

Analisi del leading case Maxwell [1978][1].

Dolo di concorso e "concorso anomalo", tra diritto penale inglese ed italiano.

Profili sintetici di teoria generale del reato e della pena

1. Esposizione del leading case.

L'appellante, un membro dell'Esercito Volontario dell'Ulster, organizzazione proibita in Irlanda del Nord, aveva condotto sulla propria autovettura alcuni terroristi alla Locanda Crosskeys. Egli sapeva – fu accertato – che sarebbe avvenuto «un attacco contro il bar Crosskeys, e non una semplice visita o sopralluogo» e che «l'attacco avrebbe comportato l'uso della forza, in modo che le persone sarebbero state messe in pericolo ed i locali sarebbero stati seriamente danneggiati», ma che non sapeva esattamente quale reato sarebbe stato commesso.

Accusato come autore del reato (principal), che consisteva nel collocare un rudimentale ordigno esplosivo nella locanda Crosskeys, in violazione dell'art. 3 lett. a) Explosive Substances Act 1883, il suo ruolo fu definito quale partecipazione (aider and abettor). Egli appellò contro la condanna, perché si sarebbe dovuto dimostrare che egli era a conoscenza del tipo di reato voluto [dagli altri concorrenti] e del genere di mezzi che sarebbero stati trasportati sul luogo del delitto. L'impugnazione fu respinta sia dalla Corte d'Appello che dalla House of Lords con le sentenze qui riportate.

COURT OF CRIMINAL APPEAL IN NORTHERN IRELAND [1978] 3 ALL E.R. 1151 NOTE

PRESIDENTE LOWRY:

[...] Supponiamo che il reo comunichi al complice la sua intenzione di sparare ad A oppure di lasciare una bomba a casa di A e che il complice accetti di guidare il reo alla casa di A e rimanga di guardia una volta giunto sul posto; sembra chiaro che il complice sia colpevole di concorso, qualunque sia il crimine commesso dal reo, poiché egli sapeva che uno dei due crimini sarebbe stato commesso, ha prestato aiuto al reo e ha voluto questo atto di assistenza.

Ancora, supponiamo che il reo dica al complice che è sua intenzione uccidere A in una casa ma, se questi non vi si trovi o nel caso in cui la casa sia sorvegliata, il piano alternativo sarà di recarsi a casa di B e lasciarvi una bomba o, in terzo luogo, derubare una specifica banca (oppure uccidere qualcuno, far scoppiare una bomba a casa di qualcuno o rapinare una banca qualsiasi: v. il caso Bainbridge, [1960] 1 Q.B. 129; [1959] 3 All E.R. 200) e chiedi al complice di fare una ricognizione in un certo numero di luoghi e di riferirgli successivamente quale sia il modo migliore per raggiungere l'obiettivo. Il complice accetta, compie tutti i sopralluoghi e comunica i risultati al reo, che, quindi, senza ulteriori comunicazioni, sceglie il bersaglio e commette il reato. Sembra ovvio che, qualsiasi crimine commetta l'autore, sussistono tutti gli elementi necessari per la colpevolezza del complice (accomplice).

In ciascuno dei precedenti esempi il complice sa con esattezza ciò che è stato progettato e l'unica cosa che non sa è di quale crimine diventerà complice quando sarà commesso. La sua responsabilità è resa evidente dal fatto che egli prevede la commissione di uno o più crimini da parte del reo e presta la sua assistenza affinché uno dei crimini venga commesso. In altre parole, egli sa che il reo commetterà o sta per commettere un atto illecito (illegal), da lui scelto in una ristretta cerchia di reati, e avendo tale conoscenza lo aiuta a commetterlo.

Questa situazione ha qualcosa in comune con il caso delle due persone che si accordano per rapinare una banca, sulla base di un'intesa, espressa oppure desumibile dalla loro condotta (ad esempio, quando uno dei due porta con sé una pistola carica e l'altro lo sa), che prevede come possibile il ricorso alla violenza. Il complice sa, non che l'autore sparerà al cassiere, ma che è possibile che lo faccia; e, se il reo effettivamente spara, il complice sarà colpevole di omicidio (murder). È diverso il caso in cui il complice prevede soltanto la commissione del reato A ed il reo commette il reato B. In questo caso il complice, benché moralmente colpevole (e forse effettivamente colpevole di aver cospirato per commettere il reato A), non è colpevole di aver cooperato (aiding and abetting) nella commissione del reato B.

Il principio che stiamo trattando non sembra autorizzarci, dal punto di vista della lotta alla criminalità in generale, a condannare un presunto complice per qualsiasi reato che, grazie anche agli atti da lui posti in essere in precedenza, il reo abbia commesso. Il reato in questione deve essere previsto dal complice e solo in casi eccezionali sarà possibile trovare una prova sufficiente a sostenere l'accusa secondo la quale il complice avrebbe consegnato al reo un «assegno in bianco» (ossia avrebbe accettato e condiviso, incondizionatamente ed a priori, qualsiasi comportamento il reo avesse ritenuto necessario adottare durante lo svolgimento del reato).

L'accertamento dei fatti dimostra che l'appellante, in quanto membro di un'organizzazione che abitualmente perpetra atti di violenza con armi da fuoco ed esplosivi, appena istruito riguardo al suo ruolo, deve aver previsto che un attentato alla locanda Crosskeys sarebbe stato non l'unica possibilità, ma comunque una delle possibilità più ovvie fra quelle che i suoi compagni avrebbero potuto intraprendere e della cui commissione egli era intenzionalmente complice. Per quanto riguarda la conoscenza colpevole (*guilty knowledge*), egli era perciò nella stessa situazione dell'uomo al quale sia stata fornita una lista di compiti e al quale sia stato detto che uno di tali compiti sarà portato a termine. Così egli è colpevole del reato ascrittogli nel primo capo d'imputazione (*count*).

La Corte autorizzò l'appello in base al seguente punto di diritto ritenuto di importanza generale: «Se il reato commesso dal reo ed al quale l'imputato ha effettivamente cooperato (*assisted*), è stato scelto in una lista di reati e si tratta comunque di un reato in relazione al quale il complice sapeva che probabilmente sarebbe stato commesso dall'autore, la *mens rea* da provare perché il complice sia condannato fu in questo caso provata contro l'accusato?».

La House of Lords respinse l'appello con la sentenza qui sotto riportata.

HOUSE OF LORDS [1978] 3 ALL E.R. 1140

VISCONTE DILHORNE:

[...] Non possono sorgere obiezioni per quanto riguarda la forma di questi capi di imputazione (*counts*), poiché secondo la legge [*Accessories and Abettors Act 1861*, art. 8; *Criminal Law Act 1967*, art. 1 co. 2o] i complici (*aiders and abettors*) possono essere imputati come autori (*principals*) del reato, ma gli elementi (*particulars*) di ciascun capo d'imputazione non danno alcuna indicazione riguardo all'imputazione che l'accusatore intendeva elevare e dalla quale avrebbe dovuto difendersi l'accusato. Nei dettagli del primo capo di imputazione, egli è accusato di aver piazzato una bomba alla locanda Crosskeys; nei dettagli del secondo, egli è accusato di averne avuto il possesso o comunque il controllo. L'accusa non ha tentato di provare che egli aveva piazzato la bomba o che era presente quando la bomba era stata piazzata nella locanda, né ci fu alcun tentativo di dimostrare che, in qualsiasi momento, egli avesse avuto la bomba in suo possesso o sotto il suo controllo.

Sarebbe auspicabile che i particolari del reato mantenessero un qualche contatto con la realtà e, nei casi come questo, in cui è evidente che l'appellante è imputato di aver favorito l'attentato e la custodia della bomba, secondo me sarebbe stato preferibile se gli elementi del reato lo avessero precisato.

LORD SCARMAN (citando la decisione del presidente Lowry):

Il presidente Lowry continua dicendo che «il reato in questione deve essere previsto dal complice e solo in casi eccezionali sarà possibile trovare una prova sufficiente a sostenere l'accusa secondo la quale il complice avrebbe consegnato al reo un assegno in bianco». Il principio così formulato ha un grande merito. Focalizza l'attenzione sullo stato mentale dell'accusato: non su ciò che egli avrebbe dovuto prevedere, ma su ciò che fu da lui effettivamente previsto. Esso evita le definizioni e le classificazioni, assicurando nel contempo che un uomo non possa essere condannato per aver favorito qualsiasi reato sia stato commesso dal reo, ma possa essere condannato solo per aver favorito un reato da lui previsto. Egli può aver previsto un solo reato o più di un reato; e nel caso in cui ne abbia previsto più d'uno egli può considerarli come alternativi. Un complice che lasci tale scelta al vero autore del reato sarà penalmente responsabile, purché la scelta sia compiuta fra i reati che il complice aveva previsto. Benché la formulazione adottata dalla Corte vada oltre rispetto al principio precedente, si tratta di uno sviluppo corretto e niente affatto incoerente rispetto ad essi. Io lo accetto come un corretto principio giurisprudenziale in un campo in cui nessuna legge è attualmente vigente.

2. Il leading case alla luce del diritto penale inglese. Il concorso di persone nel reato e l'*Accessories and Abettors Act* del 1861. La *mens rea* del concorrente.

Nel leading case "Director Of Public Prosecutions for Northern Ireland V. Maxwell", la giurisprudenza inglese ha avuto modo di affrontare il problema relativo al concorso di persone nel reato, con particolare riferimento ai profili di imputazione soggettiva del reato ai concorrenti. In particolare, nel caso de quo, si pone l'interrogativo concernente quale sia il grado di corrispondenza – necessario ai fini della punibilità – tra la rappresentazione soggettiva ante delictum interna alla persona del concorrente ed il reato concretamente commesso da parte dell'autore materiale del fatto.

Prima di entrare in medias res, è d'uopo effettuare una breve riflessione di carattere introduttivo.

Originariamente, nell'ambito del diritto inglese, la disciplina penalistica del concorso di persone nel reato era da rinvenire esclusivamente all'interno della common law e si ispirava a tre principi fondamentali:

- 1) la distinzione tra le differenti forme di partecipazione (principal in the first degree, principal in the second degree, accessories before the fact e accessories after the fact);
- 2) la distinzione tra concorso nel felony (reato di particolare gravità) o nel misdemeanour (reato di lieve gravità)[2], nel qual secondo caso l'area di punibilità del concorso era più ristretta e, in particolare, non comprendeva l'assistenza post delictum (c.d. "accessories after the fact");
- 3) il principio di pari responsabilità dell'autore e dei partecipi per il reato commesso.

Nel 1861 la legge scritta codificò la disciplina concorsuale, così come prevista dalla common law, e la estese interamente anche ai misdemeanours; infatti, l'Accessories and Abettors Act, all'art. 8, stabilì che le condotte di partecipazione criminosa consistevano nell'aiutare (aiding), incoraggiare (abetting), consigliare (counselling) o procurare (procuring)[3], le quali erano punibili anche quando dirette alla commissione di un semplice misdemeanour[4].

Nel 1967, il Criminal Law Act abolì la distinzione tra felonies e misdemeanours, peraltro ignota al diritto penale scozzese, e modificò l'art. 8 dell'Accessories and Abettors Act, il quale, a seguito della novella del Criminal Law Act del 1977, oggi recita:

"Chiunque aiuti, incoraggi, consigli, determini la commissione di un'indictable offence[5], sia prevista dalla common law o da una legge, attuale o futura, è passibile di essere perseguito, accusato e punito come l'autore".

Inoltre, l'art. 4 Criminal Law Act 1967 introdusse una nuova figura di reato, autonoma rispetto alla fattispecie concorsuale, denominata "assisting offender", corrispondente al nostro favoreggiamento personale (art. 378 c.p.), che sostituì la categoria dell'accessory after fact (lasciata, però, sopravvivere per i gravi reati di treason)[6].

Se il concorso di persone nel reato è oggi in gran parte disciplinato dalla statute law, l'elemento soggettivo della partecipazione criminosa è tuttora un istituto di common law e, come tale, è assoggettato alla regola per cui la responsabilità penale è sempre subordinata all'esistenza dell'elemento psichico (actus non facit reum, nisi mens sit rea), mentre la responsabilità dell'autore dipende dalla statute law, assai meno permeabile alla tradizione giurisprudenziale. Ne deriva, a titolo esemplificativo, che, in materia di reati di strict liability, mentre l'autore risponde del fatto a titolo di mera responsabilità oggettiva (secondo quanto previsto dalla legge), la punibilità del concorrente sussiste soltanto in presenza della mens rea[7] (secondo l'insegnamento della common law).

Generalmente, si ritiene che, ai fini della punibilità a titolo di concorso, il partecipe debba sapere quale sia il tipo di reato alla cui realizzazione contribuisce; resta marginale ed irrilevante, invece, la conoscenza e la previa individuazione del soggetto passivo[8], dell'oggetto materiale, del tempo, del luogo e delle altre modalità di commissione del reato.

Nel caso Bainbridge, per esempio, Tizio aveva acquistato da Caio un equipaggiamento di fiamme ossidriche che sei settimane più tardi fu usato per scassinare una banca; Tizio disse di avere sospettato che Caio volesse farne un uso criminoso, ma di non avere immaginato che volesse rubare in una banca. La Corte ritenne che, per affermare la responsabilità concorsuale di Tizio, fosse sufficiente la consapevolezza di un generico proposito criminoso, occorrendo tuttavia la conoscenza almeno del tipo di reato che doveva essere commesso, sebbene non fosse necessario conoscere l'identità del soggetto passivo^[9].

Successivamente, il principio enunciato nel caso Bainbridge è stato allargato, giungendo a sostenere che, per essere responsabile del reato commesso dall'autore, è sufficiente che il partecipe se lo sia rappresentato anche solo in alternativa ad altri reati, lasciando all'autore la scelta di quale compiere: tale ipotesi è stata affrontata proprio nel caso Maxwell [1978] in questione.

In quest'ultima fattispecie, infatti, l'imputato (membro dell'Esercito Volontario dell'Ulster, organizzazione proibita in Irlanda del Nord), aveva condotto sulla propria autovettura alcuni terroristi alla Locanda Crosskeys. Fu accertato nel corso del processo che l'imputato sapeva che sarebbe avvenuto «un attacco contro il bar Crosskeys, e non una semplice visita o sopralluogo» e che «l'attacco avrebbe comportato l'uso della forza, in modo che le persone sarebbero state messe in pericolo ed i locali sarebbero stati seriamente danneggiati», ma che non sapeva esattamente quale reato sarebbe stato commesso.

Accusato come autore del reato (principal), che consisteva nel collocare un rudimentale ordigno esplosivo nella locanda Crosskeys, in violazione dell'art. 3 lett. a) Explosive Substances Act 1883, il suo ruolo fu definito quale partecipazione (aider and abettor). Egli appellò contro la condanna perché si sarebbe dovuto dimostrare che egli era a conoscenza del tipo di reato voluto [dagli altri concorrenti] e del genere di mezzi che sarebbero stati trasportati sul luogo del delitto. L'impugnazione fu respinta sia dalla Corte d'Appello che dalla House of Lords con le sentenze sopra riportate.

Nel caso Maxwell, pertanto, sia il giudice d'appello, sia la House of Lords hanno ritenuto che, qualora il concorrente si prefiguri, nell'esecuzione dell'azione criminosa, l'uso della violenza sulle persone e l'impiego di strumenti micidiali (quali armi da fuoco od esplosivi), costui risponderà di tutti i reati contro l'incolumità personale commessi dai concorrenti materiali; in particolare, nella vicenda processuale concreta, «l'accertamento dei fatti dimostra che l'appellante, in quanto membro di un'organizzazione che abitualmente perpetra atti di violenza con armi da fuoco ed esplosivi, appena istruito riguardo al suo ruolo, deve aver previsto che un attentato alla locanda Crosskeys sarebbe stato non l'unica possibilità, ma comunque una delle possibilità più ovvie fra quelle che i suoi compagni avrebbero potuto intraprendere e della cui commissione egli era intenzionalmente complice. Per quanto riguarda la conoscenza colpevole (guilty knowledge), egli era perciò nella stessa situazione dell'uomo al quale sia stata fornita una lista di compiti e al quale sia stato detto che uno di tali compiti sarà portato a termine».

E' d'uopo evidenziare come, nel caso de quo, i giudici non si siano limitati ad accertare il solo nesso oggettivo tra la condotta dell'imputato e l'evento lesivo cagionato materialmente dai concorrenti; al contrario, il giudicante ha desunto il nesso psichico tra azione del concorrente ed evento di reato (ossia la previsione, da parte dell'imputato, dei vari reati che sarebbero stati possibilmente commessi dagli altri concorrenti) sulla scorta di precisi indici di natura oggettiva e soggettiva, quali l'appartenenza ad un'organizzazione armata, la consueta partecipazione ad azioni violente, mediante l'uso di armi da fuoco ed esplosivi, le stesse ammissioni dell'imputato relative all'accordo ante delictum, e così via.

In proposito, il Presidente Lowry affermò: «[la responsabilità dell'imputato] è resa evidente dal fatto che egli prevede la commissione di uno o più crimini da parte del reo e presta la sua assistenza affinché uno dei crimini venga commesso. In altre parole, egli sa che il reo commetterà o sta per commettere un atto illecito (illegal), da lui scelto in una ristretta cerchia di reati, e avendo tale conoscenza lo aiuta a commetterlo»; inoltre, ai fini del concorso di persone nel reato, «il reato in questione deve essere previsto dal complice e solo in casi eccezionali sarà possibile trovare una prova sufficiente a sostenere l'accusa secondo la quale il complice avrebbe consegnato al reo un «assegno in bianco» (ossia avrebbe accettato e condiviso, incondizionatamente ed a priori, qualsiasi comportamento il reo avesse ritenuto necessario adottare durante lo svolgimento del reato)».

Infine, nell'ultimo grado di giudizio innanzi alla House of Lords, Lord Scarman (dopo aver citato la tesi illustrata dal presidente Lowry), affermò che il principio formulato da Lowry «ha un grande merito. Focalizza l'attenzione sullo stato mentale dell'accusato: non su ciò che egli avrebbe dovuto prevedere, ma su ciò che fu da lui effettivamente previsto. Esso evita le definizioni e le classificazioni, assicurando nel contempo che un uomo non possa essere condannato per aver favorito qualsiasi reato sia stato commesso dal reo, ma possa essere condannato solo per aver favorito un reato da lui previsto. Egli può aver previsto un solo reato o più di un reato; e nel caso in cui ne abbia previsto più d'uno egli può considerarli come alternativi. Un complice che lasci tale scelta al vero autore del reato sarà penalmente responsabile, purché la scelta sia compiuta fra i reati che il complice aveva previsto».

Ma la giurisprudenza inglese non ha solamente affrontato il tema del nesso psichico tra condotta concorsuale ed evento cagionato dai concorrenti materiali, ma ha analizzato anche il più specifico tema del c.d. "concorso anomalo", caratterizzato da un accordo criminoso, seguito dalla commissione di reati differenti da quelli in origine concordati.

Inizialmente, è giunta alla cognizione dei giudici britannici l'ipotesi di un evento ulteriore, cagionato colposamente da taluno dei partecipanti nell'esecuzione di un disegno criminoso di matrice dolosa; nel caso Baldessare[10], per esempio, due persone si erano impossessate indebitamente, di comune accordo, dell'automobile di un terzo ed una di esse, guidando in modo imprudente, aveva causato la morte di un passante. Di questo evento (non voluto né previsto dall'autista) fu ritenuto responsabile, come partecipe, anche il passeggero, per il fatto di aver condiviso con lui il proposito di guidare indebitamente l'autovettura altrui. Entrambi, pertanto, furono condannati per il reato di manslaughter.

In altra ipotesi, si è affermato che "è evidente che il disegno comune di usare illegittima violenza, tranne l'inflizione di gravi lesioni fisiche, rende tutti i concorrenti responsabili di omicidio (manslaughter), se la morte della vittima è conseguenza inattesa (unexpected) dell'esecuzione di questo disegno"; il redattore, tuttavia, così prosegue: "ma, se la morte della vittima non è dovuta al comune disegno, bensì è riferibile ad uno dei concorrenti che agisce oltre questo disegno, usando violenza che è diretta a cagionare gravi lesioni fisiche, gli altri non rispondono di questo atto non condiviso (unauthorised)"[11]. In questo secondo caso, si profila la differente ipotesi nella quale, all'interno di un comune disegno criminoso, si innesta un nuovo ed autonomo atto delittuoso di natura dolosa: in tal caso, ritiene la giurisprudenza inglese, non può imputarsi tale nuovo fatto di reato al concorrente che non abbia né materialmente né psicologicamente concorso a realizzarlo, quasi che il susseguente atto doloso spezzasse il nesso psichico tra la condotta dei concorrenti e l'evento gravioso cagionato materialmente da uno solo di essi.

A tal proposito, nel caso Hyde and others[12], concernente il concorso in furto sfociato in omicidio, il giudice Lane afferma: "perché il concorrente (the secondary party) sia colpevole, occorre dimostrare che egli si è prestato all'impresa criminale che implicava di arrecare un grave danno oppure la morte o che egli ha avuto un'intesa tacita o espressa con l'autore principale (the actual killer) in virtù della quale siffatto danno o morte sarebbe stato inflitto, se necessario. Se, tuttavia, il concorrente è consapevole, senza essersi preliminarmente accordato in relazione al tipo di condotta da porre in essere, del fatto che l'autore principale potrebbe uccidere o infliggere gravi ferite e nondimeno continua a cooperare con lui nell'impresa, ciò sarà elemento soggettivo sufficiente perché egli possa essere considerato colpevole di murder qualora, naturalmente, l'autore principale, con il necessario intent, cagioni un omicidio nel corso dell'impresa criminale".

In un altro caso, avente ad oggetto una rissa sfociata in omicidio, si poneva l'interrogativo circa la possibilità di imputare a tutti i partecipanti alla rissa l'evento morte cagionato dall'unico coltello, detenuto da un solo rissante; in tal caso, Lord Simonds disse: "non riesco a vedere alcuna ragione per un'ulteriore estensione del termine «complice». In particolare, non vedo alcuna ragione per cui, se una mezza dozzina di ragazzi si scontrano con un altro gruppo di persone ed uno di loro estrae un coltello e ferisce a morte un avversario, gli altri componenti del suo gruppo debbano essere trattati come complici nell'uso del coltello e nell'inflizione di una ferita mortale con quel mezzo, a meno che non sia fornita la prova che gli altri volessero od almeno prevedessero un'aggressione a mano armata da parte di un componente del loro gruppo, al posto di un'aggressione semplice"[13]. In altri termini, parafrasando il caso Chang Wing-Siu, "un partecipe (secondary part) è responsabile per gli atti commessi dall'autore (primary offender) del tipo di quelli che aveva previsto ma non necessariamente voluto [...] Questo principio ruota intorno alla considerazione preventiva (contemplation) o, per esprimere la stessa idea con parole diverse, alla condivisione (authorisation), che può essere esplicita ma che è più frequentemente implicita. È questo il caso di un reato previsto come avvenimento (incident) possibile del comune piano illecito. La responsabilità penale risiede nel partecipare alla vicenda con questa previsione"[14].

In quest'ordine di idee si collocano anche altre due recenti decisioni relative a due casi di omicidio: English e Powell.

Nel caso English[15], l'omonimo imputato ed un altro uomo, volendo "dare una lezione" ad un agente di polizia, lo aggredirono con delle mazze di legno con l'intenzione di causargli gravi lesioni personali; tuttavia, nella colluttazione, il complice estrasse inaspettatamente un coltello e colpì a morte il poliziotto.

Nel caso Powell[16], invece, l'appellante e due complici suonarono alla porta di un trafficante di droga e, quando questo aprì, uno dei complici lo freddò improvvisamente con un colpo di pistola.

In entrambi i casi, la Court of Appeal pronunciò condanna per omicidio a carico di entrambi gli imputati; a seguito di impugnazione, tuttavia, la House of Lords da un lato confermò la condanna a carico di Powell, dall'altro dichiarò non colpevole English: nel caso Powell, infatti, era stato accertato che l'imputato avesse concretamente previsto la possibilità che il complice commettesse un murder; nel caso English, invece, era stato provato che l'imputato ignorava la presenza del coltello addosso all'autore.

3. Comparazione con il diritto penale italiano: l'elemento soggettivo nel concorso di persone nel reato. Il c.d. "concorso anomalo.

All'interno del Codice Penale italiano del 1930, la norma fondamentale in tema di concorso di persone nel reato è l'art. 110, il quale stabilisce:

"Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti".

La disposizione testé citata, tuttavia, nulla dice all'interprete circa l'ubi consistam del concorso di persone nel reato e, con particolare riferimento all'elemento soggettivo, non chiarisce quale sia il nesso psichico, necessario ai fini della punibilità a titolo concorsuale, sussistente tra la condotta del concorrente ed il fatto di reato.

Generalmente, si ritiene che "dato il carattere autonomo della fattispecie plurisoggettiva, derivante dalla combinazione dell'art. 110 con la norma di parte speciale, anche il relativo elemento soggettivo va[da] determinato autonomamente, sulla base pur sempre dei principi generali in tema di elemento soggettivo del reato, ma altresì in rapporto alle caratteristiche proprie di tale fattispecie"[17].

Inoltre, "il contributo alla realizzazione comune, qualsiasi forma esteriore esso assuma, deve essere qualificato da due connotati soggettivi: la volontà di assumere la condotta come proiettata verso la realizzazione comune (la c.d. coscienza del concorso); l'atteggiamento subiettivo tipico richiesto nella fattispecie del reato che si attribuisce"[18].

Stante la lacunosità, in tema di elemento soggettivo, di cui è affetta la disposizione dell'art. 110 c.p., non può che soccorrere, sul punto, la generale clausola definitoria dell'art. 43 c.p., il quale stabilisce, al primo alinea del primo comma:

"Il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione".

Orbene, è di tutta evidenza come, in ragione del combinato disposto degli artt. 43 e 110 c.p., ai fini della punibilità del concorrente nel reato, è necessario che costui – qualunque sia obiettivamente il tipo di apporto causale, materiale o morale – preveda e voglia l'evento di reato, come conseguenza del proprio contributo commissivo od omissivo. Sebbene, infatti, la fattispecie ex art. 110 c.p. si caratterizzi, dal punto di vista oggettivo, per una sorta di "de-tassativizzazione" della condotta punibile – stante la relativa atipicità dell'azione concorsuale – non v'è alcuna disposizione di legge che consenta all'interprete di postulare la sussistenza, in materia di concorso di persone nel reato, di una deroga ai principi generali in materia di elemento soggettivo.

Così, a titolo esemplificativo, nel caso in cui Tizio accompagni in banca Caio, sprovvisto di patente di guida, onde consentirgli di effettuare un'operazione di conto corrente, qualora Caio, varcata la soglia dell'agenzia bancaria, estragga

improvvisamente una pistola ed effettuò una rapina, Tizio non sarà certamente imputabile del reato ex art. 628 c.p., stante la totale assenza, in capo al medesimo, del dolo di rapina: in tal caso, infatti, pur sussistendo una condotta materiale lato sensu ausiliaria (ossia l'aver accompagnato Caio in banca), tale azione non assurge alla tipicità del delitto di rapina, giacché difetta radicalmente ogni nesso psichico tra la condotta di Tizio ed il reato commesso materialmente da Caio.

Pertanto, come nella common law inglese, così nel diritto penale italiano è necessario, ai fini della punibilità a titolo concorsuale, che sussista in capo al compartecipe il dolo (la mens rea) del delitto, non potendo configurarsi concorso nel reato per il solo fatto della oggettiva e materiale condotta di ausilio o sostegno.

In proposito, peraltro, si ritiene che "la coscienza del concorso potrà indifferentemente manifestarsi o come previo concerto (così nella maggior parte dei casi), o come intesa istantanea, ovvero ancora come semplice adesione all'opera di un altro che ne rimane ignaro"[19].

Maggiori problemi sorgono in tema di c.d. "concorso anomalo", il quale si verifica allorché, a seguito del pactum sceleris, taluno dei concorrenti commetta un reato diverso da quello originariamente concordato; sul punto, l'art. 116, comma 1, c.p. stabilisce:

"Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione".

Per inciso, tale disposizione costituisce l'eccezione che conferma la regola: se, infatti, il legislatore ha ritenuto di dovere introdurre, in tema di "concorso anomalo", un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in deroga ai generali principi di imputazione soggettiva del reato, ciò è sicuro indice del fatto che, nell'ambito dell'ordinario concorso di persone nel reato, rimane fermo il dettato degli artt. 42 e 43 c.p. in materia di elemento soggettivo.

Orbene, alla luce della lettera del citato art. 116 c.p., emerge come, quantomeno nell'intentio del legislatore del 1930, il "reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti" dovesse imputarsi al "concorrente anomalo" a titolo di mera responsabilità oggettiva: in proposito, infatti, è patente l'identità tra la formulazione dell'art. 116 c.p. ("[...] se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione") e la disposizione dell'art. 40 c.p. in tema di causalità ("se l'evento dannoso o pericoloso [...] non è conseguenza della sua azione od omissione"), identità letterale dalla quale sembra inferirsi la riconducibilità del "concorso anomalo" alle ipotesi di cui al terzo comma dell'art. 42 c.p. ("la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente come conseguenza della sua azione od omissione").

A titolo esemplificativo, pertanto, secondo la rigida e letterale applicazione dell'art. 116 c.p., in un'ipotesi di pactum sceleris avente ad oggetto la commissione di un furto in abitazione, nel caso in cui uno solo dei concorrenti commetta, motu proprio et manu propria, altri reati (quali rapina, danneggiamento, violenza sessuale, percosse, lesioni personali, omicidio, e così via), dovrebbe sostenersi senza dubbio l'addebitabilità di tali differenti fatti di reato anche al concorrente che pur non abbia partecipato né moralmente né materialmente alla loro commissione, in ottemperanza all'antico brocardo "qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu".

È noto come tale interpretazione strettamente oggettivistica ed in chiave general-preventiva[20] sia stata superata dalla giurisprudenza costituzionale, la quale, in ossequio al generale principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.) ha tentato di temperare le aberrazioni derivanti da una siffatta opzione ermeneutica.

In particolare, nel caso affrontato dalla Consulta e definito con sentenza del 31 maggio 1965, n. 42, il Signor Amedino Ferretti era stato imputato del reato di omicidio volontario ai sensi dell'art. 116 c.p.; pertanto, la sua difesa aveva sollevato questione di legittimità costituzionale di quest'ultima disposizione di legge, la quale prevedrebbe – come precisato nell'ordinanza del giudice a quo – una "ipotesi di concorso a titolo di responsabilità obiettiva per mero rapporto di causalità materiale tra l'evento non voluto e l'azione od omissione dell'imputato, responsabilità che sarebbe "ascritta per fatto non proprio", e quindi in contrasto col principio, sancito dall'art. 27, primo comma, della Costituzione, della personalità della responsabilità penale".

Si costituiva in giudizio l'Avvocatura dello Stato, la quale rilevava, "innanzitutto, che, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, l'art. 27, primo comma, della Costituzione si limita a fissare il divieto della responsabilità penale per fatto altrui, "senza alcun riferimento al divieto della cosiddetta responsabilità oggettiva" (sentenza n. 107 del 1957). Osserva inoltre che la fattispecie prevista da tale norma non potrebbe mai risolversi in una ipotesi di responsabilità per

fatto altrui, in quanto la norma richiede che fra l'azione e l'omissione del concorrente e l'evento diverso o più grave di quello da lui voluto sussista un rapporto di consequenzialità".

Al termine del procedimento, la Consulta rigettava la questione di legittimità costituzionale, così motivando: "è da ritenere che con l'art. 116 del Codice penale, diversamente da quanto si afferma nell'ordinanza, non si versi nella ipotesi della responsabilità oggettiva, in quanto, secondo la interpretazione che negli ultimi anni, in numerose sentenze, ha data la Corte di cassazione, e che questa Corte ritiene di condividere, è necessaria, per questa particolare forma di responsabilità penale, la presenza anche di un elemento soggettivo.

Le interpretazioni immediatamente successive alla entrata in vigore del Codice furono strettamente influenzate dalla formulazione letterale della nuova disposizione; e ne derivarono per un certo tempo affermazioni piuttosto decise del principio della responsabilità oggettiva come fondamento della disposizione stessa. Tuttavia questa interpretazione non mancò di suscitare, fin dal principio, vive obiezioni.

Sebbene i suoi sostenitori abbiano sempre tentato di attenuarne in certa misura la portata, è innegabile che, a voler assumere come fondamento della responsabilità ex art. 116 unicamente il rapporto di causalità materiale, non si potrebbe, a stretto rigore, stabilito un tale rapporto, sfuggire a talune estreme conseguenze: a quella, soprattutto, di dover imputare all'agente, solo perché materiale conseguenza della sua azione, un reato non soltanto diverso o più grave di quello voluto, ma anche del tutto al di fuori, per sua natura, da ciò che sarebbe un prevedibile omogeneo sviluppo dell'azione concordata. La interpretazione dell'art. 116 in senso rigidamente oggettivo è pertanto apparsa giustamente alla Cassazione non conforme al vero spirito della norma, venendo a creare una forma di responsabilità del tutto contrastante col sistema e produttiva, oltre tutto, di conseguenze penali di sproorzionata gravità.

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

La interpretazione che in definitiva si è affermata nella giurisprudenza, pur tra qualche difformità e incertezza di formulazione, esige, sostanzialmente, come base della responsabilità ex art. 116 del Codice penale, la sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza.

Tale interpretazione questa Corte, accogliendo i motivi che la giurisprudenza ne ha via via esposti e sviluppati, ritiene di dover pienamente condividere, escludendo con ciò che l'art. 116 del Codice penale importi una violazione del principio della personalità della responsabilità penale: principio che nella partecipazione psichica dell'agente al fatto trova la sua massima affermazione. Essendo ciò sufficiente per riconoscere infondata la questione proposta, non è compito di questa Corte il delimitare particolarmente la natura e gli aspetti del coefficiente di colpevolezza che ricorre nella fattispecie dell'art. 116, né lo stabilire se dalla semplice colpa esso possa addirittura assurgere alla forma dolosa, nel qual caso, è anche dubbio che si rientri nella ipotesi del predetto art. 116 [...]."

Ebbene, da un lato tale pronuncia della Corte Costituzionale sembra costituire un importante passo avanti, nel tortuoso cammino della c.d. "lettura costituzionalmente orientata" della legislazione penale pre-repubblicana: senza dubbio, infatti, l'inserimento – se pur in sede di sentenza interpretativa di rigetto – di un coefficiente psichico all'interno dell'istituto del "concorso anomalo" ha rappresentato un lodevole tentativo di arricchire di indici personali e soggettivi la fattispecie prevista dall'art 116 c.p..

Tuttavia, quantomeno due profili critici residuano e rendono la disposizione dell'art. 116 c.p., pur dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 42/1965, gravemente collidente con il principio di personalità della responsabilità penale.

In primis, infatti, in applicazione dell'art. 116 c.p., quand'anche letto in chiave soggettivistica, si finiscono per applicare in ogni caso le rigide pene del reato doloso (nel caso affrontato dalla Consulta, l'omicidio volontario), nonostante nel caso concreto sussista la mera colpa in relazione all'evento cagionato dal concorrente; in proposito, si è affermato che la "anomalia" del concorso risiede proprio in ciò, e cioè nel fatto che "il concorrente risponde di un reato doloso sulla base di un reale atteggiamento colposo"[21]. Così, a titolo esemplificativo, nell'ipotesi di rapina a mano armata, il c.d. "palo"

che abbia concordato con i complici la commissione del solo reato contro il patrimonio di cui all'art. 628 c.p., dovrà altresì rispondere di omicidio volontario (e, quindi, secondo l'intenzione), per il sol fatto che fosse prevedibile (e, quindi, contro l'intenzione) che i complici avrebbero potuto, nell'esecuzione della rapina, uccidere taluno dei presenti.

Dall'altro lato – e qui risiede il profilo autenticamente comparatistico della presente indagine – non può non trascurarsi la sostanziale differenza tra i due approdi teorico-pratici cui sono giunti il diritto penale inglese ed il diritto penale italiano in tema di "evento non voluto da taluno dei concorrenti".

Come sopra illustrato, infatti, nell'ordinamento criminale inglese si è assistito ad una sorta di fusione tra la disciplina di statute law concernente il concorso di persone nel reato[22] e la stratificazione giurisprudenziale di common law riguardante la mens rea nell'illecito penale; di talché il "diritto vivente" inglese è giunto ben presto ad affermare che il concorrente che non abbia voluto espressamente cagionare un ulteriore fatto di reato, commesso materialmente dal complice, risponde del medesimo esclusivamente nel caso in cui quest'ultimo reato sia effettivamente e concretamente "previsto come avvenimento (incident) possibile del comune piano illecito. La responsabilità penale [infatti] risiede nel partecipare alla vicenda con questa previsione"[23].

Viceversa, nel diritto penale italiano, la giurisprudenza costituzionale – seguita successivamente anche da costante giurisprudenza di merito e di legittimità – è giunta solo al punto da subordinare la punibilità del "concorrente anomalo" alla mera prevedibilità del differente reato commesso da taluno dei concorrenti ("il reato diverso o più grave commesso dal concorrente deve potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto"[24]); sul punto, la giurisprudenza ha di volta in volta propugnato un criterio di prevedibilità in astratto (specie nelle pronunce più risalenti; così, ex plurimis, in Cassazione Penale, Sez. I, 6 ottobre 1988[25]) o di prevedibilità in concreto (così, ex plurimis, in Cassazione Penale, Sez. I, 20 novembre 2000, n. 4399[26]; Cassazione Penale, Sez. I, 19 gennaio 1999, n. 3465[27]).

E' evidente, pertanto, la differenza tra l'approccio inglese e quello italiano: il primo, maggiormente rispettoso del canone personalistico, richiede, ai fini della punibilità del "concorrente anomalo", che costui abbia effettivamente e concretamente previsto (con "colpa cosciente", parafrasando l'art. 61, n. 3 del Codice Penale italiano) la possibilità della perpetrazione del differente reato da parte di altro compartecipe; il secondo, di contro, ancora vincolato ad incrostazioni oggettivistiche e general-preventive, nella patente tensione tra art. 116 c.p. ed art. 27 Cost., giunge tutt'al più a subordinare la punibilità del "concorrente anomalo" alla sola prevedibilità del differente reato non voluto, così legittimando de facto una vischiosa prassi giurisprudenziale la quale, dietro la "maschera" della prevedibilità (magari in astratto) del reato non voluto, finisce per perpetuare tutt'oggi il canone tralatizio del versari in re illicita e della responsabilità oggettiva.

In proposito, giova riportare brevemente un caso affrontato di recente dalla Suprema Corte.

B. e S. fissavano un appuntamento con B.G. al fine di minacciarlo e di "dargli una lezione"[28]; tuttavia, nel corso dell'incontro ed all'insaputa di S., B. estraeva improvvisamente una pistola e freddava B.G..

Entrambi i concorrenti venivano imputati di porto illegale d'arma da fuoco ed omicidio volontario (S. nella forma di concorso anomalo in omicidio); a seguito dei gradi di merito, S. proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza di condanna e, in ultima istanza, veniva assolto per il reato di porto d'arma e condannato ex art. 116 c.p. per il delitto di omicidio volontario.

Nella sentenza della Suprema Corte[29], così si legge:

"il nesso soggettivo necessario e sufficiente [ai fini del concorso ex art. 116 c.p.: n.d.r.] consiste nella mera prevedibilità, cioè nella possibilità, valutata alla stregua delle concrete circostanze secondo la logica e la scienza dell'uomo medio, che alla psiche dell'agente il reato diverso si rappresenti, nei suoi essenziali elementi, come sviluppo logico di quello voluto, pur senza una concreta previsione[30].

In sostanza l'ipotesi di concorso anomalo si fonda su un atteggiamento psichico colposo, consistente nell'inosservanza, da parte del coimputato, di regole di prudenza per essersi affidato, nella realizzazione del reato voluto, alla condotta altrui non suscettibile di controllo e non aver previsto un eccesso prevedibile.

[...]

L'impugnata sentenza desume, congruamente, la prevedibilità che il coimputato <B.> portasse con sé la propria pistola, per usarla a scopo intimidatorio, da fatti significativi (l'intima amicizia, la conoscenza che il <B.> non si separava mai dalla

sua arma, l'assenza di motivi per uscire disarmato quella notte in cui si doveva impartire la lezione al <B.>) e disattende la tesi difensiva avanzata solo al dibattimento (in ordine al reiterato invito, rivoltogli in generale dal ricorrente, di non uscire - in sua compagnia - armato) con una motivazione congrua che discerne criticamente le diverse risultanze processuali, comprese le dichiarazioni testimoniali dei fratelli <S.>.

Si sostiene ancora dal ricorrente che le modalità della condotta del <B.> (scarica mortale che aveva colpito alla schiena la vittima mentre i tre camminavano in fila indiana senza che si fosse verificato il minimo alterco) configurerebbe l'evento atipico che esclude la responsabilità del compartecipe ex art. 116 c.p..

La censura è priva di fondamento.

Invero, la giurisprudenza di questa Corte afferma costantemente che la responsabilità del compartecipe ex art. 116 c.p. può essere esclusa solo quando il reato diverso e più grave si presenti come evento atipico, dovuto a circostanze eccezionali e del tutto imprevedibili, non collegato in alcun modo al fatto criminoso su cui è innestato, oppure quando si verifichi un rapporto di mera occasionalità idoneo ad escludere il nesso di causalità[31].

La rottura del nesso causale viene, pertanto, ipotizzata nell'evento definito atipico sempre in relazione alla sua eccezionalità o totale imprevedibilità rispetto al reato concordato, sicché - nel caso in cui era prevedibile l'uso di una rivoltella per l'esecuzione della minaccia concordata - non può ritenersi conseguenza di circostanze eccezionali e non ricollegabili al reato meno grave il fatto che la pistola sia stata usata dal coimputato immediatamente e direttamente per uccidere, senza alcuna previa minaccia.

Per la configurabilità del concorso anomalo non è indispensabile, infatti, la commissione del reato meno grave, ma - da una parte - il nesso puramente causale tra l'apporto materiale di chi ha voluto solo quello ed il reato più grave e - dall'altra - un necessario coefficiente di colpevolezza concepito come nesso psichico in termini di prevedibilità dello sviluppo logico verso un fatto più grave non direttamente voluto.

Anche il terzo motivo è inconsistente.

Il ricorrente parte dalla pronuncia di assoluzione con formula ampia dal concorso nel porto di arma da fuoco (capo B) per dedurne che non sapeva, non aveva previsto e non poteva prevedere il porto d'arma fuori dell'abitazione.

Invero è di per sé erroneo il sillogismo che pone a confronto due entità riferibili a reati distinti (pronuncia di assoluzione sul porto illegale e giudizio in ordine alla prevedibilità del fatto omicidario), senza affrontare il necessario approfondimento sulla compatibilità delle motivazioni poste a supporto delle sottostanti valutazioni ed evitando le necessarie distinzioni in punto di atteggiamento psicologico.

L'assoluzione, basata su mancanza di prova sulla conoscenza che la sera dell'omicidio il <B.> fosse in possesso della pistola, va rapportata all'elemento soggettivo che nel reato in esame si atteggia a dolo nel concorso, onde la conoscenza (la cui prova è mancata) poteva essere effettiva (dolo diretto) o prevista con accettazione del rischio (dolo eventuale), laddove ogni diverso nesso psichico (come la prevedibilità) avrebbe dovuto comportare necessariamente l'assoluzione.

Da tali considerazioni derivano le due seguenti conseguenze:

1) l'assoluzione dal concorso nel porto illegale per non aver commesso il fatto, pur essendo esatta in quanto nel concorso morale il venir meno del nesso soggettivo porta inevitabilmente a tale formula, lascia del tutto impregiudicata la questione in ordine all'atteggiamento psichico nel concorso anomalo ex art. 116 c.p. per l'omicidio;

2) non sussiste alcuna contraddizione tra quell'assoluzione e la condanna impugnata, trovando quest'ultima fondamento nella prevedibilità del porto e - di conseguenza - del fatto più grave commesso dal coimputato, nesso psichico ben più labile rispetto al dolo, siccome ricadente nell'area della colpa per non aver previsto; ampiamente motivata nella sentenza [...]."

Ebbene, la sola sommaria lettura della succitata motivazione fa comprendere come l'attuale "diritto vivente", nonostante lo squillante monito della Corte Costituzionale[32], stia continuando ad interpretare l'art. 116 c.p. in chiave eminentemente - ed occultamente - oggettivistica.

Da un lato, infatti, la Suprema Corte afferma che, ai fini della condanna per porto illegale d'arma, è necessario che il concorrente sappia - o quantomeno accetti il rischio[33] - che il complice porti con sé una pistola; dall'altro lato,

viceversa, ai fini del concorso ex art. 116 c.p. nel ben più grave reato di omicidio volontario, è sufficiente che il "concorrente anomalo" possa genericamente prevedere che il complice esca armato dalla propria abitazione ed intraprenda un'azione omicida, in ragione della "intima amicizia, della conoscenza che il <B.> non si separava mai dalla sua arma, dell'assenza di motivi per uscire disarmato quella notte in cui si doveva impartire la lezione al <B.>".

Un simile caso, probabilmente, sarebbe stato giudicato in modo differente da una corte di giustizia inglese: come sopra evidenziato, infatti, nell'ambito dell'ordinamento penale britannico, ai fini della punibilità del "concorrente anomalo", è necessario provare che in capo a costui fosse "presente non il semplice sospetto, ma la consapevolezza che un reato di quel genere fosse nelle intenzioni del reo e che l'equipaggiamento fosse stato acquistato a quello scopo"[34]; come disse Lord Scarman (citando la decisione del presidente Lowry), nel procedimento D.P.P. for Northern Ireland v. Maxwell [1978] 3 All E.R. 1140 innanzi alla House of Lords: "il presidente Lowry continua dicendo che «il reato in questione deve essere previsto dal complice e solo in casi eccezionali sarà possibile trovare una prova sufficiente a sostenere l'accusa secondo la quale il complice avrebbe consegnato al reo un assegno in bianco». Il principio così formulato ha un grande merito. Focalizza l'attenzione sullo stato mentale dell'accusato: non su ciò che egli avrebbe dovuto prevedere, ma su ciò che fu da lui effettivamente previsto"[35].

Secondo la giurisprudenza italiana, invece, non è nemmeno necessario provare che il "concorrente anomalo" sospettasse in concreto o prevedesse effettivamente la commissione del reato diverso, ma è sufficiente che tale commissione fosse genericamente prevedibile.

Ecco, quindi, che, nel caso affrontato in Cassazione Penale, Sez. V, 25 ottobre 2002, n. 42861[36], l'imputato S., uscito con l'amico B. con il semplice accordo di minacciare il "nemico" B.G., ha la ventura di essere imputato di omicidio volontario, stante "l'assenza di motivi per uscire disarmato quella notte in cui si doveva impartire la lezione al <B.>"[37]!

4. Il "concorso anomalo" ex art. 116 c.p.: profili sintetici di teoria generale del reato e della pena. La compatibilità con i principi costituzionali.

La tematica del c.d. "concorso anomalo" di cui all'art. 116 c.p. suscita – quantomeno nell'interprete particolarmente attento alle radici teoretico-dogmatiche degli istituti penalistici – non pochi interrogativi afferenti, in special modo, alla natura sostanzialmente "eccentrica" di tale particolare responsabilità concorsuale; in particolare, il fulcro del problema consiste nella palese "sfasatura" tra l'autore materiale del "fatto diverso" ed il soggetto cui viene imputato tale fatto di reato (il c.d. "concorrente anomalo").

Ebbene, il concorso ex art. 116 c.p., oltre ad essere tema penalistico ex se complesso e multiforme, rappresenta un interessante "terreno di coltura" per la sperimentazione delle contrapposte concezioni dell'ordinamento giuridico, dell'illecito penale e della sanzione criminale; a tal proposito, basti solo evidenziare come l'art. 116 c.p., disposizione sconosciuta al codice Zanardelli (emanato in epoca c.d. "liberale")[38], abbia ricevuto dal legislatore autoritario del 1930 un'impronta radicalmente oggettivistica (strettamente connessa alle radici tecnico-giuridiche del Codice Rocco)[39] per poi subire, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, una curvatura ermeneutica tendenzialmente personalistica e soggettivistica: ebbene, tale evoluzione dell'istituto vale a dimostrare lo stretto nesso sussistente tra il medesimo ed i più generali orientamenti politico-giuridici e latamente gius-filosofici.

In particolare, se la pena viene intesa quale strumento di controllo e difesa sociale[40] e di pura prevenzione del crimine[41] e, al contempo, il reato (unitamente alla persona del reo) viene concepito come mero fattore oggettivo di disordine e di pericolo sociale da reprimere (c.d. "matrice materialistica"[42]), è evidente come si finisca per approdare ad una concezione oggettivistica del "concorso anomalo" ex art. 116 c.p.; in tale prospettiva, infatti, nell'ipotesi in cui due soggetti concordino la commissione di un reato ma, nell'esecuzione del medesimo, uno dei concorrenti si renda colpevole di un ulteriore e differente delitto, l'attenzione dell'interprete si focalizzerà non tanto sul differente atteggiamento interiore connotante i due partecipanti, bensì sull'esito fattuale della vicenda concorsuale, ossia sull'"evento finale" oggettivamente dannoso o pericoloso: pertanto, il "concorrente anomalo" sarà tenuto a rispondere di tale diverso reato per il sol fatto di versare in re illicita. In tal caso, dunque, in chiave di prevenzione generale e di difesa sociale, l'ordinamento intende addebitare obiettivamente il reato, diverso da quello concordato, anche al concorrente che non l'abbia materialmente commesso; costui, infatti, per il sol fatto di essersi reso infedele agli imperativi della legge (ossia di essersi, comunque, accordato per la commissione di un reato) e di avere scelto negligenemente quale complice un soggetto aggressivo ed inaffidabile, meriterebbe una pena esemplare[43].

È chiaro come una siffatta impostazione si fondi su un postulato antropologico ben preciso, ossia sulla fictio secondo la quale l'uomo sarebbe una mera "pedina" a-nomica, del tutto priva di una qualsivoglia istanza etica e spirituale, la quale agisce esclusivamente secondo un clinamen di natura fisica, assolutamente sprovvisto di uno spessore assiologico-valoriale[44]; in tal caso, la sanzione penale – strumento di controllo sociale per eccellenza – tenderebbe ad assumere la portata di una sorta di "misura di sicurezza preventiva", volta ad arginare oggettivamente ogni spinta di disordine e di disgregazione, presunta latente nel corpo sociale[45].

In proposito, si è evidenziato come, all'esaltazione del principio (squisitamente utilitaristico) della difesa dell'ordine, corrisponda una generale "svalutazione della portata determinante e differenziatrice dell'elemento soggettivo di sostegno della condotta criminosa, che, da elemento costitutivo del reato, [...] acquista sostanziale irrilevanza, a fronte della valutazione oggettivamente pericolosa di una determinata condotta o di una determinata intenzione soggettiva. [...] Di qui in definitiva, l'idea della retribuzione in ordine alla pena è, nel totalitarismo penale, del tutto sconosciuta, assumendo la sanzione nulla più che un ruolo di purificazione sociale"[46].

In tale prospettiva, la devianza punibile non presenta in sé uno spessore ontologico e sostanziale, ma viene considerata come mera – e formale – contrarietà della condotta ad un paradigma legalmente posto; ossia, come ha puntualmente osservato Francesco Gentile, "un comportamento è qualificato come deviante, e dunque punibile, per autorità, indipendentemente dal fatto che esso devii veramente da qualcosa o che nell'agente vi sia una reale intenzione di deviare"[47]. Alla luce di tale impostazione, "per un verso [...] l'insistenza con la quale si sottolinea il carattere "nominalistico" ed "empirico" della devianza punibile, che tale non è perché vi sia una reale deviazione ma perché così è stata qualificata dal sovrano, è rivelatrice della premessa, rimasta implicita ma non per questo inoperante, che per l'individuo, in quanto tale, nessun comportamento può essere definito deviante perché e qui dobbiamo citare nuovamente Hobbes, "nel puro stato di natura (...) bene e male sono solo nomi che significano i nostri appetiti e le nostre avversioni". [...] Per altro verso, risulta subito con chiarezza la divinizzazione dell'auctoritas che stabilisce, dal nulla la devianza di un comportamento, al quale vien fatta corrispondere una conseguenza particolarmente grave com'è quella della pena"[48].

In altri termini ed in sintesi, considerato il reo come mero fattore materiale di destabilizzazione sociale, valutato il "concorrente anomalo" alla luce non di criteri di responsabilità personale e colpevole, bensì di meri parametri di sicurezza e difesa sociale, è evidente come si giunga ad imputare al concorrente medesimo l'evento diverso da quello voluto a titolo di mera responsabilità oggettiva (o, nella versione soft propugnata dal "diritto vivente", a titolo di mera colpa incosciente)[49].

Tale ricostruzione teorica, tuttavia, come sopra evidenziato, risulta gravemente conculcante non solo i principi costituzionali in materia di responsabilità penale (e, segnatamente, il principio di personalità ed il principio di tendenziale funzione rieducativa della pena), ma anche i generali valori di libertà e dignità della persona umana[50].

Se, viceversa, si comprende la natura del reato quale fattore di rottura della relazione interpersonale, il cui disvalore e la cui riprovevolezza risiedono principalmente nell'atteggiamento interiore serbato dal soggetto agente e nelle modalità concrete di estrinsecazione della condotta criminosa[51], e la pena viene concepita come mezzo per la realizzazione della giustizia e dell'equa retribuzione nell'ambito della medesima relazione intersoggettiva[52], muta anche la prospettiva ermeneutica in tema di "concorso anomalo" ex art. 116 c.p..

A tal proposito, si è autorevolmente affermato che "alla base della protezione dei beni sociali [...] non può non stare la realizzazione di un fine di giustizia, ché, altrimenti, non si comprenderebbe in base a quali criteri lo Stato potrebbe selezionare i beni e gli interessi sociali meritevoli [...] di protezione giuridica e, in specie, di protezione penalistica"[53].

In tale prospettiva, la comminazione e l'irrogazione della sanzione penale non possono prescindere dai profili relativi alla colpevolezza del soggetto agente; conformemente al principio di personalità della responsabilità penale ed alle supreme esigenze di tutela della dignità umana, infatti, al reo non può essere applicata se non la pena "di giustizia", la quale sia realmente ed in concreto meritata.

In particolare, con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 116 c.p., il "concorrente anomalo" non può subire una pena maggiore, rispetto a quella meritata in ragione del suo personale ed individuale atteggiamento interiore: egli, dunque, non può essere sottoposto ad una pena esemplare per mere ragioni di general-prevenzione; se, infatti, un soggetto si è accordato con un altro soggetto per la commissione di un reato "x" e, nell'esecuzione di tale reato, il complice commette un differente reato "y", sottoporre il "concorrente anomalo" alla pena per il reato "y" – per il sol fatto del concorso nel

reato "x" – significa strumentalizzarlo in vista del perseguimento della difesa sociale[54]. Potrebbe, infatti, sostenersi, in chiave strettamente general-preventiva, che punire il "concorrente anomalo" per il reato "y" comporti una intimidazione generale, volta a prevenire la commissione non solo del reato "y", ma anche del reato "x" (quale reato latamente "prodromico" al reato "y"): ma ciò comporterebbe l'irragionevole ed inaccettabile irrogazione, in capo dal concorrente ex art. 116 c.p., di una pena sproporzionatamente alta e del tutto sconnessa al disvalore concreto dell'azione del "concorrente anomalo".

Sul punto, tornando al prefato caso D.P.P. for Northern Ireland v. Maxwell[55], giova rammentare l'acuta affermazione del Presidente Lowry, il quale disse: "il principio che stiamo trattando non sembra autorizzarci, dal punto di vista della lotta alla criminalità in generale, a condannare un presunto complice per qualsiasi reato che, grazie anche agli atti da lui posti in essere in precedenza, il reo abbia commesso. Il reato in questione deve essere previsto dal complice [...]".

Se, dunque, il reato viene inteso come sostanziale rottura della relazione intersoggettiva[56], si comprende la profonda radice di ingiustizia sottesa alla punibilità oggettiva del "concorrente anomalo": costui, infatti, viene punito in ragione del solo rapporto da lui intrattenuto con l'autore materiale del "reato diverso", ossia in ragione dell'originario pactum sceleris; in chiave "oggettivistica", quindi, la comminazione e l'irrogazione della pena prescindono dal fatto che tra il "concorrente anomalo" e la vittima del "reato diverso" sussista quella particolare rottura della relazione interpersonale la quale, viceversa, costituisce fondamento e giustificazione della punibilità. In altri termini ed a titolo meramente esemplificativo: se Tizio e Caio si accordano per commettere un furto ai danni di Sempronio; se, nell'esecuzione del furto, Caio estrae improvvisamente una pistola (senza che ciò fosse previsto da Tizio) ed uccide Sempronio, punire Tizio ai sensi degli artt. 116 e 575 c.p. significa applicargli "oggettivamente" una pena a prescindere dal fatto che tra Tizio e Sempronio sia stata compromessa la relazione intersoggettiva, sub specie 'rispetto dell'altrui vita'. In tal caso, infatti, Tizio intendeva solamente aggredire il patrimonio di Sempronio (senza l'uso della minima violenza alla persona) e subisce, ciononostante, l'addebito di un'aggressione alla vita.

Va, peraltro, aggiunto che una lettura meramente "obbiettivistica" dell'art. 116 c.p. violerebbe anche il principio della tendenziale funzione rieducativa della pena (art. 27, cpv., Cost.): se, infatti, il "concorrente anomalo" viene sottoposto ad un "doppio" trattamento sanzionatorio, in relazione non solo al reato voluto, ma anche a quello non voluto, la pena finale – quantomeno nel quantum relativo al reato non voluto – risulterebbe a priori inidonea ad esplicare una funzione rieducativa e, pertanto, violerebbe palesemente il dettato costituzionale; non v'è, infatti, ragione per pretendere di rieducare un soggetto, in relazione ad un reato commesso da un terzo e da lui nemmeno preveduto (se pur prevedibile). Anzi, tale "sovrappiù" di pena risulterebbe del tutto ingiustificato agli occhi del condannato, tanto da causare, quasi per contrappasso, un effetto di grave "diseducazione", connessa al profondo risentimento per la sottoposizione ad una pena arbitraria.

Infine, non può non affrontarsi, seppure tangenzialmente e sinteticamente, il problema della compatibilità tra art. 116 c.p. con il principio generale di eguaglianza: è risaputo, infatti, che l'art. 3 Cost., oltre ad imporre l'adozione di trattamenti uguali in presenza di uguali presupposti e condizioni, stabilisce a contrariis il dovere di trattare in maniera diseguale situazioni concretamente diseguali. Orbene, irrogare la medesima pena a due soggetti, dei quali l'uno versi in dolo, l'altro in colpa in relazione al medesimo fatto di reato, significa stravolgere ogni corrispondenza retributiva tra colpevolezza e quantum di pena, con conseguente grave lesione del summenzionato principio di eguaglianza[57].

[1] D.P.P. for Northern Ireland v. Maxwell [1978] 3 All E.R. 1140. Nell'illustrazione del leading case, si seguirà quanto illustrato nel testo S. VINCIGUERRA, Diritto penale inglese comparato. I principi, Padova, 2002.

[2] Ulteriore genus criminoso, accanto a felonies e misdemeanours, è costituito dai treasons, reati di lesa maestà ed alto tradimento.

[3] Durante la stesura del progetto di codice del 1985, il Law Commission Working Party propose di sostituire le espressioni counselling and procuring, ritenute superate, con inciting, e aiding and abetting con helping.

[4] Peraltro, anche in materia di summary offences (ossia quei reati per i quali sono competenti le Magistrates' Courts, composte da giudici di pace che giudicano senza giuria), l'art. 35 Magistrates' Cours Act 1952 (oggi art. 44 Magistrates' Cours Act 1980) estende il principio stabilito dall'art. 8 Accessories and Abettors Act.

[5] Si tratta di quei reati per i quali è competente in primo grado la Crown Court, che giudica con la giuria; per le summary offences, di competenza delle Magistrates' Courts, continua ad operare l'art. 44 Magistrates' Cours Act 1980: cfr. nota n. 4, supra.

[6] L'art. 4 Criminal Law Act 1967 punisce "chiunque, qualora un soggetto abbia commesso una arrestable offense [ossia un reato punito con pena detentiva superiore a cinque anni, per il quale chiunque può procedere all'arresto: n.d.r.], sapendolo o credendolo responsabile di questo o di un altro reato, compie [fuori dei casi di concorso nel reato: n.d.r.] senza alcuna autorizzazione di legge o giustificazione un qualsiasi atto rivolto ad impedire la cattura o il perseguimento del colpevole".

[7] Nel caso Callow v. Tillstone [1900] 83 LT 411, per esempio, a richiesta di un macellaio, un sanitario aveva esaminato della carne destinata al consumo, ma lo aveva fatto negligenemente (ossia non rendendosi conto che la carne era adulterata), sì che il macellaio aveva confidato nella certificazione rilasciatagli ed era stato successivamente condannato per esposizione di carne adulterata per la vendita (reato di strict liability); tuttavia, il veterinario fu assolto dall'accusa di partecipazione in questo reato, in quanto non si era reso conto che la carne era adulterata.

[8] Cfr., tuttavia, l'antico caso Saunders and Archer [1576] 2 Plowden 473, in cui il concorrente nel reato di omicidio fu assolto in relazione al differente omicidio, commesso dall'autore materiale del delitto, nei confronti di una persona diversa da quella individuata in sede di pactum sceleris.

[9] Bainbridge [1960] 1 Q.B. 129.

[10] Baldessare [1930] 22 Cr. App. R 70.

[11] Lovesey and Peterson [1970] 1 Q.B. 352. Nello stesso senso, Dunbar [1988] CLR 693.

[12] Hyde and others [1990] 3 All. E.R. 892.

[13] Davies v. D.P.P. [1954] A.C. 378.

[14] Chan Wing-Siu [1985] A.C. 168, P.C.; conformi, Hui Chi-Ming [1992] CLR 446; Wan and Chan [1995] CLR 296.

[15] English [1997] 4 All E.R. 545.

[16] Powell [1997] 3 W.L.R. 959.

[17] F. MANTOVANI, Diritto penale. Parte generale, IV ed., Padova, 2001, 550.

[18] S. ARDIZZONE, In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato, in Riv. It. Dir Proc. Pen., 1995, 66, citato in M. RONCO – S. ARDIZZONE, Codice penale ipertestuale, sub art. 110, Torino, 2007, 654.

[19] G. FIANDACA – E. MUSCO, Diritto penale. Parte generale, Bologna, 2006, 469.

[20] Per alcune brevi considerazioni in tema di teoria generale del reato e della pena, in relazione al "concorso anomalo" di cui all'art. 116 c.p., si veda infra, § 4.

[21] F. MANTOVANI, op.cit., 561.

[22] Si veda, segnatamente, l'art. 8 dell'Accessories and Abettors Act 1861, come, da ultimo, novellato dal Criminal Law Act 1977.

[23] Chan Wing-Siu [1985] A.C. 168, P.C.; conformi, Hui Chi-Ming [1992] CLR 446; Wan and Chan [1995] CLR 296.

[24] Corte Costituzionale, 31 maggio 1965, n. 42.

[25] Cassazione Penale, Sez. I, 6 ottobre 1988, in Cass. Pen., 1989, XII.

[26] Cassazione Penale, Sez. I, 20 novembre 2000, n. 4399, in Cass. Pen., 2003, I, con nota di E. DI SALVO, Dolo eventuale e concorso anomalo.

[27] Cassazione Penale, Sez. I, 19 gennaio 1999, n. 3465, in Riv. it. dir. proc. pen., 2000, III, 1194, con nota di A. GULLO, La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto, tra versari in re illecita e principio di colpevolezza.

[28] Si noti che anche nel caso English [1997] 4 All E.R. 545, affrontato dalla House of Lords inglese, i due concorrenti nel reato intendevano, secondo l'originario pactum sceleris, dare solamente una "lezione" al soggetto passivo, "lezione" poi sfociata in omicidio per mano di uno solo dei complici; sul punto, cfr. anche la nota n. 35, infra.

[29] Cassazione Penale, Sez. V, 25 ottobre 2002, n. 42861, in Diritto e Giustizia, 2003, VII, 65, con nota di DE CHIARA.

[30] In proposito, la Suprema Corte rinvia alle seguenti sentenze: Cass. Sez. 1, 17.03.99, n. 3465, Zumbo; Sez. 1, 25.05.1996, n.5188, Caccavo; Sez. 1, 28.03.95, n. 3381, Parolisi; Sez. 1, 11.07.94, n. 7751, Bilardo; Sez. 1, 03.08.93, n. 7576, Rho; Sez. 5, 12.02.92, n. 1488, Vizzini; Sez. 1, 14.03.90, n. 3617, Marino).

[31] Cfr. Cass. Sez. 1, 29.12.95, n. 12740, Fortebraccio; Sez. 1, 27.06.95, n. 7321, Ruzzone; Sez. 6, 10.11.94, n. 11352, De Nuccio; Sez. 1, 03.08.93, n. 7576, Rho; Sez. 1, 12.04.90, n. 5377, Saggiorato.

[32] In tema di "concorso anomalo" ex art. 116 c.p., si veda la citata sentenza Corte Costituzionale, 31 maggio 1965, n. 42, da leggere alla luce della storica Corte Costituzionale, 24 marzo 1988, n. 364 in tema di errore sulla legge penale e di elemento soggettivo nel reato; per alcuni profili gius-filosofici connessi a quest'ultima pronuncia in tema di ignoranza della legge penale (art. 5 c.p.), si veda F. GENTILE, Ordinamento giuridico, tra virtualità e realtà, Padova, 2005, 55-57 (in particolare, l'Autore afferma: "la portata della pronuncia della Corte si estende al di là della specifica, seppur fondamentale, tematica dell'errore in campo penale, promuovendo una sorta di rovesciamento del mito illuministico della "maestà della legge" ed escludendo che si possa dare prevalenza alla tutela dei beni giuridici (espressione questa con la quale viene indicato l'astratto dovere di conoscenza della legge) a scapito della libertà e della dignità della persona umana").

[33] Peraltro, tralasciando le innumerevoli considerazioni critiche relative al concetto, di creazione giurisprudenziale, di "dolo eventuale", non possono non evidenziarsi le conseguenze aberranti derivanti dall'applicazione di tale ossimorica forma di "dolo senza intenzione" al concorso nei reati di pura condotta. In tal caso, dovrebbe punirsi il coinquilino di un tossicodipendente che, accettando il rischio che l'amico detenga lo stupefacente in casa, "concorra" per ciò solo in tale detenzione criminosa!

[34] Bainbridge [1960] 1 Q.B. 129.

[35] Nel summenzionato caso English [1997] 4 All E.R. 545., per esempio, l'omonimo imputato ed un altro uomo, volendo "dare una lezione" ad un agente di polizia, lo avevano aggredito con delle mazze di legno con l'intenzione di causargli gravi lesioni personali; tuttavia, nella colluttazione, il complice aveva estratto inaspettatamente un coltello e colpito a morte il poliziotto. A seguito di impugnazione della condanna, la House of Lords dichiarò non colpevole English, in quanto non era stato provato che l'imputato conoscesse la presenza del coltello addosso all'autore.

[36] Cassazione Penale, Sez. V, 25 ottobre 2002, n. 42861, in Diritto e Giustizia, 2003, VII, 65 nota DE CHIARA.

[37] Anche recentemente, la Suprema Corte ha ribadito l'orientamento secondo il quale "la componente psichica del c.d. "concorso anomalo" – per il quale il concorrente di un reato ne risponde anche quando sia diverso da quello voluto, se l'evento è conseguenza della sua condotta – si colloca in un'area compresa tra la mancata previsione di uno sviluppo in effetti imprevedibile (situazione nella quale la responsabilità resta esclusa), e l'intervenuta rappresentazione dell'eventualità che il diverso evento potesse verificarsi, anche in termini di mera possibilità o scarsa probabilità (situazione nella quale si realizza un'ordinaria fattispecie concorsuale dolosa). La norma dell'art. 116 c.p. si applica dunque quanto l'imputato, pur non avendo previsto la commissione del diverso illecito da parte dei concorrenti, avrebbe potuto rappresentarsene l'eventualità se alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, avesse fatto uso della dovuta diligenza (fattispecie concernente la responsabilità per concorso in una strage realizzata provocando il deragliamento di un treno mediante cariche esplosive, d'un soggetto che aveva genericamente concordato con i correi azioni dimostrative consistenti in attentati a mezzi di trasporto o ad elettrodotti. La Corte ha annullato la sentenza assolutoria del giudice di merito, fondata sulla carenza di prova che l'imputato avesse maturato una qualche "volizione, conoscenza, accettazione di una strage")" (Cassazione Penale, Sez. VI, 13 gennaio 2005, n. 7388, in Cassazione Penale, 2006, VI, 2174).

[38] Il Codice penale del 1889 conosceva solamente la c.d. "complicità corrispettiva" (art. 378), in forza della quale, quando più persone avessero preso parte all'esecuzione di un omicidio o di una lesione personale e non si conoscesse l'autore dell'omicidio o della lesione (c.d. "mistero della prova"), tutti i soggetti concorrenti dovevano sottostare alla pena stabilita per il delitto, seppur diminuita (cfr. M. RONCO – S. ARDIZZONE, op. cit., 675; PAGLIARO, La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto, Milano, 1966, 36; MAINO, Commento al codice penale italiano, III, Torino, 1922, 326 e segg.). In proposito, nei lavori preparatori al Codice Zanardelli (Atti della II Commissione, 1868), si legge: "con l'istituto della complicità corrispettiva, la legge si contenta di fare astrazione dalla responsabilità maggiore che è quella dell'autore del reato, e di limitarsi a quella accessoria dei complici, sacrificando l'ignoto per attenersi a ciò che è certamente noto" (cit. in A. DE MARSICO, Concorso di correatità e complicità corrispettiva, Nota a C., Sez. I, 15.10.1914, in Riv. dir. proc. pen., 1915, II, 208, poi ripubblicato in Studi di Diritto Penale, Napoli, 1930, 183).

[39] Per un riferimento, in particolare, ai rapporti tra la c.d. "scuola tecnico-giuridica" di Arturo Rocco e la concezione del diritto penale quale strumento di protezione "oggettiva" di beni giuridici, si veda M. RONCO, Commento sub art. 54 c.p., in M. RONCO – S. ARDIZZONE, op. cit., 372; sul punto, cfr. anche G. CARUSO, Il problema dell'architettura del caso: a proposito del trattenimento del tossicodipendente in comunità e delle cause di giustificazione, in F. GENTILE, Filosofia del diritto. Le lezioni del XL anno raccolte dagli allievi, Padova, 2006, 260.

[40] Cfr. F. MANTOVANI, op. cit., 738: "la pena è strumento irrinunciabile di controllo sociale, finché non sarà dimostrata come erronea la verità di sempre, e sempre riconfermata, che [...] accanto ad una minoranza di soggetti che non delincono anche senza la pena e di soggetti che delincono nonostante la pena, esiste la maggioranza di soggetti che non delinque a causa della pena". Lo stesso Vincenzo Manzini definisce la propria teorica come quella di una "forma garantita di difesa sociale" (V. MANZINI, Trattato di diritto penale italiano, I, Torino, 1950, 79, cit. in A. BERARDI, Vincenzo Manzini. Del metodo giuridico, Napoli, 2003, 54).

[41] In tema di prevenzionismo, è paradigmatico il riferimento a C. BECCARIA, Dei delitti e delle pene, § XII, nel quale l'Autore evidenzia la duplice funzione della pena: "impedire al reo dal fare nuovi danni" (c.d. "prevenzione speciale") e "rimuovere gli altri dal farne uguali" (c.d. "prevenzione generale").

[42] Si tratta dell'indirizzo teorico che Bettiol chiama "positivismo metodologico e sistematico che aveva visto nell'uomo solo un frammento di natura cieca" o "panpositivismo per il quale la personalità umana era soltanto un frammento di una costruzione naturalistica" (G. BETTIOL, Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali, in Scritti Giuridici (1966-1980), Padova, 1980, 79). Per i rapporti tra "difesa sociale" e "postulati materialistici e sensistici", si veda G. CARUSO, Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice Penale – Contributo all'interpretazione della L. 11 agosto 2003, n. 228, Padova, 2005, 206.

[43] In F. MANTOVANI, op. cit., 561, si parla addirittura di culpa in eligendo, consistita nell'imprudenza di "affidarsi, per realizzare il proposito criminoso, anche alla condotta altrui, che come tale sfugge completamente al dominio finalistico del soggetto e sulla quale non si può esercitare quel controllo che invece è possibile esercitare sulla propria condotta, per evitare, almeno entro certi limiti, la causazione di fatti offensivi non voluti"; ebbene, il richiamo alla categoria civilistica della culpa in eligendo è spia di una malcelata applicazione analogica, in ambito penalistico, della responsabilità oggettiva per fatto del collaboratore o del preposto.

[44] In proposito, cfr. D. DAVIDSON, Essere agenti, in Azione ed eventi, Bologna, 2001, 108, cit. in M. RONCO, Descrizioni penali d'azione, in Riv. it. dir. pro. pen., 2004, 479: "in nessun caso noi facciamo qualcosa di più che muovere il nostro corpo: il resto tocca alla natura".

[45] Si tratta di quello che viene icasticamente definito il "postulato funzionalistico dell'esercizio del magistero punitivo come arsenale normativo-coercitivo volto a scongiurare il conflitto individuale endemicamente latente nella società, e concretamente operante come apparato sanzionatorio a protezione di beni giuridici dell'individuo" (G. CARUSO, Delitti di schiavitù e dignità umana, cit., 274).

[46] A. BERARDI, Vincenzo Manzini, cit., 190-191; l'Autore, sul punto, rinvia a G. BETTIOL, Aspetti politici del diritto penale contemporaneo, in L'Indice penale, 1974, 7-9 e G. BETTIOL, Il problema penale, Trieste, 1945, 38-41.

[47] F. GENTILE, Esperienza giuridica e secolarizzazione, in AA. VV., Esperienza giuridica e secolarizzazione, Milano, 1994, 29.

[48] Ibidem, 29-30.

[49] Tant'è che, in tema di c.d. "complicità corrispettiva" (art. 378, c.p. 1889: v. nota n. 38, supra) – unica "isola" di concorso latamente "anomalo" all'interno di un codice sostanzialmente liberale ed informato al retribuzionismo –

emergeva chiaramente anche in dottrina la matrice utilitaristica e "transattiva" dell'istituto; così in A. DE MARSICO, Concorso di correatà e complicità corrispettiva, cit., l'illustre Maestro afferma: "per ragioni di politica criminale, alla impossibilità di graduare la responsabilità dei singoli agenti sul principio che ciascuno debba esser punito per quanto abbia fatto, come una transazione che consiste nell'irrogare a ciascuno una pena compresa fra quella comminata ai correati e quella comminata ai complici"; nella stessa sentenza commentata dall'Autore (C., Sez. I, 15.10.1914, in Riv. dir. proc. pen., 1915, II, 208), si legge: "con l'istituto della complicità corrispettiva si propose il legislatore (accettando per difetto di prova l'impunità relativa del reo principale), di conseguire la punizione del reo secondario".

[50] Per una puntuale analisi dei rapporti tra teoria generale del reato e dignità umana, si veda G. CARUSO, Delitti di schiavitù e dignità umana, cit., passim; cfr. anche M. A. CATTANEO, Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale, Torino, 1998 e M. A. CATTANEO, Dignità umana e pena nella filosofia di Kant, Milano, 1981.

[51] "La considerazione del diritto penale non può esaurirsi nella valutazione dell'atto compiuto (ciò sarebbe un restringimento obbiettivistico del concetto di retribuzione), ma deve volgersi alla valutazione della causa personale dell'atto [...]. Oggetto primario del diritto penale non è [...] la condotta già obbiettivata e cosificata, cioè l'azione-evento appartenente ormai al mondo della natura, bensì l'operatività dell'uomo nel suo dinamismo verso il conseguimento di fini, che lascia intravedere, come momento negativo per il quale sorge la responsabilità, l'opposizione o la dis-attenzione nei confronti dei valori che costituiscono la trama dell'ordinamento giuridico" (M. RONCO, "Il significato retributivo-rieducativo della pena", in Diritto penale e processo, 2005, II, 141; l'Autore cita anche M. GALLO, L'elemento oggettivo del reato. Appunti di diritto penale, Torino, 1974, 9-13, in cui, alla luce della considerazione del reato come illecito a modalità di lesione e non di mera lesione, si affronta il tema del rapporto tra diritto penale e morale, pervenendo alla conclusione circa l'esistenza di un nesso tra reato ed illecito morale, concernente non il contenuto del giudizio, bensì le modalità con cui il giudizio viene formulato).

[52] Sul punto, cfr. A. BERARDI, Il problema dell'architettura del caso: a proposito della rilevanza penale del patrocinio infedele "stragiudiziale", in F. GENTILE, Filosofia del diritto. Le lezioni del XL anno raccolte dagli allievi, Padova, 2006, 232; l'Autore, in particolare, propone la via teorico-metodologica "dell'incessante dialogo tra la teoria e la prassi e dell'esperienza giuridica quale esperienza dalla struttura polimorfa", in quanto "non v'è peggior giurista di chi si persuadea di cambiare il mondo nel ristretto della turris eburnea dei suoi massimi sistemi, senza imbrattarsi della concretezza di una relazione intersoggettiva compromessa".

[53] M. RONCO, Il problema della pena, Torino, 1996, 141.

[54] Tale concetto è icasticamente illustrato in M. RONCO, Il problema della pena, cit., 31: "con la teoria dello scopo appare per la prima volta in moto autarchico, svincolata da ogni altro fattore, la categoria del benessere dell'insieme, di cui sarebbe sottoclasse omogenea il benessere dell'individuo, che sostituisce le categorie della colpa, della libertà e della responsabile dignità di ogni singolo uomo".

[55] D.P.P. for Northern Ireland v. Maxwell [1978] 3 All E.R. 1140

[56] In proposito, si veda F. GENTILE, Filosofia del diritto. Le lezioni del XL anno raccolte dagli allievi, cit., 145: "ciò che distingue la giustizia dalle altre virtù è la proprietà di regolare l'uomo in tutto quanto riguarda la relazione con gli altri; di giustizia si può parlare solo in termini di "relazione", non esistendo una giustizia, o una ingiustizia, fuori della relazione, cosicché il limite dell'attuale concezione della giustizia dipende dalla curvatura solipsistica e individualistica che sembra assumere la giustizia a partire dalla pretesa dell'uomo di essere "unico", ogni volta che si rivendica ciò che ci spetta. Proprio nel momento in cui l'uomo afferma: "questo mi spetta", si è già perduta la consapevolezza che la giustizia vale solo all'interno della relazione".

[57] A tal proposito, poco è risolto dal secondo comma dell'art. 116 c.p., il quale introduce una mera diminuzione (fino ad un terzo) della pena per il "concorrente anomalo", non incidendo tale circostanza sulla permanente e sostanziale ingiustizia, connessa all'applicazione di una fattispecie dolosa in presenza di mera colpa o addirittura – secondo la lettera legis e un'occulta interpretazione giurisprudenziale ancora in voga – in un'ipotesi di responsabilità oggettiva.