *anomala*<sup>53</sup>.

Nella comparazione semantica tra le due norme la locuzione "l'evento è posto *altrimenti* a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione" *ex art. 42 c.p.* si riflette nel dettato "*anche* questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione". In entrambi i casi manca la volontà del partecipe di determinare l'evento. In entrambi i casi è sancita a chiare lettere una causalità di tipo materiale (che non ha senso nel nostro sistema, ma esiste *ex art. 116 c.p.*). Anche fattispecie e fatto tipico sono concetti perfettamente coincidenti. Se l'art. 42 c.p. presenta elementi descrittivi piuttosto scarni, la "specificità" dell'art. 116 c.p. sta nello «spezzare» la serie causale che il partecipe dovrebbe porre in essere al fine di produrre l'evento (voluto). L'azione/omissione del partecipe si rivolge all'evento, ma nella "sua" condotta si inserisce *prevedibilmente* la condotta dell'autore principale che produce un *altro* evento. La norma viene valutata in base al risultato non voluto, cui il partecipe non tendeva, «col solo limite che l'evento realizzato non *dovesse* considerarsi del tutto eccezionale»<sup>54</sup>.

3. *Il concorso "anomalo" come concorso - diversamente - voluto.* Da subito l'art. 116 c.p., dagli oggettivi *giustificati* riverberi, è letto alla luce della colpevolezza (oltre che della "non" semplice causalità). L'impostazione ermeneutica *colpevole* è data dalla Corte costituzionale che, con una sentenza interpretativa

---

<sup>53</sup>PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 592-93 ss. con riferimento alla causalità adeguata, fondato sul rapporto condizionalistico, sostenuto dalla dottrina dominante e da giurisprudenza e alla fondante distinzione tra *prevedibilità astratta e concreta* con le criticità connesse alla prevedibilità tra fattispecie astratte (quella del reato voluto e quella del reato realizzato). *Contra* PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, cit., 52, *passim*, secondo cui «se manca il rapporto di causa e effetto tra l'attività del partecipe ed il reato commesso, la prevedibilità non sarebbe il limite, ma la sostanza dell'art. 116 c.p. Il limite non è la prevedibilità, ma la possibilità di configurare la responsabilità per fatto proprio. Il limite è logico ed è insuperabile: l'attribuibilità del fatto al partecipe a titolo di responsabilità oggettiva».

<sup>54</sup>PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, cit., 95. Vedi sulla distinzione tra fatto e colpevolezza sulla natura accessoria del concorso criminale, DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, cit., 60 ss.

di rigetto, respinge l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 116 c.p. in relazione all'art. 27, comma 1, Cost.: la responsabilità prevista in tema di concorso *anomalus* si innesta in rapporto *misto* di causalità materiale e di causalità psichica<sup>55</sup>. La responsabilità dei concorrenti *ex art.* 116 c.p. non è assolutamente in contrasto con il principio costituzionale della personalità della responsabilità penale, in quanto la logica strutturale della fattispecie esige non soltanto un rapporto di causalità materiale, ma anche un rapporto di causalità psichica: il reato diverso e più grave commesso dal concorrente deve rappresentarsi nella psiche dell'agente - nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani - come sviluppo logicamente prevedibile del reato voluto, affermandosi in tal modo anche la necessaria presenza di un *minimal* (ma sufficiente) coefficiente di colpevolezza<sup>56</sup>.

Lo schema "iniziativo" di colpevolezza, proposto *ab initio* dalla giurisprudenza - in conformità al principio costituzionale della personalità della responsabilità penale - sostiene che il concorrente anomalo è chiamato a rispondere di un reato doloso, in stretta simbiosi con un atteggiamento colposo. Tale assunto si basa su distinti elementi, quali l'assenza di volontà sotto il profilo del dolo diretto o eventuale; la violazione di elementari regole di prudenza, *affidandosi* - ai fini della realizzazione dell'azione criminosa - all'altrui iniziativa, di insuscettibile controllo; la prevedibilità, intesa come prevedibilità logica ed astratta - da non confondersi con la previsione dell'evento diverso o più grave, né con la prevedibilità logica e concreta - nel senso che le modalità e i mezzi di esecu-

<sup>55</sup> Sui problemi di costituzionalità relativi alla sentenza n. 42/1965, PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 614 ss., in specie 621-626.

<sup>56</sup> Cfr. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza*, cit., sull'evoluzione del ruolo della dottrina, della Corte costituzionale, della Corte di Cassazione; TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, Padova, 1979, in specie § *La responsabilità per l'evento non voluto nella prospettiva dell'art. 27, 1° e 3° comma della Costituzione*, 214 ss.; DE FRANCESCO, *Le forme di manifestazione del reato*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo-Paliero, Torino, 2011, 208 ss., in specie 210; MACCHIA, *Concorso anomalo: un tentativo (azzardato?) di ricostruzione della responsabilità per il fatto diverso da quello voluto*, cit., 500 ss.; COCCO, *La colpevolezza quale principio costituzionale (e il buon vecchio libero arbitrio)*, in *Diritto (penale e procedura) online*; F. BASILE, *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, Treccani, *Libro dell'anno 2016*, che opera una ricognizione giurisprudenziale in ordine al combinato disposto degli artt. 116, 584, 586 c.p., distinguendo i casi di ammissibilità del concorso anomalo per colpa (prevedibilità di concreto) dalle ipotesi escluse; ID., *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta*, cit., 933 ss. Sullo Statuto costituzionale e *La Corte costituzionale e la tendenza al superamento della responsabilità oggettiva*, MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 123 ss.

zione concordati e conosciuti sono tali da rendere possibile e tutt'altro che eccezionale un trasmodare/un diversificare della condotta concordata<sup>57</sup>.

A seguire si è avvertita la necessità giuridica di coniugare il concetto di colpa (colpevolezza *anomala*) nell'area obiettivo-causale del 'reato diverso per il voluto', commesso in concorso. Nella prospettiva della sentenza n. 364/1988 la Corte costituzionale ha stabilito che il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve necessariamente includere 'almeno' la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica<sup>58</sup>.

Ciò premesso, nella prospettiva dell'art. 116 c.p., il reato diverso da quello voluto non si può non considerare come uno degli elementi più significativi della fattispecie in esame. La Consulta afferma, inoltre, che il problema della violazione delle regole preventive che consentono di riscontrare nell'agente la colpa per il fatto realizzato va posto in relazione al complessivo risultato vietato che nella responsabilità prevista dall'art. 116 c.p. è costituito dalla produzione del reato diverso non voluto<sup>59</sup>.

Nel passaggio alla sentenza n. 1085/1988 la Corte costituzionale specifica ulteriormente il rispetto dell'art. 27, comma 1, Cost., per cui la responsabilità penale è personale, solo quando tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie sono soggettivamente collegati all'agente, nel senso che sono investiti dal coefficiente psicologico del dolo o della colpa. Gli elementi soggettivi *ex art. 43 c.p.* sono rimproverabili a tutti i concorrenti e a ciascuno di essi.

I tasselli della "colpevolezza allargata" vengono ulteriormente sviluppati dalla giurisprudenza costituzionale di ultima generazione. Il principio di colpevo-

---

<sup>57</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 9 gennaio 1986, n. 4030, in *Cass. pen.*, 1987, 1108; Cass., Sez. I, 23 febbraio 1995, n. 3381, *ivi*, 1996, 1129; Cass., Sez. I, 6 ottobre 1988, n. 11889, *ivi*, 1989, 2182.

<sup>58</sup> Attualizzante il contributo di DONINI, *La personalità della responsabilità penale tra tipicità e colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577 ss. Nel dettaglio vedi anche CANESTRARI, *Responsabilità oggettiva*, cit., 116-118, con riferimento alla evoluzione giurisprudenziale, alla distinzione tra le ipotesi di responsabilità oggettiva "pura o propria" e quelle di responsabilità "spuria e impropria" e al criterio della "significatività" degli elementi.

<sup>59</sup> F. BASILE, *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, cit., nelle norme al nostro esame, il reato diverso da quello voluto (nell'art. 116 c.p.), la morte (nell'art. 584 c.p.), la morte o le lesioni (nell'art. 586 c.p.) non possono non essere ricompresi tra «gli elementi più significativi», essendo essi assai significativi sia rispetto all'offesa (in quanto incarnano l'offesa a beni giuridici penalmente protetti, anche di rango assai elevato, quali la vita e l'incolumità individuale), sia rispetto alla pena (in quanto determinano l'inflizione di una pena maggiore rispetto a quella prevista per il solo reato-base).

lezza, infatti, si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici, ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti secondo la più recente sentenza n. 322/2007<sup>60</sup>.

L'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale più recente delle linee interpretative dell'istituto del concorso anomalo esclude che l'art. 116 c.p. possa contemplare un'ipotesi di responsabilità oggettiva, non conforme al principio costituzionale della personalità della responsabilità penale e al principio fondamentale di colpevolezza, entrambi ricavabili dalla regola generale di cui all'art. 27, comma 1, Cost., ma piuttosto una fattispecie punita a titolo di dolo rispetto alla condotta voluta e meno grave e a titolo di colpa rispetto alla condotta criminosa non voluta e più grave in concreto consumata, dunque, prevedibile, facendo uso, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto nonché alla personalità del concorrente, della dovuta diligenza<sup>61</sup>.

Il concorso anomalo evolve fino a giungere ai marcati profili della responsabilità penale, *personale*, nella quale si è definitivamente affermato il *dictum* secondo cui «il principio di personalità della responsabilità penale potrebbe dirsi rispettato solo quando il precetto penale sia formulato in termini tali da garantire il collegamento psichico tra l'agente e il “nucleo significativo o fondante

---

<sup>60</sup>La Consulta è chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 609 - *sexies* c.p., - moderna formulazione della norma “obiettiva” ex 539 c.p. in base alla quale il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa nei delitti a sfondo sessuale. In tema MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata*, cit., 131 ss.; U. DINACCI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato nell'aberratio delicti e nel concorso anomalo tra difetti di coordinamento e rilievi di ordine costituzionale*, cit., 10-11, nell'esegesi della pronuncia della Cass., Sez. II, 28 luglio 2018; COCCO, *La colpevolezza quale principio costituzionale (e il buon, vecchio libero arbitrio)*, 6-7, con richiamo alla Corte cost. tedesca, «che fonda il principio di colpevolezza sulla dignità umana, e della Corte edu, che lo riconosce come corollario del principio di legalità. In particolare, la famosa sentenza C. edu 20.1.2009, Sud Fondi c. Italia, chiarisce che, nonostante l'art. 7 Cedu (*nulla poena sine lege*) non lo preveda espressamente, i concetti di *guilty* o *personne coupable*, ovvero persona colpevole, ne impongono l'interpretazione nel senso che alla base della pena vi deve essere un legame intellettuale che consenta di affermare la responsabilità dell'autore materiale della infrazione». Leggi anche Pesce, *La non estendibilità dell'aggravante soggettiva al concorrente anomalo: un tentativo di porre rimedio alla responsabilità oggettiva dell'art. 116 c.p.* (Nota a Cass., Sez. I, 3 dicembre 2010, n. 9883), in *Cass. pen.*, 2012, 487 ss.; D'Oria, *Concorso «anomalo» e prospettive metodologiche nell'accertamento dell'elemento soggettivo*, in *Cass. pen.*, 2003, 2302 ss.

<sup>61</sup> Cfr. in giurisprudenza Cass., Sez. V, 8 luglio 2009, n. 39339, Rv. 245152; Cass., Sez. II, 15 gennaio 2009, n. 10098, Rv. 243303; Cass., Sez. I, 15 novembre 2012, n. 4330, Rv. 251849. Vedi anche Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2000, in *Cass. pen.*, 2001, 2352 ss., con nota di P. PIRAS, *L'elemento soggettivo del concorso anomalo*.

della fattispecie”, nel quale si risolve il disvalore del fatto incriminato, giustificando così la funzione della pena, che ne consegue»<sup>62</sup>.

In relazione al 2 comma *ex art.* 116 c.p. è intervenuta recente pronuncia, la n.55/2021 della Corte costituzionale, soffermandosi sui delicati rapporti tra recidiva reiterata e concorso ‘anomalo’. La Consulta ha ravvisato l’incostituzionalità dell’art. 69, comma 4, c.p., nella parte in cui sanciva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante prevista dall’art. 116, comma 2, c.p. sulla recidiva reiterata<sup>63</sup>.

Il divieto legislativo di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all’attenuante del capoverso dell’art. 116 c.p. è stato dichiarato illegittimo per violazione dei principi di proporzionalità della pena e di uguaglianza. Per un verso si è ritenuto che siffatto divieto rischiasse di dar luogo ad un trattamento sanzionatorio tale da impedire alla pena di esplicare la sua tendenziale funzione rieducativa, con conseguente violazione dell’art. 27, comma 3, Cost.

Per altro verso ritenere prevalente la recidiva reiterata sulla circostanza attenuante di cui all’art. 116, comma 2, c.p. sminuiva – negandola – la stessa funzione del trattamento differenziato *diminuente*, unico spiraglio di graduazione funzionale del concorso anomalo in relazione alla dosimetria sanzionatoria,

---

<sup>62</sup>MACCHIA, *Concorso anomalo: un tentativo (azzardato?) di ricostruzione della responsabilità per il fatto diverso da quello voluto*, cit., 502; F. BASILE, *Principio di colpevolezza e responsabilità oggettiva*, cit., Nella nota sentenza si legge, infatti, «affinché l’art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all’agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati: e tra i predetti elementi sicuramente rientra, nelle norme al nostro esame, il reato diverso da quello voluto (nell’art. 116 c.p.), la morte (nell’art. 584 c.p.), la morte o le lesioni (nell’art. 586 c.p.) in quanto essi contrassegnano incisivamente il disvalore delle relative fattispecie».

<sup>63</sup> Nel dettaglio SQUILLACI, *Concorso ‘anomalo’ e recidiva. ‘Sofferenza’ del principio di colpevolezza e circostanze privilegiate nella disciplina dell’art. 116 c.p.*, cit., ricostruisce la produzione giurisprudenziale in tema di “sciame di precedenti”, fornendo una riflessione di ordine più generale sul ruolo sistematico dell’art. 116 c.p. al metro del principio di colpevolezza e sui limiti dei tentativi di fornirne una lettura costituzionalmente orientata; NARDOCCI, *La Corte costituzionale ritorna sul bilanciamento tra circostanze e restituisce al giudice (ma solo in parte) la valutazione del giudizio di prevalenza Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1093 ss. La sentenza n. 55/2021 è leggibile su [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 1 aprile 2021, con scheda di LAZZERI, *Incostituzionale, per contrasto con il principio di proporzionalità della pena, il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata dell’attenuante del concorso anomalo ex art. 116 c. 2 c.p.* Vedi anche BORGABELLO, *Prevalenza dell’attenuante prevista dall’art. 116 comma 2 c.p. sulla recidiva prevista dall’art. 99 comma 4 c.p.: un’altra sentenza della Corte costituzionale dichiara l’illegittimità dell’art. 69 c.p.*, in *Giurisprudenza penale*, 2021, 6.

unico spiraglio di costituzionalità della norma, ovvero «sanzionare in modo diverso situazioni profondamente distinte sul piano dell'elemento soggettivo (quello del correo che pone in essere l'evento diverso e più grave e quello di chi vuole il reato meno grave senza prevedere, colpevolmente, che questo possa degenerare nel fatto più grave)»<sup>64</sup>.

I contenuti costituzionali, gli sforzi oltremodo legalizzati di “innestare” una colpevolezza che trascenda l'oggettività intrinseca del concorso anomalo evidenziano una «inversione metodologica» che pecca di concettualismo estremo, per cui «anziché ricavare il concetto dalla regola, si rischia così di interpretare la regola alla luce di un concetto aprioristicamente dato»<sup>65</sup>.

Il dettato costituzionale si basa, dunque, su premesse forzate a metodologia invertita. Il contenitore “oggettivo” (o pseudo tale o pseudo colposo) dell'art. 116 c.p. si colma con il contenuto di una diversa previsione normativa, di matrice opposta, quale l'art. 27 Cost.

Il ‘diverso per il voluto’ diviene nella lettura costituzionale il ‘soggettivo per l'oggettivo’, partendo da un concetto elevato normativamente (e successivo cronologicamente) su un piano dommatico per adattarvi la norma *anomala*, conferendole significati che oggettivamente essa non ha. Il postulato concettuale dell'art. 116 c.p. basato sulla logica del *versari in re illicita* (inclusiva dei fatti non previsti dalla legge come reati colposi) è ricostruito esegeticamente sulla “reinterpretazione” correttiva della prevedibilità - in astratto prima/in concreto a seguire -, creando un allineamento *fittizio* come la responsabilità per colpa, ferme restando le anomalie del caso<sup>66</sup>. Interpretare *secundum Constitutionem* altera in ogni caso sia le premesse che i risultati dell'interpretazione dell'art. 116 c.p., in quanto il fondamento strutturale resta l'identica risposta sanzionatoria rispetto a chi volle il reato meno grave, ancorata all'imputazione dolosa dell'autore, mentre la responsabilità del partecipe risulta un'imputazione colposa “amputata”, senza l'accertamento della violazione di una regola

---

<sup>64</sup> Cfr. § 9 del Considerato in diritto.

<sup>65</sup> Così SQUILLACI, *Concorso ‘anomalo’ e recidiva. ‘Sofferenza’ del principio di colpevolezza e circostanze privilegiate nella disciplina dell'art. 116 c.p.*, cit., 19-20, con richiami in nota alla dottrina del caso.

<sup>66</sup> Cfr. acutamente PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., sulle forme di prevedibilità in relazione al contenuto dell'illecito penale.

oggettiva di cautela<sup>67</sup>.

4. *Possibili spiegazioni del ‘diverso’ per il ‘voluto’*. Il lavoro di Pagliaro delinea la struttura dell’art. 116 c.p. nei requisiti espressamente indicati della volizione di un reato in concorso; della realizzazione della condotta in concorso, della commissione del reato diverso; della condotta ed evento del reato diverso ed, infine, del nesso di causalità tra condotta di concorso ed evento del reato diverso<sup>68</sup>. L’equazione ‘diverso per voluto’ stigmatizza due modelli di responsabilità penale, una dolosa, l’altra da definirsi, sottointendendo gli ulteriori elementi dell’equazione, esplicativi di un rapporto senza volontà e senza colpa, basato sulle conseguenze delle proprie azioni ed omissioni.

Preme in questa sede esaminare la *voluntas* (qualora esista) del reato concorsuale *diverso* rispetto a quello *voluto*. Il significato doloso dell’art. 116 c.p. rimanda al significato tecnico del volere espresso a chiare lettere dall’art. 43 c.p., pur nelle sue *umane* declinazioni<sup>69</sup>. Ed è il primo profilo da valutare nella dinamica della responsabilità *anomala*.

Qualora venisse meno la volontà dolosa e la condotta criminosa del partecipe afferisse ad una fattispecie colposa, la norma applicabile non sarebbe l’art. 116 c.p., ma la disciplina della fattispecie plurisoggettiva eventuale con imputazione colposa (artt. 110/113 c.p.). Allo stesso tempo la volontà dolosa del partecipe deve avere un oggetto specifico (non evento naturalistico/ma giuridico), legato alla fattispecie dolosa. Il dolo, pertanto, si coniuga alla tipicità della fattispecie (di parte speciale), su cui verte l’accordo criminoso dei concorrenti/partecipi<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> CANESTRARI, *Responsabilità oggettiva*, cit., 121. Interessante sul punto la ricostruzione di HELFER, *Il concorso di persone nel reato*, cit., 192 ss., sui passaggi da un *diritto penale oggettivo* a un *diritto penale soggettivo*.

<sup>68</sup> PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 537 ss. Lo schema viene replicato con rigore interpretativo dalla dottrina. Per tutti F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., 126 ss., con riferimento specifico alle variabili soggettive ed oggettive del caso.

<sup>69</sup> Così evidenziate da PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 1265 ss.

<sup>70</sup> PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 559. La variabile del dolo eventuale – teoricamente ammissibile come spiegazione possibile del fenomeno del reato doloso di cui si accetta il rischio prevedibile della verificabilità – è da escludere in virtù della mancanza dei presupposti necessari di tale “volontà” (equivalenza normativa tra atteggiamento psicologico dell’agente e «volontà di un reato», in quanto l’art. 116 c.p. parla di evento voluto e non realizzato e di evento non voluto ma realizzato). Tuttavia, l’art. 116 c.p., prevedendo «la responsabilità dell’agente anche per il reato commesso *oltre* quello voluto», includerebbe l’atteggiamento psicologico del dolo eventuale per il reato voluto.

Non vuole essere la «proiezione del fatto esteriore sullo schermo mentale del soggetto»<sup>71</sup>. Il «volere il fatto comune come proprio» *ex art.* 110 c.p. diviene il “previo accordo” per la commissione di un fatto tipico di reato *ex art.* 116 c.p., assimilabile a quella «coscienza/volontà di concorso»<sup>72</sup>.

La coscienza/volontà del concorso *ex art.* 116 c.p. non rappresenta un’immagine mentale “ad alta definizione”. Risulta, pertanto, incompatibile con la proiezione nel futuro dell’evento giuridico da realizzare: la rappresentazione mentale e volontaria del fatto costituente reato concorsuale non può postulare una visione chiara e distinta di tutti i dettagli giuridicamente significativi (il reato diverso non voluto e realizzato). L’elaborazione di Pedrazzi richiama un dolo *per relationem*, amplificato dal «moltiplicarsi dei rischi di deviazioni operative per il fatto stesso della divisione dei ruoli»<sup>73</sup>, in una sorta di *normativizzazione* massima del dolo<sup>74</sup>.

Il dolo di concorso in sé apre a spazi “soggettivi” di indeterminazione, sia per numero di concorrenti, sia per modalità delle condotte, rappresentabili e rappresentate, di cui si ha consapevolezza nello svolgimento dinamico della fattispecie tipica (prevedibile, ma non sino al limite dell’eccezionalità). Nella descrizione della situazione normativa *ex art.* 116 c.p. è il momento rappresentativo del dolo ad avere la meglio su quello volitivo nella cornice del previo accordo. La prospettiva dell’articolo *de quo* coglie il «contenuto minimale del dolo di concorso in rapporto all’effettualità riscontrabile a posteriori»<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> L’espressione rimanda a PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1266.

<sup>72</sup> La coscienza di concorso può essere intesa come la consapevolezza che il volere, tipico di una fattispecie di reato, troverà la sua realizzazione grazie al convergere della propria attività materiale con quella di altri soggetti (prima ipotesi); oppure come consapevolezza di collaborare con altri alla realizzazione di un fatto, che, secondo la legge penale, costituisce reato, senza che sussista coincidenza tra fatto voluto e fatto realizzato (seconda ipotesi). Cfr. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 536 con riferimento ai lavori di Musotto (1) e di PEDRAZZI, Antolisei(2).

<sup>73</sup> PEDRAZZI, *op.loc.cit.*, dopo l’esame del dolo alternativo in relazione alle ipotesi di *aberratio ex art.* 82, 83 c.p.

<sup>74</sup> PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Milano, 1960, in *Il diritto penale tra norma e società*, cit., 141 ss., in specie il § sul contenuto del volere 360-368. Di recente COCCO, *La volontà dell’evento nel dolo eventuale come concetto non psicologico ma normativo-ascrittivo*, (nota a Cass., Sez. V, 3 maggio 2021, n. 27905, Ciontoli e al.), in *Resp. civ. prev.*, 2021, 1502 ss.

<sup>75</sup> PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, cit., 1271-72. «L’opinione tedesca dominante, non vincolata da direttive legali, propende per un’impostazione concreta, orientando il dolo dell’*Anstifter* e del *Gehilfe* sul fatto principale, colto nel suo potenziale di illiceità (*Unrechtsgehalt*) e nella sua direzionalità offensiva (*Angriffsrichtung*): però - avvertono gli autori - ridotto all’essenziale, sfrondato dei particolari storici di secondario rilievo».

Lo schema simil-doloso della norma presuppone – nella rappresentazione del concorso – un reato diverso, verso cui la condotta criminosa nelle sue diramazioni soggettive (le condotte dei partecipi) possa vertere o evolvere nella progressione più grave. Da tale prospettiva di rappresentazione dolosa comune e concorde nei fini e nei mezzi ha (forse) senso – costituzionale o meno – intravedere un requisito di colpevolezza per il reato più grave, quale la “prevedibilità” dello stesso<sup>76</sup>.

*5. Piano a) dolo + causalità della struttura concorsuale ex art. 116 c.p.* L'equazione ‘diverso per voluto’ è stata sviluppata e ‘risolta’ in modi diversi, qui indicati in sottodistinti piani (a, b, c).

Se sussiste, dunque, il dolo del concorrente che realizzò il reato diverso, ci chiediamo come interpretare la *suitas* della condotta criminosa che afferisce all'altro concorrente (o a taluno), il cui reato – previo accordo in concorso – non si è realizzato. La rappresentazione concorsuale in progressione, che amplifica l'elemento doloso del reato diverso non voluto, ha come seconda condizione *ex art. 116 c.p.* il nesso di causalità tra la condotta di concorso e l'evento del reato diverso.

Quanto a tale seconda condizione, la struttura della fattispecie *ex art. 116 c.p.*, a rigor di logica, presenta solo un dato normativo che consente di collegare l'azione all'evento, in assenza di volontà e in completa equiparazione tra le condotte del partecipe e dell'autore. Siamo di fronte ad un procedimento costruttivo “*per relationem*” con adeguamento *ex lege* alle fattispecie correlate poste in essere, che attenta dottrina, nella trattazione monografica dei profili oggettivi della responsabilità penale, qualifica come “elemento normativo del

---

<sup>76</sup> MACCHIA, *Concorso anomalo: un tentativo (azzardato?) di ricostruzione della responsabilità per il fatto diverso da quello voluto*, cit., 504. «Nella “vicenda” descritta dall'art. 116 c.p., pertanto, il programma doloso “copre” gli sviluppi atipici, nei limiti e fintanto che questi rientrano nel quadro della “prevedibilità,” permettendo all'evento diverso di essere soggettivamente imputabile al concorrente “nolente” in forza di un titolo “altro” – secondo la previsione dettata dall'art. 42, comma 3 – rispetto al dolo, alla colpa o alla preterintenzione». La prevedibilità, pertanto, non assorbe i profili della colpa e non ne esprime, dunque, l'essenza, in quanto ad essa fa difetto qualsiasi collegamento con la inosservanza delle regole cautelari, pretese e concretamente esigibili, che “giustificano” la imputazione dell'«evento» sul piano soggettivo.

fatto”, in «assenza di mezzi descrittivi e di spazio strutturale per l’elemento psicologico dell’azione»<sup>77</sup>.

Ne è conseguito l’ultroneo risultato applicativo della responsabilità oggettiva – in aggiunta alle ipotesi esaminate da F. Basile – , quale *fiction iuris* di azioni ed omissioni che non esistono, in veste di strumento normativo, volto a coprire i vuoti di alcune fattispecie (senza dolo e senza colpa), ma valutate come condotta criminosa *sic et simpliciter*<sup>78</sup>. La – non semplice – relazione causale, che lega l’imputazione all’evento non voluto, viene ad essere qualificata come responsabilità da rischio totalmente illecito<sup>79</sup>.

L’attribuzione al concorrente dell’evento non voluto ex art. 116 c.p. costituisce ipotesi di responsabilità oggettiva, in – non – evidente contrasto col principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, letta la sentenza di rigetto del caso. Pertanto, il concorso anomalo – così come le altre ipotesi codificate di oggettività presenti nel sistema penale – può essere riqualficato come ipotesi di responsabilità da rischio totalmente illecito<sup>80</sup>. L’imputazione dell’evento non voluto su base meramente causale – senza dolo e colpa – riesce a bypassare la confliggenza ideologica ex art. 27, comma 1, Cost., nel momento in cui, accanto al dolo e alla colpa, si collochi un altro criterio esplicativo del principio di colpevolezza, quale la prevedibilità ed evitabilità dell’evento *concretizzabili*.

Il prevedere un evento criminoso nello svolgimento di attività delittuosa in concorso e verificare in sede giudiziale la sua evitabilità in base a valutazioni di fatto sulle dinamiche soggettive dello sviluppo plurisoggettivo eventuale anomalo, *in primis*, rispecchia la funzione basilare dell’art. 116 c.p. A seguire appare criterio più idoneo a risolvere l’equazione ‘diverso per voluto’ in un piano prospettico rivolto alla colpevolezza.

Il semplice ricorso al criterio della colpa ai fini dell’attribuzione dell’evento non

---

<sup>77</sup> PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale*, cit., 98-99, *passim*, nel caso di specie il riferimento attiene sia all’art. 116 c.p., sia alla previsione ormai abrogata degli artt. 539, 519, 520, 521 c.p., relativamente all’ignoranza dell’età del minore di anni quattordici.

<sup>78</sup> F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., 124 ss.

<sup>79</sup> Cfr. PAGLIARO, *Il reato. Parte Generale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Milano, 2007, 140-151. Sull’evoluzione dello stesso concetto in seno all’opera di PAGLIARO, F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., 137-139.

<sup>80</sup> Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2000, 325 ss.

voluto postulerebbe la violazione di norme cautelari, *generiche* diligenza, prudenza, perizia da manuale o *specifiche* regole codificate in vari settori. Tuttavia, in un contesto illecito, quale quello di una fattispecie plurisoggettiva eventuale, non esistono norme cautelari, perché *ex lege* le attività da rischio in questione sono condotte penali, la cui violazione comporta l'applicazione della pena<sup>81</sup>.

La responsabilità da rischio illecito quale spiegazione possibile colpevole in ordine alla fattispecie anomala appare in questa variabile l'esplicazione giuridica più efficace, nel tentativo riuscito di rendere compatibile un concetto di colpevolezza al di là dell'oggettività *ex art.* 42, comma 3, c.p., e della colpa.

6. *Piano b) dolo + colpa della struttura concorsuale ex art. 116 c.p. (la "prevedibilità in concreto")*. Sono sempre i giudicanti a rendere più 'fluidò' il percorso normativo delle strutture concorsuali (*in double sense* afflittivo-costrittivo - leggi concorso esterno o eventuale<sup>82</sup>; reofavorevole-compensativo, come nelle

<sup>81</sup> Così PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 602-603, *passim*, che esclude la responsabilità a titolo di colpa, analizzando il tenore della lettera dell'art. 116 c.p. «Nessun elemento ivi contenuto fa pensare che la legge imponga al giudice la ricerca di una negligenza, imperizia, imprudenza del partecipe nei confronti del concreto verificarsi dell'evento lesivo», rendendo impossibile l'inquadramento tra le fattispecie colpose. Se questo significato "traslitterasse" nella norma di legge «la colpa sarebbe un semplice mascheramento della responsabilità obbiettiva col velo della colpa».

<sup>82</sup> Si rimanda a Cass., Sez. I, 28 febbraio 2014 (ud. 19 novembre 2013), n. 9770, imp. V.J.J.L. ed altro, commentata tra gli altri da F. BASILE, *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, cit., 403 ss., in specie p. 412, nel tentativo di emancipare la norma dal "dominio della responsabilità obbiettiva", subordina l'applicazione dell'art. 116 c.p. all'accertamento della prevedibilità in concreto del reato diverso, dando il giusto rilievo alla sua "concreta rappresentabilità", e alla "personalità dell'imputato" e alle circostanze ambientali del caso.

Un precedente orientamento della Cassazione aveva optato a favore del concorso 'in senso lato' *ex art.* 110 c.p. La giurisprudenza di questa Corte ha affermato che 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 cod. pen., se il compartecipe ha previsto ed 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 (Cass., Sez. I, 15 novembre 2011, n. 4330, Camko, Rv. 251849, che ha ritenuto integrato il concorso ordinario nel tentato omicidio di un agente di una pattuglia della polizia, intervenuta per sventare un furto trasmodato in rapina impropria alla luce della reazione violenta di tutti i partecipi contro gli agenti operanti, in quanto, pur essendo il fatto stato commesso da uno dei compartecipi, facendo uso della pistola sottratta durante la colluttazione, l'episodio più grave doveva comunque considerarsi innestato in una condivisa violenta reazione all'intervento della polizia); sicché non configura il cosiddetto concorso 'anomalo' di cui all'art. 116 c. p., ma rientra nella comune disciplina del concorso di persone l'ipotesi in cui vengano commessi reati ulteriori rispetto a quello programmato, sia pure ad esso collegati (Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2018, n. 49897, S, Rv. 273998).

ultime versioni applicative dell'anomalia concorsuale *ex* 116 c.p.). La Cassazione ha di fatto schermato l'art. 116 c.p. dai riflessi endogeni ed ideologici della responsabilità oggettiva, facendo *retrofront* rispetto al 'pericoloso' criterio della prevedibilità in astratto ed optando decisamente sulla prevedibilità in concreto del reato diverso (dal voluto).

Nel recente e per ora ancora minoritario orientamento giurisprudenziale<sup>83</sup>, l'applicabilità dell'art. 116 c.p. è condizionata da un accertamento della prevedibilità in concreto del reato diverso, evidenziando sotto il profilo soggettivo (colposo) la "concreta rappresentabilità" dell'evento diverso e, per ciò che concerne le "*soft skills*", sottese all'umanizzazione dell'art. 116 c.p., la "personalità dell'imputato, nonché le circostanze ambientali nelle quali si è svolta l'azione". In senso esegetico muta, pertanto, il coefficiente di colpevolezza della "prevedibilità logica" del reato diverso, divenendo "concreto" (parola di difficile uso in area dogmatico-dottrinale). Il concorso di tutti i partecipi (sia quelli che vollero il reato, sia quelli che non lo vollero, sia quelli che potevano prevederne mutazioni genetico-aggravanti in corso d'opera e in corso di rappresentazione psichica *ab initio*) è rinvenibile/accertabile in tutte le peculiarità, che caratterizzano la singola vicenda criminosa in fieri, cui afferisce il contributo del concorrente anomalo<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Da ultimo C. Ass. Sassari, sent. 14 febbraio 2022 (dep. 21 febbraio 2022), Pres. Pusceddu, est. De Luca, leggibile in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 13 aprile 2022.

<sup>84</sup> Con sentenza n. 35444 del 24 giugno 2021 (dep. 24 settembre 2021), in *Dejure*, la II sezione penale della Corte di Cassazione, in particolare con riferimento al reato di rapina impropria, di cui all'art. 628, comma 2, c.p., traccia un percorso argomentativo applicativo dell'art. 116 c.p. «In via generale, nella rapina impropria, la violenza o la minaccia possono realizzarsi anche in luogo diverso da quello della sottrazione della cosa e in pregiudizio di persona diversa dal derubato, sicché, per la configurazione del reato, non è richiesta la contestualità temporale tra sottrazione e uso della violenza o minaccia, essendo sufficiente che tra le due diverse attività intercorra un arco temporale tale da non interrompere l'unitarietà dell'azione volta ad impedire al derubato di tornare in possesso delle cose sottratte o di assicurare al colpevole l'impunità (Cass., Sez. VI, 25 giugno 1999, n. 2410; Cass., Sez. II, 9 aprile 2009, n. 30127). Ai sensi dell'art. 116 c.p. la configurazione del concorso anomalo presenta due limiti negativi secondo la giurisprudenza: 1) l'assenza accertata sotto qualsivoglia profilo del dolo (sia esso indeterminato, eventuale o alternativo) per cui il reato più grave non sia stato già considerato come possibile conseguenza ulteriore o diversa della condotta criminosa concordata (Cass., Sez. II, 30 giugno 2016, n. 31889; Cass., Sez. II, 26 novembre 2015, n. 48330); 2) l'assenza accertata della non atipicità dell'evento diverso (più grave rispetto a quello concordato), non eccezionale, dunque, non imprevedibile, non ricollegabile all'azione criminosa, per cui viene meno l'imperante nesso di causalità impresso *ex art.* 116 c.p. A detta dell'ultima Cassazione sussiste responsabilità per concorso anomalo in ordine al reato più grave

Questo ventaglio investigativo e valutativo in sede giudiziale della complessità criminogena del concorso, nella “coscienza del concorso” e delle conseguenti opzioni di reato (diverse ma non volute, diverse ma prevedute), consente nei fatti di «desumere l’eventuale partecipazione interiore del concorrente anomalo» e nei fini di agganciare la causalità oggettivo-semanticamente dell’art. 116 c.p. ai connotati dell’imputazione colposa, o come di recente definita di «pseudo-colpa»<sup>85</sup>.

Appare chiaro, posto che la questione ha suscitato non poche “turbolenze” in dottrina e giurisprudenza, come l’elemento problematico per giungere a considerare il “diverso per il voluto” coerente con una sistematica penale costituzionalmente orientata, fosse non solo circoscrivere il perimetro oggettivo della fattispecie, ma anche - e soprattutto - individuare il coefficiente psicologico, quale elemento soggettivo di attribuzione dell’evento diverso da quello voluto all’agente.

Il percorso non appare lineare, né privo di insidie, lastricato - certamente - da buoni propositi, che, in realtà, hanno consentito di accogliere una fattispecie *anomala*, quale l’art. 116 c.p., in un sistema/segmento giuridico, in cui vige, inderogabilmente, il principio della responsabilità penale *personale* e, a seguire, della colpevolezza. Se difetta il dolo di concorrere nel reato diverso realizzato, a che titolo il concorrente ne risponde penalmente?

Come sin da subito evidenziato, la qualificazione costituzionale dell’art. 116

---

e diverso da quello voluto ex art. 116 c.p., qualora vi siano gli elementi tipici del concorso (anche parzialmente ex art. 110 c.p.), ovvero 1) la coscienza e volontà di concorrere con altri nella realizzazione di un reato; 2) la realizzazione di un evento diverso, voluto e cagionato da altro partecipante (quel taluno dei concorrenti “concretamente prevedibile”), nonché 3) l’esistenza dell’*onda* causale e psicologica tra la condotta del concorrente che si era accordato sul reato voluto e l’evento diverso, (quello non voluto e realizzato da talun altro), come logico sviluppo di quello voluto e concordato, senza che, peraltro, l’agente abbia effettivamente previsto o accettato il rischio, (in quanto ipotesi di concorso ex art. 110 c.p.).

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto immune da vizi l’impostazione offerta dai giudici di merito nell’affermare la sussistenza del concorso anomalo in capo al soggetto che non ha materialmente commesso il fatto, poiché il reato di rapina impropria, effettivamente realizzato da uno dei due correi, costituisce logico e prevedibile sviluppo del furto programmato, dato che, pur agendo con tutte le cautele possibili, certamente elevata è la probabilità che chi esegua un furto all’interno di un supermercato possa essere sorpreso dai vigilanti addetti ai relativi controlli e, di conseguenza, è prevedibile da parte dei correi che quello di loro che venga sorpreso con la merce possa cercare di sottrarsi al controllo, ponendo in essere forme, anche lievi, di violenza, ma comunque idonee ai fini della integrazione del reato di rapina impropria.

<sup>85</sup> SQUILLACI, *Concorso ‘anomalo’ e recidiva. ‘Sofferenza’ del principio di colpevolezza e circostanze privilegiate nella disciplina dell’art. 116 c.p.*, cit., 13.

c.p. è stata segnata dal Supremo organo di garanzia che, nella sentenza del 13 maggio 1965 n. 42, ha, in un certo senso, fornito la chiave di volta nella lettura e nell'interpretazione della questione, elaborando un'elencazione di requisiti positivi e negativi da accertare, per individuare la responsabilità a titolo di concorso *anomalo*, in particolare: *a*) la sussistenza del nesso causale tra la condotta posta in essere dal compartecipe e il reato diverso realizzatosi; *b*) la necessità che il "diverso per il voluto" sia sviluppo logicamente prevedibile del reato programmato; *c*) la non volizione a titolo di dolo dell'evento, pena l'ascrivibilità della responsabilità penale ai sensi dell'art. 110 c.p.; *d*) la non atipicità, l'eccezionalità, l'eccentricità dell'evento diverso<sup>86</sup>.

Se, da un lato, la Corte costituzionale ha dato una sua risposta alla problematica questione, cercando di trovare la quadratura del cerchio<sup>87</sup>, dall'altro, la giurisprudenza di legittimità ha assunto posizioni antipodiche: la non dimenticata prevedibilità in astratto, quale tentativo mal celato di far rivivere la responsabilità oggettiva, che si affianca alla tanto declinata prevedibilità in concreto.

Si propende verso una visione che, per affermare la sussistenza di un concorso anomalo *ex art. 116 c.p.*, richiede la prevedibilità del reato diverso da quello voluto "in concreto". Deve, pertanto, sussistere una valutazione della possibilità di prevedere la tendenza della condotta voluta verso un evento diverso; il divergere della condotta attiva od omissiva verso un evento differente, ponendo al centro del sistema le circostanze dell'azione e l'esperienza dell'uomo medio,

---

<sup>86</sup> L'esegesi di R. PANNAIN, *Sull'art. 116 del codice penale*, cit., della sentenza n. 42/1965 opera prima una ricognizione letterale dell'art. 27 Cost., in relazione alla colpevolezza e alla personalità della pena, alla luce dell'art. 12 delle preleggi (433-35); nella parte seconda del commento verifica la *dimostrazione*, ovvero se la norma costituzionale sia stata violata, attraverso l'analisi dell'art. 116 c.p., stabilendo che «se l'interpretazione della norma è dubbia, nel senso di prestarsi tanto alla versione inficiata di illegittimità costituzionale, quanto a quella opposta, il giudice ha il dovere di rimettere alla Corte costituzionale la decisione sulla questione di legittimità». La critica di Pannain sull'art. 116 c.p. è feroce e non lascia adito a dubbi. «Ad ogni costo la giurisprudenza vuole introdurre nella responsabilità *ex art. 116* un qualche elemento psichico, in modo da rendere meno brutale l'aberrazione del reato diverso non voluto, appioppato al concorrente ignaro oltre la modificazione del titolo giuridico per il vero e solo reato di concorso» (437-8), richiedendone addirittura la previsione. Nella ricostruzione di Pannain la previsione risulta non assimilabile né a dolo, né a colpa, ma a chiara responsabilità oggettiva.

<sup>87</sup> La questione affrontata dalla Corte costituzionale riguardava la legittimità dell'art. 57 del codice penale, stabilendo che il direttore del periodico risponde per fatto proprio per lo meno perché tra la sua omissione e l'evento c'è un nesso di causalità materiale al quale si accompagna un certo nesso psichico, sufficiente a conferire alla responsabilità il connotato della personalità. Ma di fatto il dato prevalente della giurisprudenza della Cassazione è che «l'art. 116 continua ad essere applicato solo in base al nesso di causalità». Cfr. le conclusioni di R. PANNAIN, *op. loc. cit.*, 443.

ovvero, tutti quegli elementi contingenti e contestuali, che, in qualche modo, abbiano “influenzato” la *devianza* della condotta dal percorso criminoso concorsuale. La prognosi del giudice, per accertare la possibilità di ascrivere l’evento diverso da quello voluto al concorrente, deve essere effettuata, tenendo conto della situazione di fatto, dell’*iter* esecutivo della condotta, delle circostanze personali e ambientali, per poter considerare sussistente o meno il coinvolgimento psichico dell’agente, confacente a quel modello di imputazione colposa di derivazione costituzionale, nell’ottica di una responsabilità penale, che tanto può essere ascritta e accertata in quanto vi sia, tra gli elementi, anche un coinvolgimento psichico e soggettivo dell’agente.

Si è avvertita una vera e propria esigenza di abbandonare la strada, che (ri)conduceva il concorso anomalo sulla scia della responsabilità oggettiva, guidati dall’idea che la conseguenza non voluta dovesse essere attribuita all’agente, non solo in relazione alla sussistenza di un nesso causale, ma anche valutando l’attribuibilità sul piano soggettivo. In altri termini, dovrà dimostrarsi l’esistenza di un nesso psichico effettivo tra l’autore del reato e la conseguenza non voluta, in termini di prevedibilità ed evitabilità dell’evento non voluto in concreto<sup>88</sup>.

La Corte di Cassazione - non di certo in prima battuta né in maniera isolata, posto che si rivengono precedenti come anche pronunce successive a quella che esemplificativamente si riporta - ha affermato in conformità con l’indirizzo della Corte Costituzionale<sup>89</sup> che «l’accertamento della prevedibilità dell’evento diverso, che costituisce il coefficiente di colpevolezza, deve essere intesa in concreto e, cioè, utilizzando il parametro dell’*homo eiusdem conditionis et professionis*, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, di talché il

---

<sup>88</sup> F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un’indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, cit., con riferimento alle sentenze n. 364 e n. 1085/1988, 139-142; ID., *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, cit., 409 ss.; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 590-596; PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*<sup>5</sup>, Torino, 2013, 511.

<sup>89</sup> La sentenza interpretativa di rigetto n. 42/1965, ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 116 c.p. in riferimento all’art. 27 Cost., asserendo che «la responsabilità ex art. 116 ha come base 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».

partecipe non risponderà del reato diverso allorché, pur usando la dovuta diligenza, non avrebbe potuto prevedere che esso di sarebbe verificato»<sup>90</sup>.

Più di recente<sup>91</sup>, la Cassazione ha ritenuto che «ai fini dell'affermazione della responsabilità per il reato diverso commesso dal compartecipe, è necessaria la verifica della sussistenza di un nesso, non solo causale ma anche psicologico, tra la condotta del soggetto, che ha voluto soltanto 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, fermo restando che 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 l'azione si è svolta»<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 25 febbraio 2005, n. 7388, Lauro, Rv. 231460; Cass., Sez. II, 15 maggio 2012, n. 18383, G.; Cass., Sez. VI, 16 febbraio 2012, n. 6214, Mazzarella, Rv. 252405; Cass., Sez. I, 23 gennaio 2012, n. 2652, Papa, Rv. 251827; Cass., Sez. I, 28 febbraio 2014, n. 9770, V.J.J.L. e al.; Cass., Sez. I, 14 marzo 2014, n. 12273, C.R.D. e al.; Cass., Sez. II, 4 novembre 2005 n. 744, Dell'Orletta, Rv. 232928; Cass., Sez. I, 10 gennaio 2006 n. 8837, Rv. 233580. Sull'evento come sviluppo logicamente prevedibile dell'evento voluto, cfr. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, cit., 402 ss.; LA GRECA, *Art. 116. Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*, in *Codice penale*, cit., 279; INSOLERA, *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 1489 ss., in specie 1494.

<sup>91</sup> Cass., Sez. I, 11 gennaio 2022, n. 15702, DS; Cass., Sez. V, 18 novembre 2020, n. 306, Rv. 280489; Cass., Sez. V, 16 giugno 2013, n. 34036, Rv. 257251, secondo cui, ai fini dell'affermazione della responsabilità per il reato diverso commesso dal compartecipe, è necessaria la verifica della sussistenza di un nesso, non solo causale ma anche psicologico, tra la condotta del soggetto, che ha voluto soltanto 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, fermo restando che 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 l'azione si è svolta.

<sup>92</sup> Sulla stessa scia Cass., Sez. II, 3 ottobre 2018, n. 49443. «In tema di concorso anomalo, costituisce sviluppo logicamente prevedibile del programmato delitto di furto l'uso di violenza o minaccia nei confronti della parte lesa o del terzo intervenuto dopo la sottrazione della cosa, che fa progredire l'azione criminosa in rapina impropria, ascrivibile al compartecipe che non ha partecipato all'esecuzione materiale della violenza o minaccia». Cass., Sez. V, 2 ottobre 2019, n. 45356. «La configurabilità per il reato di rissa aggravata da lesioni o morte non esclude, a carico dei corrisanti non autori materiali né morali della lesione o dell'omicidio, la concorrente responsabilità, a titolo di concorso anomalo ex art. 116 c.p. per questi ulteriori delitti, a condizione che le caratteristiche della contesa consentissero di prevedere tali sviluppi». Cass., Sez. II, 2 marzo 2018 n. 25915. «L'eventuale uso di violenza o minaccia da parte di uno dei concorrenti nel reato di truffa per assicurare a sé o ad altri la percezione del profitto cui erano destinati gli artifici e raggiri posti in essere, o comunque per guadagnare l'impunità, può essere ritenuto logico e prevedibile sviluppo della condotta finalizzata alla commissione della truffa e, se realizzato, comporta la configurabilità nei confronti dei concorrenti nolenti del concorso anomalo ex art. 116 cod. pen. nel reato

Nel 2009, con la nota sentenza Ronci<sup>93</sup>, importante non solo con riferimento all'art. 586 c.p., ma anche in tema di concorso anomalo, la Cassazione ha tracciato la linea di confine tra responsabilità oggettiva e colpa, per stabilire quale sia il criterio di imputazione della conseguenza ulteriore non voluta di un reato doloso<sup>94</sup>. Preso atto della crisi della responsabilità oggettiva e riconosciuto il ruolo centrale del principio di colpevolezza in termini di garanzia per il reo, la conseguenza ulteriore (reato diverso) è da imputare a titolo di colpa, anche nel rispetto della giurisprudenza costituzionale sul punto<sup>95</sup>. La giurisprudenza è andata al di là dell'idea per cui non sarebbe possibile ravvisare la colpa in un territorio già illecito, quale è quello in cui l'agente ha commesso un reato base doloso<sup>96</sup>, riconoscendo la possibilità che si configuri la colpa a carico sia di chi

---

di rapina ascrivibile al compartecipe che se ne sia reso materialmente responsabile». Cass., Sez. II, 18 giugno 2013 n. 32644; Cass., Sez. II, 4 novembre 2016 n. 52811. «In tema di concorso anomalo, può essere ritenuto prevedibile sviluppo dell'azione inerente ad un furto l'uso eventuale di violenza o minaccia che, se realizzato, fa progredire la sottrazione della cosa mobile altrui in rapina, di cui è responsabile, ai sensi dell'art. 116 cod. pen., anche il concorrente, a meno che il diverso e più grave reato realizzato dai compartecipi costituisca un fatto anormale, eccezionale e, quindi, non prevedibile». Cass., Sez. I, 5 dicembre 2013 n. 12273. «In tema di concorso anomalo, di cui all'articolo 116 c.p., l'evento più grave e diverso del compartecipe deve porsi come uno sviluppo logicamente prevedibile da parte di un soggetto di normale intelligenza e di cultura media, quale possibile conseguenza della condotta prestabilita secondo regole di ordinaria coerenza dello svolgersi dei fatti umani, non interrotta dall'intervento di fattori accidentali ed imprevedibili». Le sentenze sono leggibili in *Dejure*.

<sup>93</sup> Cass., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676, Ronci, Rv. 24338.

<sup>94</sup> Cfr. BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, cit., 932 ss.

<sup>95</sup> Cfr. Corte cost. sentenza n. 364/1988, sulla necessità di «verificare di volta in volta, a proposito delle diverse ipotesi criminose, quali sono gli elementi più significativi della fattispecie che non possono non essere "coperti" almeno dalla colpa perché sia rispettata la parte del disposto di cui all'art. 27 primo comma Cost. relativa al rapporto psichico tra soggetto e fatto»; Corte cost., sentenza n. 1985/1988, «affinché l'art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati»; infine, Corte cost., sentenza n. 322/2007, secondo cui in relazione alla fattispecie *ex art. 609-sexies c.p.* ("ignoranza dell'età della persona offesa") il colpevole non può invocare, a propria scusa, l'ignoranza dell'età della persona offesa, nei limiti posti dal regime previsto in tema di responsabilità oggettiva. Seguendo il tracciato costituzionale delle precedenti pronunce in tema di colpevolezza *minima*, la Corte ha ritenuto che tale fattispecie concretizzasse un meccanismo di responsabilità senza colpa, provvedendo a correggerne la portata nel rispetto dei limiti posti dall'art. 27 comma 1 e comma 3 Cost. In relazione all'art. 116 c.p. cfr. MACCHIA, *Concorso anomalo: un tentativo (azzardato?) di ricostruzione della responsabilità per il fatto diverso da quello voluto*, cit., 502-504.

<sup>96</sup> Negano la colpa in attività illecita, in particolare, CARMONA, *Il versari in re illecita «colposo»*, in *Ind. pen.*, 2001, 223 ss.; ID., *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi*

versa nel lecito, sia di chi si muove nell'illecito per esigenza di uguaglianza, per coerenza con l'art. 27 Cost., per la circostanza secondo cui, nell'esecuzione di un reato doloso, l'agente può essere destinatario di regole cautelari, volte a prevenire eventi ulteriori, come affermato nel percorso argomentativo della sentenza Ronci<sup>97</sup>.

Superabile è anche quell'*impasse* di trovare un agente modello in un contesto illecito: ci si chiedeva come si potesse «efficacemente ragionare, sul piano applicativo, per determinare, rispetto allo svolgimento di condotte penalmente illecite, il modello di agente»<sup>98</sup>. Si è rilevato, infatti, che la colpa è concetto univoco sia che venga in rilievo in un contesto lecito, sia illecito; qualsiasi attività può essere posta in essere in condizioni di liceità o meno<sup>99</sup>.

L'impostazione delle Sezioni Unite asserisce come «la circostanza che l'agente reale versi in un ambito di illiceità non influenza la fisionomia della colpa ed il procedimento di individuazione dell'omologo agente modello. Ovviamente, si dovrà fare riferimento non già alla condotta di un ipotetico “delinquente modello”, bensì alla condotta che ci si poteva ragionevolmente attendere, in relazione all'evento non voluto, da un individuo medio e razionale, posto nella medesima situazione in cui si è trovato l'agente reale»<sup>100</sup>.

Più di recente, nel 2020, la Cassazione è nuovamente tornata sul punto, ribadendo come: «in tema di concorso anomalo *ex art. 116 c.p.*, l'affermazione di responsabilità per il reato diverso commesso dal concorrente richiede la verifica della sussistenza di un nesso, non solo causale ma anche psicologico, tra la

---

sullo statuto della colpa penale, in *Cass. pen.*, 2009, 4586 ss.; BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 130-133; CASTALDO, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., 317 ss.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 367 ss.; DE VERO, *Corso di diritto penale*, vol. I, Torino, 2004, 168 ss.

<sup>97</sup> Cfr. l'analisi di F. BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 911 ss.

<sup>98</sup> CARMONA, *La “colpa in concreto”*, cit., 4593.

<sup>99</sup> F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., *sulla fisionomia della colpa nelle combinazioni dolo-colpa*, 298 ss. *Contra* CANESTRARI, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del Progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 884 ss., in specie, 891-2; INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, cit., 483-85 ss.

<sup>100</sup> La dottrina nel tempo ha individuato una pluralità di agenti modello a spiegazione dell'imputazione colposa-causale. Cfr. PREZIOSI, *Dalla pluralità degli agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso una frammentazione del reato colposo di evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1958 ss.

condotta del soggetto che ha voluto soltanto il reato meno grave e l'evento diverso, che si identifica con il coefficiente della colpa in concreto, da accertarsi, secondo gli ordinari criteri della prevedibilità del diverso reato, sulla base della personalità dell'esecutore materiale e del contesto fattuale nel quale l'azione si è svolta»<sup>101</sup>. L'evento più grave deve porsi come sviluppo logicamente prevedibile, da parte di un soggetto di normale intelligenza e di cultura media, come realizzabile conseguenza della condotta prestabilito secondo regole di ordinaria coerenza dello svolgersi e del concatenarsi dei fatti umani in una sequenza normale causa-effetto, escludendo l'intrusione di eventi imprevedibili, atipici ed eccezionali che possano stravolgere il regolare decorso causale dell'accadere.

Per applicare l'art. 116 c.p., inoltre, vengono in rilievo due limiti negativi: l'evento diverso non deve essere stato voluto e l'evento più grave non deve essersi verificato per effetto di fattori eccezionali, imprevedibili, senza toccare gli argini della responsabilità oggettiva<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> Cass., Sez. V, 18 novembre 2020, n. 306, che analizza il nesso psicologico richiesto per il concorso anomalo, in *Cass. pen.*, 2021, 786. Nello stesso senso anche Cass., Sez. V, 18 giugno 2013 n. 34036, Rv. 257251; Cass., Sez. II, 15 gennaio 2009, n. 10098, Serafin, Rv. 243303 sulla necessità che la prognosi sulla prevedibilità venga effettuata in concreto con riferimento alla personalità dell'imputato e alle circostanze ambientali nelle quali si è svolta l'azione: «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 l'azione»; Cass., Sez. I, 7 marzo 2003, n. 12610, Benigno, Rv. 224084; Cass., Sez. VI, 13 gennaio 2005 n. 7388, Lauro, Rv. 231460, secondo cui l'art. 116 c.p. si applica anche quando l'imputato, pur non avendo previsto la commissione del diverso illecito da parte dei concorrenti, avrebbe potuto rappresentarsene l'eventualità se, alla luce delle circostanze del caso concreto, avesse usato la dovuta diligenza.

<sup>102</sup> VITERBO, *L'evento diverso non deve essere stato comunque voluto e quello più grave non deve ricorrersi alla condotta criminosa di base*, in *Diritto e Giustizia*, 2014, 381 ss., nota a Cass., Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 12273; GRILLO, *Furto o rapina impropria? Ecco i confini del 'concorso anomalo'*, in *Diritto e Giustizia*, 14, 2016, 27, nota a Cass., Sez. II, 16 febbraio 2016 n. 9906. Due soggetti vengono condannati per rapina impropria ai danni di una commessa di un supermercato; uno degli imputati ritiene di essere stata falsamente applicata la fattispecie *ex art.* 116 c.p. volendo commettere solo un furto e non avendo previsto che il compagno avrebbe potuto spingersi a minacciare la commessa. Evento diverso conseguenza di quello voluto: c'è legame causale ed è prevedibile che dal furto si possa trascendere nella rapina; previsione dell'evento più grave come logico sviluppo dell'azione. L'Autore fa riferimento al fatto che la disciplina del 116 c.p. nasconde una ipotesi di responsabilità oggettiva e si chiede «come si fa, allora, per 'costituzionalizzare' la disciplina del concorso anomalo?». Cass., Sez. I, 11 settembre 2018, n. 44579, B, Rv 273977. «In tema di concorso di persone nel reato, la configurabilità 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 voluto neppure sotto il profilo del dolo alternativo o eventuale e che l'evento più grave, concretamente realizzato, non sia conseguenza di fattori eccezionali, sopravvenuti, meramente occasionali e non ricollegabili eziologicamente alla condotta criminosa di base». Cass., Sez. I, 7 marzo 2014 n. 14476. «La configurazione

Siamo certi, però, che non «si scriva “colpa”, ma si rilegga “responsabilità oggettiva”»: <sup>103</sup> Necessario, come dottrina osserva, è che «la *colpa* di chi, attraverso un delitto doloso, cagiona una conseguenza ulteriore non voluta, deve essere concepita ed accertata *allo stesso modo* della *colpa* di colui che, nell’esercizio di una qualsiasi attività lecita, cagiona quella stessa conseguenza non voluta» <sup>104</sup>. Emerge, di certo, una coerenza *voluta* tra l’impostazione della dottrina e della giurisprudenza in chiave di lettura costituzionale del principio di colpevolezza, non senza riserve – logico/dogmatiche – sui profondi significati della locuzione “logica prevedibilità”, seppure interpretata in concreto; non senza tentennamenti nella valutazione della coerenza sistematica di una espressione così formulata rispetto i principi di determinatezza, tassatività, che accompagnano il diritto penale non solo nella fase creativa, ma anche interpretativa e applicativa.

7. *Piano c) dolo + responsabilità occulta ex art. 116 c.p. (la “prevedibilità in astratto”)*. L’elezione della colpa, quale criterio di imputazione soggettiva della responsabilità per il “reato diverso da quello voluto”, ha conosciuto esiti altalenanti nella giurisprudenza di legittimità relativa all’art. 116 c.p.

Sopravvive ancora, infatti, un consistente orientamento giurisprudenziale che, scartata la colpa, ritiene sufficiente che il “reato diverso” sia anche solo in astratto prevedibile: basterebbe, in altre parole, che, da un accostamento a priori della fattispecie astratta del “reato voluto” alla fattispecie astratta del “reato diverso”, risulti possibile prevedere che dalla commissione del primo si possa ‘scivolare’ nel secondo.

---

del concorso cosiddetto “anomalo” di cui all’art. 116 c.p. 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, giacché in tal caso il soggetto dovrebbe risponderne quale concorrente ex art. 110 c.p., e che l’evento più grave non si sia verificato per effetto di fattori eccezionali sopravvenuti, non conosciuti né conoscibili e quindi imprevedibili dall’agente e non ricollegabili eziologicamente alla condotta criminosa di base».

<sup>103</sup> F. BASILE, *L’alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l’imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull’art. 586 c.p.*, cit., 948 ss., con un’analisi dei campanelli d’allarme sul punto. Anche MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 364 ss., in specie 371; CONTENUTO, *La responsabilità senza colpevolezza*, cit., 249-250.

<sup>104</sup> BASILE, *L’alternativa*, cit., 954, *passim*, nell’analisi della sentenza Ronci sottolinea come «la circostanza che l’agente reale versi in un ambito di illiceità non influenza la fisionomia della colpa ed il procedimento di individuazione dell’omologo agente modello. Anche in ambito illecito, pertanto, occorre pur sempre che il fatto costitutivo del reato colposo sia una conseguenza in concreto prevedibile ed evitabile dell’inoservanza di una regola cautelare».

Non può dirsi - quindi - estinto l'orientamento, che protende per l'idea che sia sufficiente che il reato diverso sia anche solo in astratto prevedibile come nelle prime interpretazioni del dettato costituzionale. E' sufficiente, insomma, che l'evento diverso sia «il logico sviluppo di quello concordato, sì da restare escluso solo qualora il diverso e più grave reato commesso dal concorrente consista in un evento atipico, del tutto eccezionale ed imprevedibile»<sup>105</sup>; che «l'evento criminoso diverso e più grave sia logicamente prevedibile da una normale intelligenza e dalla cultura media di un qualsiasi soggetto, quale possibile conseguenza della condotta voluta e pattuita, secondo le regole di ordinaria coerenza non spezzata da fattori accidentali e imprevedibili»<sup>106</sup>.

Il reato diverso non voluto deve rientrare tra le fattispecie astratte che, in una sequenza logica, possono ritenersi sviluppo del reato voluto, in senso non atipico, non eccentrico. Per altro verso, laddove si parla di prevedibilità in astratto, che, quindi, prescinde da un giudizio sulla colpa in termini di prevedibilità ed evitabilità in concreto, parametrata alla condotta di un agente modello, si lascia spazio a esegesi poco calate nella specificità del caso.

Si è abbandonata la strada della responsabilità oggettiva, che comportava l'attribuibilità del fatto all'agente per il solo sussistere del nesso causale, derivante dall'antico *qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro caso*, connotata dalla

---

<sup>105</sup> Cfr., Cass., Sez. I, 5 gennaio 2011, n. 200; Cass., Sez. I, 23 settembre 2011, n. 34536; Cass., Sez. I, 30 dicembre 2011 n. 48726; Cass., Sez. I, 1 febbraio 2012 n. 4330, riprese e analizzate da F. BASILE, *La responsabilità oggettiva nella più recente giurisprudenza della Cassazione*, cit., 5, per cui il "reato diverso" costituisce «il logico sviluppo di quello concordato, sì da restare escluso solo qualora il diverso e più grave reato commesso dal concorrente consista in un evento atipico, del tutto eccezionale ed imprevedibile» o - detto con formula nella sostanza equivalente - «la possibile conseguenza della condotta concordata, secondo regole di ordinaria coerenza dello svolgersi dei fatti umani, non spezzata da fattori accidentali e imprevedibili».

L'orientamento della Cassazione indicato in ordine alla *prevedibilità in astratto* la definisce come l'ordinario evolversi delle azioni umani secondo l'*id quod plerumque accidit*, ovvero il «mero accostamento della fattispecie voluta con quella realizzata per verificare a priori le astratte assonanze, a prescindere dal concreto svolgersi dell'azione criminosa». Cfr. P. PIRAS, *L'elemento soggettivo del concorso anomalo*, nota a sentenza Cass., Sez. VI, 4 luglio 2000, Morgana, in *Cass. pen.*, 2001, 2352 ss., sul rischio di evidenti incongruenze dovute all'accoglimento della tesi sulla prevedibilità in astratto.

<sup>106</sup> Sulla prevedibilità in astratto e le sue deviazioni nella giurisprudenza, CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto e il principio di colpevolezza*, cit., 1401-1402; DI PAOLO, *La prevedibilità dell'evento diverso nell'art. 116 c.p. Cenni critici*, in *Arch. pen.*, 1973, II, 286 ss., nel commento a Cass., Sez. II, 27 gennaio 1971; Cass., Sez. I, 20 maggio 1983, Cannas: «L'art. 116 c.p. non richiede che l'evento sia stato concretamente previsto e tanto meno accettato dal soggetto, quale possibile conseguenza della sua azione od omissione, ma anche esso sia prevedibile in astratto, in base all'ordinato svolgersi delle situazioni umane».

manca di un rimprovero per dolo o per colpa, per accedere a un meccanismo interpretativo che, in senso lato, fa rivivere quel senso di evanescenza e di incoerenza con i principi di colpevolezza e personalità della responsabilità penale.

Sembra quasi persistere una forte tendenza a considerare il diritto penale come *esageratamente* punitivo, come macrosistema “ultrasanzionatorio”, al cui centro dell’orbita si ponga la necessità della pena a qualunque costo, più che la tendenza alla deterrenza e alla garanzia per il reo in un’ottica di recupero. L’idea *primaria* della teoria della prevedibilità in astratto era di «accontentarsi di una mera prevedibilità in astratto del reato diverso, vale a dire di una prevedibilità da accertarsi tramite un accostamento, fatto ‘a tavolino’ dei due modelli legali di reato - quello del reato voluto e quello del reato diverso -, senza bisogno di tener conto delle concrete modalità di realizzazione del caso di specie. Ai fini dell’applicazione dell’art. 116 c.p. si è, pertanto, a lungo ritenuta sufficiente «la constatazione, basata su un confronto compiuto in vitro tra le due fattispecie incriminatrici, che dalla commissione del reato voluto si possa ‘sviluppare’ nella commissione del reato non voluto»<sup>107</sup>.

Questo orientamento non può essere condiviso, perché non garantisce il superamento della responsabilità oggettiva, in quanto la valutazione di prevedibilità è svincolata dal caso concreto e si pone al di là del rimprovero personale - costituzionalmente garantito -<sup>108</sup>.

Ecco perché l’adeguamento, per quanto possibile, della norma *ex art.* 116 c.p. al nucleo essenziale della responsabilità penale, passa attraverso il superamento definitivo della primaria matrice giurisprudenziale, fondata sulla prevedibilità in “astratto”, limitandosi ad un mero raffronto delle due diverse figure criminose in considerazione, eludendo la concreta dinamica della realizzazione del fatto. Come evidenziato nel § precedente il giudizio di prevedibilità deve essere effettuato alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto, utilizzando il parametro dello “spettatore avveduto” od “osservatore esperto”, per stabilire

---

<sup>107</sup> BASILE, *Il concorso c.d. anomalo*, cit., 411; Cass., 18 maggio 1994, Bilardo, in *Giust. pen.*, 1996, II, 757; Cass., 7 aprile 1990, Siviero, in *Riv. pen.*, 1991, 658; Cass., Sez. I, 5 gennaio 2011, n. 200, cit.; Cass., Sez. I, 30 dicembre 2011, n. 48726; Cass., Sez. I, 23 settembre 2011, n. 34536.

<sup>108</sup> Oltre le posizioni di F. BASILE-PAGLIARO, già citate e ampiamente considerate, cfr. Corte costituzionale, 31 marzo 2021 n. 55 che accoglie l’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 116 c.p., imputando il fatto reato non voluto in base alla prevedibilità in concreto (vedi *supra*).

un rapporto decisivo tra le modalità dell'accordo originario intercorso tra i concorrenti - approntamento dei mezzi, scelta dei compartecipi, attribuzione dei "ruoli" - e a quelle dell'esecuzione del piano concordato<sup>109</sup>.

*Ab initio*, la responsabilità oggettiva era stata individuata come una prima soluzione alla problematica legata all'individuazione del titolo cui attribuire all'agente il "diverso dal voluto", sintomatica di un diritto penale non "costituzionalizzato", scevro dall'idea della necessaria sussistenza dei criteri di rimproverabilità soggettiva e intesa come punto di equilibrio tra quel diritto penale definito primitivo e quello più evoluto, e di certo idonea a semplificare l'onere probatorio, oltre che a fortificare l'efficacia deterrente per il singolo e la collettività, laddove si ha consapevolezza che alla mera realizzazione materiale di un fatto seguirà una determinata pena, anche se non si è voluto quell'evento<sup>110</sup>.

Questa visione ha comunque prodotto i suoi effetti in seno al sistema penale. Tuttavia, preso atto dell'evoluzione costituzionale, quale filo conduttore di tutta la sistematica ordinamentale, ci si è resi conto che procedere in senso "oggettivo" non era una soluzione compatibile con i principi di personalità e colpevolezza di cui all'art. 27 Cost., baluardo di garanzia per il singolo nell'ottica della massima tutela della libertà personale, soprattutto nelle esegesi innovative di cui alle sentenze n. 364/88, n. 1085/88.

La tesi della prevedibilità in astratto, ancorata al criterio della responsabilità oggettiva, tuttavia, mantiene una certa forza persuasiva e ha ancora una sua propria *vis attractiva*, poiché in un certo senso evita il concretizzarsi di una responsabilità differenziata e assicura l'identità della responsabilità concorsuale nell'ottica dell'unità del reato<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> Cfr. CANESTRARI, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit. 1398, con richiami a STOCO, *Alla ricerca di una dimensione costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1990, 36 ss.; GOLDONI, *Osservazioni sulla partecipazione di un reato diverso da quello voluto nella disciplina del concorso di persone*, *ivi*, 1992, 624 ss.

<sup>110</sup> F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, cit., 922 ss. sulle ragioni del successo della tesi della responsabilità oggettiva.

<sup>111</sup> SANTARELLI, *Unità e differenziazione dei titoli di reato nel caso di cessione e acquisto di stupefacenti commesso da più persone*, in *Cass. pen.*, 2022, 1542 ss. (nota a Cass., Sez. IV, 7 luglio 2021 n. 30233). «La sentenza *de qua* prende posizione nel senso della impossibilità della differenziazione dei titoli della responsabilità tra i concorrenti (Sezioni unite, 16 luglio 2020 n. 29541), unità e medesimezza del reato commesso in concorso da più persone e a fortiori c'è l'art. 116 c.p. Non manca un orientamento contrario: l'art. 116 c.p. piuttosto che dare attuazione al principio dell'unità del reato concorsuale, intende derogare alle regole generali di imputazione soggettiva, andando oltre il dogma dell'unità concorsuale». A

Non è idea lontana dalla realtà quella per cui l'art. 116 c.p. non sia altro che esplicitazione normativa della concezione unitaria del concorso di persone nel reato. L'art. 116 c.p. si pone come «falso sigillo di un'irrealizzabile unità del titolo del reato concorsuale»<sup>112</sup>. Non si può, di certo, ancora presupporre l'attribuzione di un reato diverso rispetto a quello voluto, che prescindendo dalla sussistenza di un nesso psicologico o che lo si consideri solo “sulla carta”, nei termini di prevedibilità in astratto. Né tanto meno si possono tralasciare gli indirizzi che hanno fatto crollare il dogma della unità del reato<sup>113</sup>.

Nel 2010, la Corte di Cassazione, con la sentenza del 3 dicembre n. 9883, ha fatto, in un certo senso, rivivere una sorta di responsabilità oggettiva *trainante*, affermando che al concorrente anomalo è attribuita una responsabilità dolosa per il fatto effettivamente voluto e realizzato e per il reato più grave commesso

---

favore del dogma dell'unità del reato concorsuale, cfr. RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1949, 124 ss.; VANNINI, *Quid juris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale. In tema di concorso di persone nel reato*, vol. VIII, Milano, 1952, 32; PANNAIN, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Torino, 1967, 853 ss.; DE MARSICO, *Diritto penale, parte generale*, Napoli, 1969, 260 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*<sup>6</sup>, Milano, 2003, 551; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*<sup>8</sup>, Bologna, 2019, 537ss.

<sup>112</sup> Cfr. SEMINARA, *Sul “dogma” dell'unità del reato concorsuale*, cit., 795.

<sup>113</sup> Cass., Sez. VI, 9 novembre 2018 n. 2157; Cass., Sez. III, 20 febbraio 2020 n. 16598, in *Dejure*; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., 82; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., 108-109; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 78 ss.; ID., *Appunti di diritto penale italiano. Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003, vol. III, 190 ss.; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, 103 ss.; DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 176 ss., in specie 233-4; PELISSERO, *Concorso di persone nel reato*, in Grosso-Pelissero-Petrini-Pisa, *Manuale di diritto penale, parte generale*<sup>9</sup>, Milano, 2020, 589 ss.; SEMINARA, *Sul “dogma” dell'unità del reato concorsuale*, cit., 789 ss.; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., 538 ss. sul fatto che la struttura del reato concorsuale permette già la diversificazione dei titoli di responsabilità.

da altri e da esso non voluto<sup>114</sup>. Se la responsabilità che si può ascrivere al concorrente anomalo è colposa, perché punirlo con la pena del reato doloso?<sup>115</sup>. Come evidenziato dalla Corte costituzionale, il concorso anomalo è un istituto che deve essere declinato sulla base di precisi parametri di riferimento, presupposti la cui sussistenza appare imprescindibile per l'accettazione nella nostra sistemica penale<sup>116</sup>: l'adesione dei compartecipi ad un reato voluto; la realizzazione di un evento diverso da quello voluto, cagionata da alcuni dei concorrenti; il nesso di causalità materiale tra il reato voluto da tutti e quello voluto da alcuni; il nesso di causalità psichica tra condotta del compartecipe che voleva il reato concordato ed evento diverso realizzatosi; l'assenza del dolo da parte del compartecipe - o meglio - «la responsabilità del compartecipe può essere configurata solo quando l'evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo indiretto, indeterminato, alternativo od eventuale, e, dunque, a condizione che non sia stato considerato come possibile conseguenza ulteriore o diversa dalla condotta criminosa concordata»<sup>117</sup>. Se l'art. 116 c.p. poteva es-

---

<sup>114</sup> Tre soggetti si accordano per compiere un furto in abitazione, scelta in base al suggerimento di uno dei tre - sig. B -, che lavorava alle dipendenze del proprietario della villa ed era convinto che all'interno vi era una cassaforte e che non vi erano persone. Si prospetta la commissione del furto o, in caso di presenza di persone, una rapina. I fatti vanno diversamente. Due dei soggetti - tra cui non c'è il sig. B -, con due scalpelli e due cacciaviti, entrano nella villa e trovano i custodi che, non collaborando, iniziano ad essere colpiti usando gli strumenti che sarebbero dovuti servire per forzare la cassaforte. I numerosi colpi portano alla morte dei custodi. La Corte d'assise d'appello conferma la condanna per l'imputato sig. B rimasto fuori a venti anni di reclusione, ridotta solo per non estensibilità dell'aggravante ex art. 61 n. 4 c.p., non estensibile perché soggettiva. La Cassazione attribuisce al soggetto la pena prevista per la partecipazione ad un reato doloso, nonostante riconosca che la responsabilità per il reato non voluto rimproverabile all'agente sia solo colposa e nonostante la possibilità di ascrivergli la responsabilità per delitto in forma colposa, previsto dal c.p. Ciò contraddice il fatto di escludere l'applicazione dell'aggravante ex art. 61 n. 4 c.p.

<sup>115</sup> Cfr. PESCE, *La non estensibilità dell'aggravante soggettiva al concorrente anomalo: un tentativo di porre rimedio alla responsabilità oggettiva dell'art. 116 c.p.*, cit., 490-1, con analisi della sentenza Cass., Sez. I, 3 dicembre 2010, n. 9883, B. e al.

<sup>116</sup> Anche F. BASILE, *Il concorso c.d. anomalo*, cit., 410, fa riferimento alla «condotta di concorso del concorrente anomalo al "reato [da lui] voluto"», alla «concreta realizzazione, da parte di altro concorrente, di un "reato diverso" rispetto a quello voluto dal concorrente anomalo», alla «assenza di dolo da parte del concorrente anomalo rispetto a tale "reato diverso"», alla «necessità che tale "reato diverso" sia coperto dal dolo di almeno uno degli altri concorrenti», al «nesso causale tra la condotta del concorrente anomalo e il "reato diverso" effettivamente realizzato», «infine, alla prevedibilità del reato diverso, effettivamente realizzato». In tema Cass., Sez. I, 23 marzo 2012, n. 11442, PD e al.; Cass., Sez. I, 23 febbraio 1995 n. 3381, Parolisi, Rv. 200699; Cass., Sez. I, 11 maggio 1994, n. 1091, De Nuccio, Rv. 199365.

<sup>117</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 18 gennaio 2022, n. 9467, D'Atri; Cass., Sez. V, 18 marzo 2015 n. 44359, Sisti, Rv.

sere interpretato come simbolo di responsabilità oggettiva, rendendo imputabile un reato diverso rispetto a quello voluto solo per l'effetto *condizionante* del nesso causale tra evento diverso realizzatosi e condotta, alla base della unitarietà del titolo di responsabilità per tutti i compartecipi, gli insegnamenti della Corte costituzionale a partire dal 1965 hanno impostato un "dogma" di colpevolezza basico sia pure su matrice di causalità psichica (e non solo materiale). Il reato diverso deve potersi rappresentare nella psiche dell'agente nell'ordinario svolgersi dei fatti umani come sviluppo logicamente prevedibile di quello - effettivamente - voluto. La prevedibilità astratta, accertabile solo con l'accostamento delle due diverse figure criminose a prescindere da indagini sulle concrete modalità di realizzazione del fatto, ha manifestato il suo *changeling* nella prevedibilità in concreto, per cui il requisito della prevedibilità del reato diverso è coefficiente minimo di imputazione soggettiva di tale reato, ma non è da solo sufficiente a garantire il rispetto del principio di personalità della responsabilità. Ed ecco la riformulazione *colposa* dell'evento diverso da imputare a taluno dei concorrenti alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto con riferimento all'agente modello<sup>118</sup>.

Tale reinterpretazione della norma in esame non riesce a modificare la natura di responsabilità *anomala ex art. 116 c.p.* L'operatività - sostenuta da dottrina autorevole sul punto - della concreta prevedibilità del reato diverso interpreta un parziale - *sfiucato* - "allineamento" alle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, senza tuttavia riconoscere a questa previsione le valenze strutturali del carattere colposo della responsabilità per il reato diverso da quello voluto.

---

265728; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2000, Morgana, in *Cass. pen.*, 2001, 2350, con nota di PIRAS, cit.; Cass., Sez. I, 29 giugno 2008, n. 12954; Cass., Sez. II, 26 novembre 2015 n. 48330, Lia, Rv. 265479; Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2008 n. 20667, Scambia, Rv. 240060; Cass., Sez. V, 25 ottobre 2006 n. 10995, n. 10995, Ciurlia e al., Rv. 236512, secondo cui «una spedizione punitiva, connotata da quei caratteri di elevata violenza, e, quindi, una rissa possano causare non solo lesioni - fatto che rientra nella assoluta normalità quando si decide di percuotere qualcuno -, ma anche fatti più gravi, quale ad esempio un omicidio, è fatto assolutamente prevedibile in astratto, perché tale più grave evento costituisce niente altro che un logico sviluppo del reato di rissa concordato, ed era anche prevedibile in concreto, tenuto conto di tutto quanto detto in precedenza».

<sup>118</sup> Per dirla con le parole della Cassazione «l'art. 116 cod. pen. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, bensì un'ipotesi di responsabilità a titolo di dolo rispetto alla condotta, ed a titolo di colpa rispetto all'evento diverso da quello voluto, essendosi il correo imprudentemente affidato per l'esecuzione della condotta criminosa al comportamento di altro soggetto che sfugge al suo controllo finalistico». Così Cass., Sez. I, 2 ottobre 1989, n. 16006, Loddo, in *Cass. pen.*, 1992, 621.

La scelta della “prevedibilità in concreto” non elimina le deviazioni dai principi generali concernenti sia l’estensione, sia la misura di una responsabilità “per colpa”: per un verso l’ambito di applicazione dell’art. 116 c.p. ricomprende – in evidente ossequio alla logica del *versari in re illicita* – anche fatti non previsti dalla legge come delitti colposi, travalicando lo stesso paradigma dell’*aberratio delicti*; per altro verso, la risposta sanzionatoria nei confronti di chi non volle l’illecito più grave è rapportata al delitto doloso. La responsabilità del partecipe per il reato diverso risulterebbe, comunque, fondata su un’imputazione colposa “particolarmente grave”, cui si espone chi si affida ad altri per l’esecuzione di un proposito criminoso, senza richiedere l’accertamento della violazione di una regola oggettiva di cautela (negligenza, imperizia etc.), il cui scopo fosse quello di evitare l’evento non voluto concretamente verificatosi<sup>119</sup>.

8. *Considerazioni conclusive.* La norma *anomala* può essere analizzata nella prospettiva di una visione differenziale della causalità e della colpevolezza come finora visto in dottrina e giurisprudenza, oscillando tra oggettività (reale) e soggettività (forzata per certi versi).

L’art. 116 c.p. nelle sue premesse formali e ideologiche ben si delinea in una società *futuribile* dalle “precognitive” funzioni di estensione della colpevolezza dei concorrenti nella fattispecie plurisoggettiva eventuale. Purtroppo una società senza crimine non esiste. E, pur attraverso impulsi costituzionali di rilievo, la tanto declamata modifica/riforma di taluni profili della parte generale del codice penale, al fine di eliminare incongruenze involutive *responsabilizzanti*, non ha avuto luogo. Certo la prospettiva colpevole *colposa*, identificata attraverso i noti parametri della “dogmatica della colpa”, soddisfatta dai requisiti della prevedibilità ed evitabilità dell’evento in senso concreto (non in senso astratto e non certo dalla violazione di regole cautelari), promossa dai ‘giudici-legislatori’, tranquillizza i benevolenti pensatori di sistema. La *pars costruens* dell’art. 116 c.p. in questo caso prevale sulla sua “distruzione” definitiva”.

Ma per quanti sforzi dogmatici di eccellenza si possa fare e siano stati fatti persiste una logica opacizzante di *oggettiva* “colpevolezza”, in cui l’equazione ‘diverso per voluto’ non trova soluzione o meglio presenta un risultato indefinito,

---

<sup>119</sup> Come già evidenziato da PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 604-605; ID., *Diversi titoli di responsabilità per lo stesso fatto concorsuale*, cit., in specie 12-15.

che non trova ragioni nei canoni *ex art.* 43. L'auspicio di un legislatore non giudicante resta disatteso. Così come quello di una responsabilità penale colpevole.

L'impostazione prima giurisprudenziale, poi/in contemporanea colposa, fondata sulla prevedibilità ed evitabilità in concreto (ma anche astratta) dell'evento diverso da quello voluto *ex art.* 116 c.p., scivola sui canoni consolidati del rischio consentito, tipici della colpa<sup>120</sup>. Autorevole dottrina sul punto affronta l'esame del rischio consentito, valutandone la possibilità di applicazione ai reati colposi, alle ipotesi dolose e ai residui di "responsabilità oggettiva". Il contesto naturale di operatività del criterio in esame è costituito dai reati colposi, dove - come già evidenziato - la condotta *colposa* è data dalla violazione di una regola di diligenza *standard* o specifica mediante un comportamento che renda l'evento prevedibile ed evitabile (criterio normativo oggettivo di allontanamento dai modelli tipici variabili dalle "pretenziose" matrici soggettive) e dal superamento del rischio adeguato<sup>121</sup>. Più specificatamente il giudizio sull'adeguatezza del rischio è svolto considerando due distinti parametri, l'interesse sociale al compimento dell'azione e il suo livello di pericolosità<sup>122</sup>.

Il concetto di rischio adeguato può essere inquadrato in tema di responsabilità oggettiva, residuale modello di responsabilità *ex art.* 116 c.p., giustificabile da esigenze di protezione di beni giuridici (e da quel senso di unità dogmatica caratterizzante la disciplina del concorso *ex art.* 110 c.p.), da motivi di semplificazione probatoria e da "coperture" *colpose* prevedibili ed evitabili, di cui ampiamente alla giurisprudenza citata. Tuttavia, critica stringente viene rivolta alla incompatibilità *ontologica* di tale modello di responsabilità - quella *altrimenti* posta a carico dell'agente - con i principi propri del sistema penale italiano<sup>123</sup>. Allo stesso tempo, la responsabilità oggettiva non è sempre sussumibile ai profili di colpa costituzionalmente garantiti: nei delitti aggravati dall'evento,

<sup>120</sup> Cfr. di recente CONSULICH, *Rischio consentito*, *Enc. dir., I tematici, Reato colposo*, vol. II, Milano, 2021, 1102 ss.

<sup>121</sup> Fondamentale a riguardo il lavoro di MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, in specie sul rischio adeguato, 125 ss., dove viene esaminata la teoria della responsabilità da rischio totalmente illecito di Pagliaro, e nello specifico il ruolo in essa svolto dal rischio adeguato (o consentito), quale *possibile* parametro di differenziazione tra colpa e responsabilità oggettiva, per cui il criterio del rischio adeguato è valutabile nelle ipotesi colpose, mentre risulterebbe assente nelle forme di responsabilità oggettiva (257-268).

<sup>122</sup> Cfr. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 257-259.

<sup>123</sup> Vedi *supra* nel § relativo alla giurisprudenza costituzionale in tema di art. 116 c.p.

ad esempio, la pena più alta prevista è dovuta al maggior disvalore di questi reati rispetto a quello derivante dal concorso formale tra fattispecie-base e conseguenza ulteriore<sup>124</sup>. Il ricorso ai criteri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento in concreto, al più, mitigherebbe l'oggettività - occulta -residua delle ipotesi di reato diverso da quello voluto dall'agente sia nelle forme del concorso anomalo, sia nelle forme di *aberratio* presenti, dando atto al principio costituzionale di colpevolezza nelle singole norme incriminatrici<sup>125</sup>.

Sulla scia del rischio consentito/adequato, merita attenzione l'analisi di Donini nella "formulazione" del nesso di rischio, quale elemento ulteriore rispetto al dolo e la colpa<sup>126</sup>.

Il paradigma causale - unificato al *minimum* soggettivo della colpa - non avrebbe avuto bisogno di ulteriori correttivi (bastando dolo e colpa), esclusa, *in primis*, la responsabilità oggettiva, mutata in responsabilità per fatto proprio per affermazione del principio di colpevolezza, azzerata, a seguire, la valenza nomologica dell'art. 41 cpv. ad opera della dottrina dominante del caso<sup>127</sup>. Sia il supporto della colpevolezza, pertanto, sia l'estensione oltre modo del valore assiologico del nesso di causalità, caricano dolo e colpa di una serie di condizioni sussumibili all'imputazione oggettiva, quali parametri di ascrizione del rischio<sup>128</sup>, ovvero condotte a base dolosa o a base colposa che prescindono dall'elemento soggettivo *puro* di dolo e colpa<sup>129</sup>.

L'espansione di una oggettivazione dolo/colpa è conclamata attraverso una serie di riflessioni e di esempi validi in cui si manifestano azioni vere e proprie, invece di "elementi interiori" soggettivi, ovvero componenti del fatto tipico,

<sup>124</sup> MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 261-62.

<sup>125</sup> MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 263-65.

<sup>126</sup> Cfr. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione - evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 25 ss.; ID. *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 23 ss., 52 ss. Vedi anche KINDHÄUSER, *Imputazione oggettiva e soggettiva nel delitto doloso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 59 ss.; MAIWALD, *Non c'è dolo senza colpa. La teoria dell'imputazione oggettiva nella dottrina italiana*, ivi, 2018, 3 ss.

<sup>127</sup> *Ex plurimis*, MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, cit., 217-219; sul distinguo tra oggettivismo e soggettivismo nell'analisi del reato, 249-253.

<sup>128</sup> «L'imputazione oggettiva è la categoria dogmatica corrispondente al principio della responsabilità per fatto proprio». Cfr. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 20.

<sup>129</sup> Cfr. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 27-34, con richiami al lavoro di MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit.

dell'azione, della condotta dolosa o colposa, oppure come pericoli dolosi<sup>130</sup>. Il rischio consentito e quello realizzato esprimono una moderna valutazione dogmatica sulla “congruenza tra voluto e realizzato”, esprimendo un concetto – reale – che la responsabilità per fatto proprio – nel dolo come nella colpa – esige un nesso particolare tra condotta ed evento, non «una qualche colpa (con previsione) o dolo (eventuale)» separati dal fatto realizzato, ma la loro «compenetrazione a livello “oggettivo” prima che soggettivo»<sup>131</sup>.

Esaminiamo le profilazioni soggettive degli agenti nell'*anomalìa* non anomala dell'art. 116 c.p. Sono ipotesi di colpevolezza derivanti dall'assunzione di un rischio<sup>132</sup>. I rischi esistono nella realtà, così come nella mente dell'agente. Le intenzioni possono sussistere indipendentemente dalle azioni. Questo è il tipo di reato doloso, per cui prima viene l'intenzione – interiore o privata che sia – poi l'azione (o omissione) ovvero estrinsecazione materiale dell'intenzione, come forma di condotta criminosa<sup>133</sup>. Il passaggio tra interno ed esterno non muta: l'intenzione volitiva permane prima nella mente e dopo nell'agire. Tale schematizzazione non sussiste, non può sussistere né nella colpa, né nella *rec-*

---

<sup>130</sup> In una sorta di (dis)continuità della ricerca tra rischio consentito e nesso di rischio, cfr. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione - evento*, cit., 27 (*passim*). «Il rapporto di rischio non si identifica col tema del rischio consentito. Se il rischio appare irrilevante (in quanto permesso) già *ex ante*, non importa che questo cagioni il danno, perché questo rimane non imputabile *all'origine*. Ma non è sufficiente il superamento del rischio consentito aggiunto alla mera causazione dell'offesa. Nel nesso di rischio ci occupiamo di una condotta che ha già superato il livello di rischio rilevante; quindi c'è un rischio illecito. E c'è stata anche la causazione del danno».

<sup>131</sup> «Invece, nel momento in cui la responsabilità oggettiva non c'è più, il denominatore comune cambia: esso è costituito da un nesso di condizionamento rappresentato da leggi scientifiche o loro equivalenti epistemici accettati (massime di esperienza, leggi statistiche, indici epidemiologici) ai quali sia possibile attribuire un significato di causa-effetto. Ma non basta. A tale nesso vanno poi aggiunti una serie di parametri di imputazione relativi: a) alla rilevanza escludente la responsabilità di determinati fattori di rischio intervenuti nel concreto decorso accaduto (sono rischi, prima che concause); questo primo livello corrispondente alla regola dell'art. 41 cpv. c.p. è unitario e vale per tutte le forme di realizzazione soggettiva; e b) alla evitabilità dell'evento, che non sarebbe o sarebbe successo diversamente in presenza di condotte lecite: questo secondo livello di imputazione ed evitabilità è differenziato nei reati colposi, omissivi e dolosi. C'è stato così il passaggio da un discorso “unitario” di causalità-imputazione accorpate nella teoria della *condicio sine qua non* con i suoi vari “correttivi”. (interruzione della causalità, adeguatezza causale etc.) a un discorso in parte differenziato, dove il contenuto della c.s.q.n. come teoria dell'imputazione giuridica espressiva del pensiero dell'evitabilità, si è visto che poteva essere articolato in diverse soluzioni a seconda dei reati omissivi, colposi e dolosi oppure nel concorso di persone nel reato». Così DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione - evento*, cit., 37.

<sup>132</sup> Cfr. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione - evento*, cit., 54.

<sup>133</sup> Cfr. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, Bologna, 2004, 192-197.

*klessness*. Essa è la radice essenziale del delitto, *ergo* della responsabilità penale, data dalla compresenza di intenzione e azione. La compresenza delle due componenti non sempre è simultanea o immediatamente conseguente. Si verifica il profilo esemplificato (difficile da provare in ogni caso), in cui l'agente e/o gli agenti realizzino il proprio piano criminale.

Può accadere anche che l'evento (doloso) diverso da quello voluto si manifesti, si produca, ovvero l'intenzione volitiva di un soggetto agente non si esteri così compiutamente come al proprio interno, sia in un conteso individuale che in un contesto concorsuale. La casistica cui ci atteniamo riguarda essenzialmente le attività illecite/criminali, escludendo l'elaborazione dottrinale in tema di attività lecite<sup>134</sup>: riguarda azioni aggressive, con uso di armi o altri mezzi violenti.

*Sub a*) 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<sup>135</sup> (fattispecie nella quale correttamente erano state contestate anche al correo, a titolo di concorso morale, le lesioni provocate materialmente dall'altro correo alla vittima: risul-

<sup>134</sup> Come, per esempio, i casi di omicidio doloso relative ad attività che costituiscono campi tipici della responsabilità per colpa, come la circolazione stradale e gli incidenti mortali sul lavoro (caso Thyssen), oppure i disastri dolosi, con eventi mortali aggravanti (caso Eternit).

<sup>135</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 2 gennaio 2020 n. 4, Cavacece e al. *Contra* sull'esclusione dell'art. 116 c.p. in capo ad un "determinato imputato", Cass., Sez. V, 8 novembre 2021, n. 44689 (in ordine ai ricorsi relativi al processo noto come *Borsellino Quater*), *ivi*, «la responsabilità del compartecipe *ex art. 116 cod. pen.* può essere configurata solo quando l'evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo indiretto (indeterminato, alternativo od eventuale). (Cass., Sez. II, 30 maggio 2019, n. 29641, Rhimi, Rv. 276734; conf., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 15 dicembre 2015, n. 11595, Cinquepalmi, Rv. 266647; Cass., Sez. II, 14 novembre 2014, n. 49486, Cancelli, Rv. 261003; Cass., Sez. V, 8 luglio 2009, n. 39339 Rizza, Rv. 245152); è in questo senso che autorevole dottrina individua, tra i requisiti del concorso anomalo, la non volontà del fatto sotto il profilo del dolo (sia diretto che eventuale), sicché, ai fini dell'integrazione della fattispecie *ex art. 116 cod. pen.*, è necessario che l'agente non sia in dolo - neppure eventuale - rispetto al reato diverso. Nel caso di specie, la sussistenza del dolo di strage, motivata dalla Corte d'Assise di appello di Caltanissetta sulla base dell'inferenza, logicamente argomentata, basata sulla sequenza delle condotte poste in essere da Tutino e del contesto unitario in cui si realizzarono, esclude dunque in radice la configurabilità del concorso anomalo». (91-2).

tava dimostrato, infatti, che l'azione era stata programmata per realizzare il sequestro di persona della vittima, per indurla a confessare un furto, e, dinanzi alla resistenza opposta dalla vittima, l'evoluzione dell'azione criminosa era uno sviluppo del quale i compartecipi avevano quantomeno accettato il rischio, considerando le modalità violente della condotta – posta in essere attivamente da entrambi i correi – diretta a sequestrare la persona offesa, costringendolo a salire sull'auto; sicché le lesioni personali erano state, appunto, correttamente ascritte, a titolo di concorso morale, anche al correo, diverso dall'autore materiale delle stesse).

La questione della probabilità di realizzazione del fatto si colloca sulla scia del «rischio non consentito, la cui assunzione non può neppure essere presa seriamente in considerazione dalla figura modello dell'agente concreto»<sup>136</sup>. Il concetto di 'nesso di rischio' (*dolosus*) mescola "oggettivo e soggettivo" e si pone come idoneo a scindere i piani del dolo eventuale: quello oggettivo, definito dal livello di rischio, quello soggettivo che seleziona l'ambito in cui il dolo (eventuale) si manifesta.

*Sub b)* 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, 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<sup>137</sup> (In applicazione di questo principio la Suprema Corte ha censurato la decisione con cui il giudice di appello ha affermato la responsabilità dell'imputato – che

<sup>136</sup> PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 22 ss., in specie 30, con richiami all'opera di CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Bologna, 1999.

<sup>137</sup> Cass., Sez. V, 8 luglio 2009, n. 39339, V.J.J.L. e al. (Rv. 245152), cit.

si era rivolto al “clan” per reclamare la ‘punizione di soggetto che aveva esploso colpi d’arma da fuoco contro il proprio esercizio commerciale – ai sensi dell’art. 116 c. p., in ordine al reato di cui all’art. 575 c. p., pur avendo evidenziato che mancavano elementi per affermare che l’imputato fosse stato informato della deliberazione dei concorrenti di usare le armi e pur essendo il mandato a punire la vittima specifico - rottura di una mano - e proveniente da soggetto con posizione di superiorità nei confronti degli esecutori materiali).

Merita sottolineare che il contributo essenziale di questo approccio riguarda la ricostruzione del fatto tipico, dei contenuti obiettivi dell’oggetto della rappresentazione necessaria a integrare il dolo (eventuale). Alla più selettiva ricostruzione della fattispecie oggettiva, corrisponde sul piano della fattispecie soggettiva la ricostruzione delle “intenzioni indirette”, risultati che pur non essendo lo scopo ultimo dell’agente, costituiscano conseguenze collaterali, pressoché certe ed inevitabili della condotta<sup>138</sup>.

Per quanto concerne il contenuto del dolo eventuale, al di là delle formule, ai sensi dell’art. 116 c.p. possiamo, dunque, registrare un ventaglio di altre ipotesi che diano rilievo al grado di probabilità del verificarsi del risultato: per aversi dolo (eventuale) l’agente deve rappresentarsi come seriamente possibile il verificarsi del fatto delittuoso come conseguenza della sua azione nell’ambito di una cognizione consapevole del probabile corso degli eventi, attraverso l’accettazione di livelli di rischio obiettivamente significativi, ma anche meno.

*Sub c)* la responsabilità del compartecipe può escludersi se l’evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo indiretto. La responsabilità del compartecipe può essere configurata solo quando l’evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo indiretto, indeterminato, alternativo od eventuale, e, dunque, a condizione che non sia stato considerato come possibile conseguenza ulteriore o diversa della condotta criminosa concordata<sup>139</sup>. La scala discendente dei vari livelli di colpevolezza tocca il limine della

<sup>138</sup> Cfr. FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, cit., 195.

<sup>139</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 18 gennaio 2022, n. 9467, D’Atri e al.; Cass., Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 7003, Impeduglia, in *italgiure.giustizia.it*, secondo cui «il concorso anomalo ex art. 116 c.p. si verifica 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 della dovuta diligenza in relazione a tutte le circostanze del caso concreto, ovvero valutando la personalità dell’imputato e le circo-

colpa, quando dipende dal grado di probabilità dell'evento e dalla presunta conoscenza di tale probabilità da parte dell'agente nell'azione concorsuale.

---

stanze ambientali nelle quali l'azione si è svolta. Deve, invece, escludersi la responsabilità del compartecipe solo 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 quando si verifichi un rapporto di mera occasionalità idoneo a escludere il nesso di causalità. L'applicabilità della fattispecie descritta dall'art. 116 c.p. – che non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, inconciliabile con il principio di colpevolezza – soggiace, quindi, a due limiti negativi: che l'evento diverso non sia stato previsto come certo o come altamente probabile, e quindi voluto neanche sotto il profilo del dolo alternativo o eventuale, perché in tal caso sussisterebbe la tipica responsabilità concorsuale ai sensi dell'art. 110 cod. pen., e che l'evento più grave concretamente realizzato non sia conseguenza di fattori accidentali e imprevedibili, che abbiano spezzato l'ordinaria coerenza dello svolgersi dei fatti umani» (4, *passim*).