

Penale Sent. Sez. 6 Num. 25390 Anno 2019

Presidente: PAOLONI GIACOMO

Relatore: DE AMICIS GAETANO

Data Udiienza: 31/01/2019

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

GORBUNOVA LIDIJA nato il 07/10/1963

avverso la sentenza del 04/05/2018 della CORTE APPELLO di GENOVA

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal Consigliere GAETANO DE AMICIS;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore MARCO DALL'OLIO che ha concluso chiedendo l'annullamento senza rinvio della sentenza per non aver commesso il fatto.



RITENUTO IN FATTO

1. Con sentenza del 4 maggio 2018 la Corte d'appello di Genova ha disposto la non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale, così parzialmente riformando la sentenza di primo grado, che all'esito di giudizio abbreviato condannava Lidija Gorbunova alla pena di un anno e mesi quattro di reclusione, ritenendola responsabile del reato di cui agli artt. 81 cpv. e 314 cod. pen. (capo D), commesso in concorso, ai sensi dell'art. 117, ultima parte, cod. pen., con Fausto Maggi - amministratore di sostegno di Eugenia Giolitti, nei confronti del quale si è separatamente proceduto -, per essersi appropriata della somma di euro 19.884,84, a lei corrisposta in più riprese dal Maggi a titolo di retribuzione di un rapporto fittizio di lavoro domestico, in realtà mai svolto, quale badante ad ore della Giolitti nell'arco temporale ricompreso fra il gennaio 2013 ed il 16 agosto 2015, data del decesso di quest'ultima.

La Corte d'appello ha confermato nel resto l'impugnata decisione, che al contempo assolveva la predetta imputata dal reato di falso ideologico di cui al capo E) per non avere commesso il fatto.

2. Avverso la su indicata pronunzia ha proposto ricorso per cassazione il difensore dell'imputata, che ha dedotto con il primo motivo, in via pregiudiziale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 117 cod. pen. per contrasto con gli artt. 3, 25 comma 1 e 27, commi 1 e 3, Cost., atteso che l'*extraneus* non è soggetto ad una forma di responsabilità personale, ma per fatto altrui e non colpevole, in altri termini per una responsabilità di tipo oggettivo, dipendente dal solo fatto di essersi posto in una situazione di illiceità iniziale, escludendo la dominante giurisprudenza che il dolo dell'*extraneus* debba coprire la conoscenza della qualifica dell'*intraneus*.

2.1. Con il secondo motivo, inoltre, si censura la presenza di violazioni di legge e vizi della motivazione con riferimento alla prova dell'elemento soggettivo, avendo la sentenza impugnata omissivo di verificare i presupposti della prevedibilità in concreto del concorso dell'imputata in un reato proprio: ella, infatti, non era a conoscenza dei presupposti fattuali - la gestione complessiva di beni altrui affidata al Maggi per ragioni di pubblico interesse - dai quali potesse dedursi, o in base ai quali potesse prevedersi, l'applicazione di una norma attributiva della qualifica di pubblico ufficiale, tenuto conto del fatto che il correo faceva di professione l'avvocato e dichiarava di gestire il denaro della persona offesa come "amico di famiglia".



2.2. Con un terzo motivo di doglianza, infine, si lamenta la mancanza di motivazione circa la possibilità di riqualificare il fatto di reato sussumendolo nelle meno gravi fattispecie di truffa - art. 640 cod. pen., per avere l'imputata concluso un contratto solo simulato di lavoro in modo da ricevere un compenso per un'attività mai svolta in favore di un datore di lavoro apparente - ovvero di appropriazione indebita, quale reato comune omologo a quello proprio, con la conseguente applicazione del trattamento di maggior favore sul piano sanzionatorio.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni ed entro i limiti qui di seguito esposti e precisati.

2. Con i primi due motivi la ricorrente prospetta, in alternativa: a) l'opportunità di sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 117 cod. pen. sul rilievo che l'*extraneus* non risulterebbe soggetto ad una forma di responsabilità personale, come impone il principio stabilito dall'art. 27 Cost., ma solo ad una responsabilità per fatto altrui e non colpevole, dunque oggettiva, che comporta, all'interno di un modello unitario di tipizzazione del reato concorsuale, l'attribuzione di tutte le conseguenze - volute o meno - discendenti dal solo fatto di essersi posto in una situazione di illiceità iniziale; b) la possibilità di delineare, nella prospettiva del principio di colpevolezza, un'interpretazione costituzionalmente conforme della norma censurata, sull'assunto che, nei casi in cui il legislatore pone a carico dell'agente conseguenze che non risultano essere frutto della sua coscienza e volontà, il fatto non voluto deve essere comunque a lui collegabile in base ad un coefficiente di imputazione soggettiva che la giurisprudenza di legittimità, anche in relazione ad altri istituti di parte generale, individua nella prevedibilità in concreto del reato non voluto, sulla base di un giudizio di prognosi postuma, incentrato sulla ponderazione delle circostanze oggettive e soggettive in concreto conosciute o conoscibili nello specifico contesto di riferimento preso in esame.

V'è da osservare, al riguardo, che il Giudice delle leggi ha ormai da tempo affermato che *"in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali"* (sent. n. 356 del 1996), specificando che i



giudici non possono abdicare all'interpretazione adeguatrice (ord. n. 451 del 1994) e che, nell'adempimento del compito di interpretare le norme di cui devono fare applicazione, "di fronte a più possibili interpretazioni di un sistema normativo, essi sono tenuti a scegliere quella che risulti conforme a Costituzione" (ord. n. 121 del 1994).

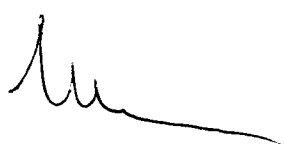
Ciò, tuttavia, non significa, secondo quanto successivamente precisato dalla stessa Corte, che ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito, potendo tale scrutinio rivelarsi necessario, ricorrendo le predette condizioni, anche solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile (cfr. Corte cost., sent. n. 42 del 2017).

La Corte costituzionale ha sviluppato la teoria della interpretazione "adeguatrice", sollecitando costantemente i giudici ad esercitare il potere-dovere di ricostruire il contenuto e la portata delle disposizioni di legge ordinaria alla stregua dei principi della Costituzione, in modo da attribuire alle disposizioni, tra i plurimi significati astrattamente possibili, quello che non sia in contrasto con i valori costituzionali. L'interpretazione adeguatrice corrisponde, pertanto, ad un preciso ed ineludibile dovere del giudice, il quale è tenuto a ricavare dalle disposizioni interpretate, tutte le volte che ciò sia possibile, norme compatibili con la Costituzione (cfr., in motivazione, Sez. U, n. 23016 del 31/03/2004, Pezzella, Rv. 227523).

Ne discende che l'interpretazione adeguatrice dei giudici ha possibilità di esplicazione soltanto quando una disposizione abbia carattere "polisenso" e da essa sia enucleabile, senza manipolare il contenuto della disposizione, una norma compatibile con la Costituzione attraverso l'impiego dei canoni ermeneutici prescritti dagli artt. 12 e 14 delle disposizioni sulla legge in generale: di talché, nell'impossibilità di conformare la norma in termini non incostituzionali, il giudice non può disapplicarla, ma deve rimettere la questione di legittimità costituzionale al vaglio del Giudice delle leggi.

Tale forma di interpretazione, in definitiva, mira ad estrarre dalle norme di legge ordinaria significati perfettamente compatibili con la lettera della legge: non necessariamente gli unici in astratto leggibili, ma quelli che i principii e la coerenza sistematica ragionevolmente permettono di selezionare.

Entro tale prospettiva, dunque, occorre esplorare la possibilità di tracciare un percorso ermeneutico orientato a verificare preliminarmente la rispondenza o meno della fattispecie delineata dall'art. 117 cod. pen. ai canoni costituzionali dalla ricorrente evocati.



3. S'impone, preliminarmente, una, sia pur sintetica, disamina ricostruttiva della natura, dell'ambito di applicazione e delle finalità dell'istituto oggetto della norma censurata.

L'art. 117 cod. pen. introduce una deroga ai principi che regolano la disciplina della partecipazione criminosa e dell'imputazione dolosa, riferendo il diverso titolo di reato - determinato dalla presenza di determinate condizioni o qualità personali dell'autore ovvero dai suoi rapporti con la persona offesa - a tutti i compartecipi, indipendentemente dalla consapevolezza dello specifico elemento di qualificazione.

Si verifica, in tal modo, in ossequio al principio codicistico della unitarietà del titolo di responsabilità concorsuale, una sua estensione a tutti i compartecipi, configurandosi, in termini eccezionali rispetto ai principi che governano l'elemento soggettivo doloso, una ipotesi di responsabilità oggettiva, dalla stessa dottrina definita "anomala", che nella struttura originaria del codice Rocco veniva a collocarsi, quale conseguenza di una situazione storico-fattuale di base connotata dal *versari in re illicita*, sulla stessa linea di rigore repressivo tracciata dal legislatore con riferimento al similare istituto disciplinato nell'art. 116 cod. pen.

Entrambe le disposizioni, infatti, secondo l'originario disegno del legislatore, estendono la responsabilità a taluno dei concorrenti su un piano meramente obiettivo, ma nella ipotesi prevista dall'art. 116 il fatto risulta diverso da quello che taluno dei concorrenti si è rappresentato ed ha voluto, mentre in quella disciplinata dall'art. 117 il fatto si presenta identico nella sua materialità, mutando il suo inquadramento giuridico per effetto della qualifica soggettiva ricoperta dall'*intraneus*.

Nel caso del delitto di peculato, che postula in capo all'agente la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, possono prospettarsi due alternative: l'una, collegata all'esistenza di un concorso accompagnato dalla conoscenza della predetta qualifica anche da parte dell'*extraneus*, l'altra, invece, caratterizzata dall'ignoranza, o da un errore, in ordine alla sua esistenza.

Nella prima ipotesi, il contributo offerto dal compartecipe è ascrivibile alla norma-cardine in tema di concorso ex art. 110 cod. pen., mentre nell'altra ipotesi, contrassegnata dalla ignoranza della qualifica richiesta per la integrazione del fatto tipico, il concorso nel peculato dovrebbe escludersi, residuando, in tesi, il dolo di concorso rispetto al diverso, e meno grave, reato di cui all'art. 646 cod. pen., quale fattispecie di reato da "chiunque"



realizzabile: la previsione contenuta nell'art. 117 cod. pen., di contro, consente di imputare la responsabilità, in capo ad entrambi i concorrenti, per il medesimo delitto di peculato, benchè uno dei due non conoscesse la qualità personale prevista nello schema descrittivo dell'art. 314 cod. pen., o versasse in errore circa la sua ricorrenza nel caso di specie.

Si è dinanzi, evidentemente, ad un istituto che introduce una vistosa deroga ai principii generali dell'imputazione soggettiva, ed in particolare all'art. 47 comma 2 cod. pen., che l'ordinamento giustifica in ragione del generale disfavore con cui guarda alle forme di realizzazione plurisoggettiva dei reati.

La responsabilità, infatti, sia pur temperata dall'eventuale applicazione di un'attenuante ove il fatto risulti più grave, deriva, analogamente all'ipotesi prevista dall'art. 116 cod. pen., dalla scelta del legislatore di imputare per dolo un fatto diverso da quello voluto, situando la fattispecie in un'area di potenziale contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale sancito dall'art. 27, comma 1, Cost.

Non si ritiene invece applicabile il meccanismo derogatorio previsto dall'art. 117 cod. pen. per i reati proprii cd. "esclusivi", quelli, cioè, tali da non dar luogo ad alcun reato in assenza della qualifica soggettiva, incardinandosi necessariamente l'offesa nel fatto commesso da chi possieda tale qualifica, o versi nella situazione tipica descritta dalla norma incriminatrice (ad es., l'abuso d'ufficio, la falsa testimonianza, la bancarotta fraudolenta, ecc.): il concorrente nel reato di bigamia, ad es., non può risponderne ove non sia a conoscenza della qualità di persona coniugata propria dell'autore del fatto. Ignoranza, questa, che non rende valutabile, nei confronti del primo, il dolo rispetto ad un reato diverso da quello che il mutamento del titolo - quale invece si prospetta nel transito dall'art. 646 all'art. 314 cod. pen. - dovrebbe portare ad addebitargli.

A fronte di tali evenienze, dunque, non v'è alcun "mutamento" del titolo, poichè l'unico titolo di reato che viene in considerazione è quello derivante dalla qualifica soggettiva, in assenza della quale il fatto sarebbe del tutto lecito, laddove, in presenza di una fattispecie concorsuale, non vi sarebbe alcuna ragione per derogare ai normali criteri d'imputazione ex art. 43 cod. pen.: l'*extraneus*, infatti, deve necessariamente avere conoscenza della qualifica soggettiva, poichè in difetto di tale conoscenza verrebbe meno la colpevolezza rispetto al reato proprio ed il fatto non avrebbe alcuna rilevanza penale.



Un significativo contributo alla identificazione del fondamento giustificativo dell'art. 117 cod. pen. è offerto dalla Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo del codice penale, ove chiaramente si afferma, nelle poche righe dedicate al tema, che «Il progetto, in conformità delle conclusioni della più autorevole dottrina, accoglie la soluzione dell'applicabilità del titolo del reato a tutti i compartecipi, perché tale soluzione si adegua al carattere unitario, che viene riconosciuto ed affermato al reato commesso con la partecipazione di più persone».

Radicalmente diversa appare, invece, l'impostazione seguita dal previgente codice Zanardelli del 1889, ove il problema del mutamento del titolo di reato era contemplato dall'art. 66, che nel riferirsi all'ipotesi delle «circostanze materiali che aggravano, ancorché facciano mutare il titolo del reato» stabiliva che esse dovessero porsi a carico degli altri concorrenti, ma solo a condizione che questi le conoscessero nel momento in cui vi avessero preso parte quali concorrenti nel reato.

In sede di redazione della norma cristallizzata nell'attuale formulazione dell'art. 117 non emerse affatto la preoccupazione di valutare la possibile incidenza della qualifica soggettiva nell'ambito dei reati propri, muovendo piuttosto l'impostazione originaria del codice Rocco, sì come icasticamente evidenziato nella Relazione del Guardasigilli, dalla convinzione che *«nell'ipotesi di cui ora si tratta, il fatto è sempre voluto, nel genere e nella specie da ciascuno dei concorrenti, e la diversità concerne soltanto il titolo giuridico, che non deve essere stabilito dal colpevole, ma dal giudice. La responsabilità si fonda sulla volontà del fatto (azione od omissione) preveduto dalla legge come reato, e non sulla volontà del reato considerato come entità giuridica»*.

Proprio sul presupposto di un'assoluta coincidenza tra il fatto di appropriazione indebita e quello di peculato, del resto, si fondava la scelta del binomio preso a modello dai compilatori del codice per giustificare tale *fictio iuris*, con la conseguente, inevitabile, dequotazione del ruolo della qualifica soggettiva nella struttura dei reati propri.

Su presupposti diversi, di contro, riposa l'inquadramento normativo del concorso di persone nel reato proprio, che trova il suo generale canone di riferimento nello schema dell'art. 110 cod. pen., ritenendosi comunemente che anche un soggetto non qualificato possa concorrere in un reato proprio e che, salva la previsione dell'art. 117 cod. pen., una dolosa partecipazione dell'*extraneus* necessariamente presupponga la conoscenza della qualificazione soggettiva dell'*intraneus*, come tale rientrante nell'oggetto del



dolo (cfr. Sez. 6, n. 7627 del 31/01/1996, Alleruzzo, Rv. 206603; Sez. 2, n. 20182 del 22/04/2015, Spampinato, Rv. 263573).

La conferma della validità di tale impostazione ricostruttiva è stata ricavata dall'analisi della disposizione di cui all'art. 1081, comma 1, cod. nav, relativo alla ipotesi del concorso di estranei in un reato ivi previsto, secondo il quale *"Fuori del caso regolato nell'articolo 117 del codice penale, quando per l'esistenza di un reato previsto dal presente codice è richiesta una particolare qualità personale, coloro che, senza rivestire tale qualità, sono concorsi nel reato, ne rispondono se hanno avuto conoscenza della qualità personale inerente al colpevole"*: proprio dal tenore letterale di tale disposizione normativa si ricava il principio secondo cui - fatta eccezione per l'ipotesi specificamente regolata nell'art. 117 cod. pen. - la punibilità a titolo di concorso doloso del soggetto non qualificato richiede la conoscenza della qualifica soggettiva.

In altri termini, dal tenore dell'art 117 cod pen. si desume che l'effetto estensivo del concorso criminoso, previsto da tale disposizione, si verifica solo quando rispetto ai vari concorrenti si ha un mutamento del titolo del reato, e ciò significa che nel fatto della persona che non possiede la qualità richiesta per il reato proprio devono tuttavia ricorrere gli estremi di un reato, sia pure diverso. In tal caso, le persone che concorrono con un soggetto qualificato alla commissione di un reato proprio ne rispondono anche se non hanno conoscenza della qualifica del soggetto predetto. L'art 1081 cit., che fa salva la norma dell'art 117, prevede, invece, l'altro caso di concorso, quello della persona estranea ad un reato proprio, quando il fatto materiale di per sè non costituisce reato per l'estraneo concorrente; e lo risolve stabilendo la responsabilità penale dell'estraneo, a condizione che questi sia a conoscenza della qualità del soggetto essenziale del reato proprio (Sez. 3, n. 1104 del 01/04/1964, Collini, Rv. 099110).

L'applicazione dell'ipotesi prevista dall'art. 117 cod. pen. si ricollega, in definitiva, ad una serie di presupposti che vengono comunemente individuati: a) nella necessità che il soggetto non qualificato sia consapevole di cooperare con altri nella realizzazione di un fatto di reato; b) nella necessità che l'*extraneus* si trovi in dolo rispetto al reato comune, il cui titolo muta per effetto della qualifica dell'*intraneus*, atteso che la deroga ai principi generali investe solamente la conoscenza della qualifica soggettiva dell'*intraneus*, non risultando possibile una estensione all'*extraneus* della responsabilità per il reato proprio ove egli versi in errore su un elemento del fatto diverso da quello attinente alla qualifica del soggetto attivo del reato; c) nella necessità

che il fatto, pur in assenza della qualifica soggettiva, integri gli estremi di un reato, il cui titolo, però, muta in ragione delle condizioni ovvero delle qualità personali del colpevole o dei suoi rapporti con l'offeso (ad es., come avvenuto nel caso in esame per il reato di peculato, che in mancanza della qualifica soggettiva costituirebbe un'ipotesi di appropriazione indebita); d) nella necessità che l'*intraneus* abbia agito con il dolo del reato proprio, atteso che la disposizione *de qua* (che non a caso impiega il termine "colpevole" per indicare il soggetto qualificato) non estende la responsabilità a tutti i concorrenti, ma solo a quelli non qualificati, sempre che sussista l'elemento soggettivo doloso del soggetto qualificato rispetto al reato proprio (ivi compresa, dunque, la consapevolezza della propria qualifica personale).

4. Sostanzialmente in linea con la tradizionale impostazione ricostruttiva che dell'istituto ha offerto la dottrina si collocano i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale di questa Suprema Corte (Sez. 1, n. 7624 del 09/06/1981, Cerentino, Rv. 153500; Sez. 5, n. 1401 del 25/11/1980, dep. 1981, Turrini, Rv. 147726; Sez. 6, n. 8333 del 27/06/1972, Leone, Rv. 122639), secondo cui l'estensione ai concorrenti del titolo di reato proprio, che riguardi soltanto taluno di essi, prescinde dalla maggior gravità di tale reato e trova fondamento nella necessità di evitare - nel quadro della concezione unitaria del reato concorsuale - che alcuni siano puniti per un reato ed altri per un diverso titolo unicamente perché abbiano interferito particolari qualità di un concorrente o particolari rapporti di costui con la persona offesa. (fattispecie nella quale è stata ritenuta la comunicazione del reato militare di insubordinazione con violenza consistente in omicidio - ex art. 186, comma 1, c.p.m.p. - ai concorrenti che militari non erano).

Successivamente, si è venuto consolidando un filone applicativo teso a valorizzare, quale elemento di differenziazione della disposizione *de qua*, la necessaria preesistenza di una ipotesi "comune" di reato ed al contempo a circoscriverne l'ambito applicativo ai soli casi in cui l'estraneo non sia a conoscenza della qualifica del soggetto intraneo (Sez. 5, 24/06/1996, Battaglia, non mass.).

Si è così precisato che, ai fini dell'applicabilità dell'art. 117 cod. pen., è necessario che il fatto commesso dall'estraneo costituisca comunque reato anche in mancanza della qualifica rivestita dall'autore principale. Ne consegue che, quando l'azione del concorrente è di per sé lecita e la sua illiceità dipende dalla qualità personale di altro concorrente, trova applicazione la norma generale sul concorso di persone, di cui all'art. 110 cod. pen. (Sez. 1, n.

39292 del 23/09/2008, Letizia, Rv. 241129; Sez. 6, n. 16058 del 22/04/1989, Morelli, Rv. 182583).

All'interno di una diversa prospettiva ermeneutica si è, di contro, affermato che il disposto dell'art. 117 cod. pen. non è altro che l'applicazione di un principio generale per il quale anche gli "estranei" concorrono in un reato proprio quando conoscano che altro partecipe si trova in una condizione tale da determinare il mutamento del reato o, addirittura, l'incriminazione *ex novo* dell'azione collettiva altrimenti lecita.

Muovendo da tale assunto si è pertanto sottolineato, quale logico corollario argomentativo, che il richiamo operato dall'art. 117 c.p. alle condizioni o alle qualità personali del colpevole (o ai suoi rapporti con l'offeso) non si riferisce ad uno qualsiasi dei concorrenti, ma ad un concorrente che agisca in maniera analoga a quella che, nei casi di esecuzione monosoggettiva dell'illecito, contraddistingue l'autore tra le persone che concorrono nel reato. Occorre, perciò, operare una distinzione a seconda che si tratti di concorrenti che agiscono nello stesso modo che se fossero gli autori esclusivi del fatto criminoso ovvero di concorrenti che restano in una posizione subordinata e accessoria: se l'intraneo rientra nella prima categoria, si ha mutamento del titolo del reato, altrimenti la qualità di intraneo non determina alcuna modificazione sulla qualificazione giuridica del fatto (Sez. 2, 19 marzo 1992, Merli, non mass.).

Tale affermazione, tuttavia, è rimasta isolata nella successiva elaborazione giurisprudenziale ed ha prestato il fianco a condivisibili obiezioni da parte della dottrina, che ha osservato come si realizzi in tal modo una sovrapposizione di problematiche non propriamente coincidenti, dal momento che prima dovrebbe essere dimostrato che l'art. 117 cod. pen. rappresenti il referente normativo che esaurisce il tema del concorso dell'estraneo e solo a quel punto passare a vagliarne i riflessi in tema di realizzazione della condotta tipica.

Sotto altro, ma connesso profilo, si è criticamente rilevato, nella riflessione dottrinale al riguardo avviata, che l'identità strutturale del tipo di responsabilità concorsuale non sembra sufficiente a soddisfare il principio di personalità della responsabilità poiché attiene al solo momento oggettivo, e che se, da un lato, possono esservi reati (ad es., l'abuso d'ufficio o la bancarotta fraudolenta) nei quali l'offesa necessariamente connota il fatto commesso da chi tale qualifica possieda - di tal chè, in suo difetto, il fatto non sussisterebbe o comunque non assumerebbe rilievo penale - dall'altro possono configurarsi reati (ad es., il peculato o l'arbitraria limitazione della

libertà personale in relazione al sequestro di persona o alla violenza privata) nei quali la qualifica soggettiva rileva ai fini di un particolare titolo di responsabilità, ma il fatto, anche in assenza di quel requisito, costituisce reato e può essere, pertanto, da chiunque commesso, sia pure ad altro titolo.

L'art. 117 cod. pen. presuppone, infatti, che un reato proprio sia stato comunque posto in essere e che il "titolo" del reato muti realmente, ossia in concreto e non in astratto: presuppone, dunque, l'esistenza di due fattispecie compiutamente integrate nei loro estremi oggettivi e soggettivi, con la conseguenza che all'estraneo non è unicamente riferibile il fatto di aver agito in un, "genericamente" illecito, contesto di base, rispondendo egli, piuttosto, di un *versari in re illicita* caratterizzato dal fatto che ha in ogni caso già realizzato, nella sua posizione di soggetto non qualificato, una ipotesi comune di reato, con la conseguente maggior gravità del trattamento sanzionatorio a lui riservato, sia pur mitigabile con la possibilità di una riduzione derivante dall'applicazione dell'attenuante facoltativa.

5. Di maggiore incisività e rilevanza sistematica si mostra, invece, il percorso evolutivo che ha caratterizzato l'interpretazione dell'affine istituto disciplinato dalla disposizione di cui all'art. 116 cod. pen.: strutturalmente ascrivibile anch'essa al *genus* della responsabilità obiettiva e ritenuta inequivocamente sintomatica di una radicale tensione con il principio stabilito dall'art. 27, comma 1, Cost., la previsione ha registrato da tempo una "correzione" in linea con il principio di personalità della responsabilità penale a seguito di una sentenza interpretativa di rigetto della Corte costituzionale (n. 42 del 13 maggio 1965), che ha individuato come base della responsabilità 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 pronuncia del Giudice delle leggi ha esercitato una rilevante influenza sulla elaborazione dei successivi indirizzi giurisprudenziali, da un lato introducendo nella struttura originaria della compartecipazione criminosa il requisito della prevedibilità in concreto del reato diverso come indispensabile coefficiente di imputazione soggettiva della responsabilità, dall'altro lato attenuando l'originaria impostazione rigoristica sottesa alla costruzione di una norma che costituiva una delle più significative espressioni del generale



disfavore con il quale l'ordinamento guardava alle più diverse manifestazioni della responsabilità a titolo concorsuale.

Muovendosi entro la prospettiva ermeneutica delineata da tale pronuncia, questa Suprema Corte (Sez. 1, n. 12740 del 09/11/1995, Fortebraccio, Rv. 203347) ha significativamente affermato che la responsabilità del compartecipe ai sensi dell'art. 116 cod. pen. può essere esclusa soltanto quando il reato diverso e più grave si presenti come un evento atipico, dovuto a circostanze eccezionali e del tutto imprevedibili, non collegato in alcun modo al fatto criminoso su cui si è innestato, oppure quando si verifichi un rapporto di mera occasionalità idoneo ad escludere il nesso di causalità. Tale rapporto di causalità, in particolare, va inteso nel senso che il reato diverso commesso dal concorrente deve potersi rapportare alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente e concretamente prevedibile di quello voluto, in tal modo configurandosi l'elemento necessario della colpevolezza, sotto le forme del dolo per il reato concordato e della colpa per l'evento realizzato.

Ne discende, ancora, che il mero motivo che eventualmente abbia determinato il concorrente a realizzare l'evento non voluto - in presenza di tutti gli elementi connotanti il rapporto psichico - non assume alcun rilievo in ordine alla prevedibilità in concreto da parte dell'agente, atteso che non assume incidenza alcuna sull'oggetto del suo atteggiamento psicologico, per essere rimaste immutate le circostanze di realizzazione del reato voluto.

In linea generale, dunque, la configurazione del concorso cd. "anomalo" di cui all'art. 116 cod. pen. è soggetta a due limiti negativi: a) l'accertamento che l'evento diverso non sia stato voluto neppure sotto il profilo del dolo indiretto (indeterminato, alternativo od eventuale) e, dunque, che il reato più grave non sia stato già considerato come possibile conseguenza ulteriore o diversa della condotta criminosa concordata; b) l'accertamento della non atipicità dell'evento diverso, o più grave, rispetto a quello concordato, in modo che l'evento realizzato non sia conseguenza di circostanze eccezionali, imprevedibili e non ricollegabili all'azione criminosa, sì da interrompere il nesso di causalità (Sez. 6, n. 20667 del 12/02/2008, Scambia, Rv. 240060).

Al contempo si è precisato, inoltre, che il giudizio di prevedibilità non varrebbe a garantire, se interpretato in astratto, il superamento della logica del *versari in re illicita* e ad assicurare una valutazione di personale improverabilità del concorrente che ha voluto il reato concordato.

Occorre, di contro, che il giudizio di prevedibilità del reato diverso venga formulato alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto (Sez. 2, n. 744

del 04/11/2005, dep. 2006, Dell'Orletta, Rv. 232928; Sez. 6, n. 7388 del 13/01/2005, Lauro, Rv. 231460), per un verso utilizzando il parametro dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, per altro verso allargando il campo dell'esplorazione alle modalità dell'accordo originario concluso fra i concorrenti ed al rapporto fra il fine da essi perseguito ed il reato diverso poi realizzato.

La responsabilità penale del compartecipe, in definitiva, può essere affermata solo nel caso in cui egli, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti nuovi, sia stato in grado di prevedere in concreto l'evento come sviluppo logico della sua condotta sulla base delle norme di comune esperienza (Sez. 1, n. 3381 del 23/02/1995, Parolisi, Rv. 200699).

Nella medesima prospettiva si colloca lo sforzo volto a tracciare la linea di demarcazione rispetto alla ordinaria forma di concorso ex art. 110 cod. pen., sul rilievo che la responsabilità per il fatto più grave rispetto a quello concordato, materialmente commesso da un altro concorrente, integra il concorso ordinario 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 cod. pen. 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 (Sez. 1, n. 4330 del 15/11/2011, dep. 2012, Camko, Rv. 251849).

Pur nella riconosciuta opportunità di un intervento del legislatore, chiaramente auspicato nella richiamata pronuncia della Corte costituzionale "*...al fine di stabilire se la norma in questione debba rimanere nel nostro ordinamento e, in caso positivo, quali esattamente debbano esserne il fondamento e i limiti....*", il nuovo assetto scaturito dall'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 116 impone di leggersi un coefficiente di colpevolezza nel senso che la prevedibilità del reato diverso, quale conseguenza concretamente ricollegabile alla propria condotta, è necessaria e sufficiente a fondare la responsabilità del concorrente che non lo abbia voluto, rigettandosi la tesi che l'agire nella forma concorsuale di per sé costituisca la violazione di una regola di prudenza.

6. Analoghi profili di anomalia rispetto ai principi generali dell'imputazione dolosa e alle linee strutturali di un sistema penale costituzionalmente orientato presenta l'attuale conformazione, rimasta

sostanzialmente immutata nel tempo, del criterio di attribuzione della responsabilità ex art. 117 cod. pen.

La norma, definita da autorevole dottrina "un residuo fossile di una concezione barbarica del diritto penale", tende di fatto a realizzare, come pure criticamente si è osservato, una duplice ed insidiosa efficacia estensiva della punibilità, poiché il partecipe estraneo, se ignaro della qualifica dell'intraneo, viene a rispondere di un reato che nei suoi confronti si prospetta "come affetto da un doppio *deficit* di tipicità: sul piano oggettivo, perché non viene da lui realizzata la condotta originariamente incriminata, come del resto è proprio di tutte le forme di partecipazione; sul piano soggettivo, per la mancanza della componente intellettuale del dolo".

Questa tensione rispetto ai criteri generali di imputazione soggettiva è all'origine dei diversi progetti di riforma del codice penale via via elaborati con riguardo al concorso di persone nel reato e alla disciplina delle modalità di attribuzione della responsabilità sottese al meccanismo di mutamento del titolo disegnato nell'art. 117 cod. pen.

Già nel Progetto di riforma elaborato nel 1991 dalla Commissione presieduta dal prof. Pagliaro la previsione di cui all'art. 28, comma 2, contemplava l'esigenza di «*Ammettere il concorso dell'estraneo nel reato proprio, con la previsione di un regime penale differenziato e facendo salvo il principio di colpevolezza*», mentre nel progetto di revisione normativa delineato nel 1999 dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Grosso non vi era spazio per alcuna puntuale disciplina in tema di concorso nel reato proprio, optandosi per la più radicale scelta abolitiva della norma contenuta nell'art. 117 del codice Rocco, sia pure accompagnata dall'affermazione che «*la colpevolezza dell'agente per il reato commesso è presupposto indefettibile della responsabilità penale*», con l'ulteriore previsione, quale suo logico corollario, del criterio secondo cui «*ciascun concorrente risponde nei limiti della sua colpevolezza*» (così gli artt. artt. 25 n. 1 e 43 n. 2).

Al riguardo si precisava, significativamente, nella relazione di accompagnamento che «*In questo modo la Commissione ha recepito la posizione, ormai pressochè pacifica, che esclude che fra i concorrenti debba esservi identità di elemento soggettivo, e ritiene che, verificata oggettivamente la realizzazione di un reato in conseguenza dell'apporto di più persone, nel momento in cui si verifica la posizione di responsabilità penale di ciascuna di esse ciascuna risponderà appunto nei limiti della sua colpevolezza individuale*».



Nella stessa relazione, inoltre, si è ritenuto «.....giusto che chi non possiede la qualifica richiesta per la commissione di un reato a soggettività specifica, per risponderne debba rappresentarsi di concorrere con persona che possiede tale qualifica».

Un indirizzo analogo emerge anche dai lavori della Commissione presieduta nel 2004 dal dr. Nordio, nel cui progetto di riforma (artt. 54 e 55) non vi è traccia di una disposizione assimilabile al vigente art. 117, né di una norma di carattere generale in tema di 'qualità personali' sulla scia dell'elaborato predisposto nel Progetto Pagliaro.

Nella medesima prospettiva, infine, si sono orientati i lavori della Commissione ministeriale presieduta nel 2006 dal prof. Giuliano Pisapia, nella cui relazione si sottolinea, al riguardo, che "La vigente disciplina del concorso di persone lascia configurare forme di responsabilità oggettiva, equiparando contributi radicalmente diversi dal punto di vista dell'elemento psicologico, come avviene nel caso previsto dall'art. 116 c.p. Per questa ragione si è ritenuto di fornire una risposta anche all'esigenza di adeguare il sistema ai principi di colpevolezza e proporzionalità dell'intervento punitivo. Ne è derivata una disposizione per cui ciascun concorrente deve rispondere del reato nei limiti e in proporzione al contributo materiale e psicologico offerto alla realizzazione del fatto."

Una comune linea di fondo sembra dunque visibile nell'intento di valorizzare l'atteggiamento psicologico di ogni singolo concorrente alla luce delle regole generali, innestando nell'ambito della responsabilità a titolo concorsuale il principio di personalità secondo forme di responsabilità differenziate dei partecipi.

7. A fronte di tali considerazioni, emerge con evidenza come l'attuale disciplina dell'art. 117 cit. si ponga in una problematica relazione di compatibilità con il contenuto pregnante del principio di colpevolezza, in quanto l'imputazione oggettiva degli effetti connessi alle qualità personali che determinano il mutamento del titolo di reato allontana dalla dimensione della colpevolezza un elemento, quello della qualifica soggettiva, che incide in misura qualitativamente rilevante sul reato, modificandone per l'appunto il "titolo": sarebbe pertanto difficile negare, all'interno di una interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie, che anche tale elemento, che concorre a contrassegnarne il disvalore di evento, debba poter essere assistito dal dolo o dalla colpa.

Nelle fattispecie di reato proprio la colpevolezza deve tendenzialmente investire il profilo attinente alle condizioni o alle qualità personali dell'autore, in quanto, a prescindere dalla loro collocazione nella struttura del reato, si tratta di elementi comunque significativi ai fini dell'apprezzamento della quota di disvalore del fatto: nei reati propri, come si è visto, è la presenza della qualifica soggettiva a determinare il mutamento del titolo di reato, in quanto è l'elemento personale a produrne in tal caso la modificazione qualitativa, facendone scaturire ulteriori effetti anche sulla consistenza del "carico" sanzionatorio.

Al fine di individuare una soluzione idonea a ricondurre l'istituto nel perimetro di una "lettura" costituzionalmente compatibile, non può prescindersi da una, sia pur sommaria, disamina delle implicazioni sottese all'affermazione del principio di colpevolezza nella progressiva elaborazione giurisprudenziale del Giudice delle leggi.

E' noto che con la fondamentale sentenza n. 364 del 1988 la Corte costituzionale, all'esito di una penetrante analisi dell'art. 27 Cost., imperniata sul collegamento tra il principio di personalità della responsabilità penale e la funzione rieducativa della pena, giunse ad identificare la «responsabilità personale», richiesta da tale norma, con la «responsabilità per fatto proprio colpevole» e ad affermare che lo Stato ha il dovere di assicurare al cittadino che non lo punirà senza informarlo preventivamente su ciò che è vietato o comandato e di assicurargli che «sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate».

Entro tale prospettiva, il principio di colpevolezza, «più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto», e pone «un limite alla discrezionalità del legislatore ordinario nell'incriminazione dei fatti penalmente sanzionabili, nel senso che vengono costituzionalmente indicati i necessari requisiti subiettivi minimi d'imputazione senza la previsione dei quali il fatto non può legittimamente essere sottoposto a pena». Secondo la Corte, tali requisiti subiettivi minimi richiedono 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». Ciò sulla base dell'assunto che «non avrebbe senso la "rieducazione" di chi, non essendo almeno "in colpa" (rispetto al fatto) non ha, certo, bisogno di essere "rieducato"».

Si tratta di affermazioni che assumono evidentemente un peso decisivo al fine di orientare la ricostruzione dell'intero sistema penale nel senso della

centralità della dimensione "personale" della responsabilità, quale sostrato ontologico di una condotta causalmente ricollegabile all'autore di un fatto di reato.

Con la successiva sentenza n. 1085 del 1988 la Corte costituzionale ha ulteriormente precisato la portata del principio, affermando che «perché 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 ciò a prescindere dal rilievo che l'elemento in discussione si identifichi o meno con l'evento del reato: rimanendo sottratti alla esigenza della «rimproverabilità» unicamente «gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l'area del divieto, condizionano, appunto, quest'ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi)». La medesima pronuncia ha inoltre chiarito che il principio *qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu* «contrasta con l'art. 27, primo comma, Cost.», affermando che da tale parametro è richiesto «quale essenziale requisito subiettivo d'imputazione, oltre alla coscienza e volontà dell'azione od omissione, almeno la colpa quale collegamento subiettivo tra l'autore del fatto ed il dato significativo (sia esso evento oppur no) addebitato. (...) E' ben vero che la massima: "*qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*" implica già, almeno solitamente, un collegamento subiettivo tra il reo ed un dato (di regola evento) senza del qual collegamento non si avrebbe il "*versari in re illicita*" (...). Ma non per tal ragione è costituzionalmente legittimo addebitare all'agente anche gli ulteriori eventi (...) nella produzione dei quali la volontà del reo è rimasta totalmente estranea e che, pertanto, non sono rimproverabili allo stesso reo. Dal primo comma dell'art. 27 Cost. (...) non soltanto risulta indispensabile, ai fini dell'incriminabilità, il collegamento (almeno nella forma della colpa) tra soggetto agente e fatto (o ... tra soggetto ed elemento significativo della fattispecie) ma risulta altresì necessaria la rimproverabilità dello stesso soggettivo collegamento».

Successivamente, la sentenza n. 2 del 1991 ha confermato l'illegittimità del principio «*qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu*», mentre la sentenza n. 179 del 1991 ha ribadito che l'art. 27, comma 1, Cost. richiede quale requisito subiettivo d'imputazione «almeno la colpa quale collegamento subiettivo tra l'autore del fatto ed il dato significativo (sia esso evento oppur

no) addebitato»; principio, questo, ulteriormente ribadito dalla sentenza n. 61 del 1995.

Da ultimo, con la sentenza n. 322 del 2007, la Corte costituzionale ha confermato la linea interpretativa tracciata con le sentenze nn. 364 e 1085 del 1988 in ordine alla costituzionalizzazione ed al contenuto del principio di colpevolezza, osservando che questo «partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, secondo comma, Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili. In pari tempo, il principio di colpevolezza svolge un ruolo "fondante" rispetto alla funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo comma, Cost.)», non avendo senso rieducare chi non versi almeno in colpa rispetto al fatto commesso.

La Corte ha inoltre aggiunto che «la finalità rieducativa non potrebbe essere obliterata dal legislatore a vantaggio di altre e diverse funzioni della pena, che siano astrattamente perseguibili, almeno in parte, a prescindere dalla "rimproverabilità" dell'autore. Punire in difetto di colpevolezza, al fine di "dissuadere" i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale "negativa") o di "neutralizzare" il reo (prevenzione speciale "negativa"), implicherebbe, infatti, una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.». Pertanto, il legislatore «ben può — nell'ambito delle diverse forme di colpevolezza — "graduare" il coefficiente psicologico di partecipazione dell'autore al fatto, in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati: pretendendo dall'agente un particolare "impegno" nell'evitare la lesione dei valori esposti a rischio da determinate attività. Ma in nessun caso gli è consentito prescindere *in toto* dal predetto coefficiente».

In altro, rilevante, passaggio argomentativo si è poi specificato che la soglia minima di compatibilità con l'art. 27, comma 1, Cost. è rappresentata «dall'attribuzione di valenza scusante all'ignoranza (o all'errore) che presenti caratteri di inevitabilità: giacché deve poter essere mosso all'agente almeno il rimprovero di non aver evitato, pur potendolo, di trovarsi nella situazione soggettiva di manchevole o difettosa conoscenza del dato rilevante».



Infine, la Corte ha evidenziato che «il principio di colpevolezza ... si pone non soltanto quale vincolo per il legislatore, nella conformazione degli istituti penalistici e delle singole norme incriminatrici; ma anche come canone ermeneutico per il giudice, nella lettura e nell'applicazione delle disposizioni vigenti», ribadendo «l'esistenza nella tavola dei valori costituzionali di un principio di necessaria colpevolezza, ragguagliato quanto meno al "minimum" dell'ignoranza o dell'errore inevitabile: incida esso sulla norma o sugli elementi normativi del fatto ... ovvero sugli elementi del fatto stesso».

8. Emerge con chiarezza, dalle linee direttrici di tale sintetico quadro ricostruttivo, il contrasto con il principio "personalistico" sancito dall'art. 27, comma 1, Cost. sia della eventuale previsione di forme di responsabilità oggettiva pura o propria, sia del principio *qui in re illicita versatur respondit etiam pro casu* (v., in motivazione, Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009, Ronci).

Alla luce del principio costituzionale di colpevolezza, così come scolpito all'esito della fondamentale opera di riordino sistematico portata a termine dal Giudice delle leggi, una corretta interpretazione della forma di responsabilità "mutante" originata dall'applicazione della regola generale dettata dall'art. 117 cod. pen. può trovare, sulla scia delle riflessioni avviate da un condivisibile indirizzo dottrinale, una solida base di riferimento nella considerazione del principio di prevedibilità-evitabilità come immanente nell'ordinamento giuridico-penale e rimodellarsi, di conseguenza, come responsabilità a titolo di colpa, nel senso che essa può configurarsi solo a condizione che la mancata rappresentazione della qualifica soggettiva sia stata determinata da un atteggiamento colposo dell'estraneo, basando in definitiva l'imputazione del diverso titolo di reato sul profilo attinente ai requisiti di conoscibilità della qualifica.

Questa prospettiva ermeneutica deve ritenersi non solo l'unica conforme ai principi costituzionali, ma anche quella più agevolmente "riconoscibile" a fronte delle nuove sembianze del volto assunto dall'ordinamento penale a seguito della complessiva "rilettura" che la Corte costituzionale ha inteso darne con le richiamate decisioni, dal momento che la configurazione di un'ipotesi di responsabilità oggettiva legata agli effetti dell'incolpevole mancanza di conoscenza di uno degli elementi maggiormente significativi della fattispecie (la qualifica soggettiva dell'*intraneus*), risulterebbe, in assenza di alcun rilievo attribuibile alla potenziale valenza di un coefficiente psicologico di prevedibilità in concreto – dunque alla necessaria verifica se l'autore del fatto sia "personalmente" in grado di percepirne gli estremi al

momento della condotta - finanche incoerente con le implicazioni logico-sistematiche del regime di imputazione soggettiva - sia in chiave di "conoscenza", che di errore od ignoranza dovuti a "colpa" - delle circostanze aggravanti di cui all'art. 59, comma 2, cod. pen., così come interpolato a seguito della modifica introdottavi dall'art. 1 della legge 7 febbraio 1990, n. 19.

Il perimetro di applicazione della regola dettata dall'art. 117 cod. pen. viene in tal guisa delimitato ai soli casi in cui la qualifica, per quanto ignorata, risulti tuttavia concretamente "conoscibile" alla stregua di un parametro di giudizio analogo a quello adottato in materia di colpa: un paradigma, quello della conoscibilità, che, essendo richiesto anche per la configurazione degli elementi di natura circostanziale, non v'è ragione di escludere ove si tratti di elementi essenziali del reato.

In molte occasioni, d'altro canto, la giurisprudenza ha mostrato di prediligere una interpretazione costituzionalmente orientata delle ipotesi di responsabilità oggettiva ancora presenti nel nostro sistema, sostenendo che gli argomenti sviluppati dalla Corte costituzionale sul principio di colpevolezza devono indurre a richiedere quanto meno l'imputazione colposa del fatto, anche lì dove questa non sia stata espressamente prevista.

Così, a mero titolo esemplificativo, può menzionarsi l'importante approdo ermeneutico raggiunto in tema di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto, là dove questa Suprema Corte (Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009, Ronci, Rv. 243381) ha affermato che la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente è imputabile alla responsabilità del cedente sempre che, oltre al nesso di causalità materiale, sussista la colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina la condotta di cessione) e con prevedibilità ed evitabilità dell'evento, da valutarsi alla stregua dell'agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale.

Uno sforzo visibile anche nel progressivo allineamento che la evoluzione della giurisprudenza di legittimità mostra di aver operato riguardo all'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale (Sez. 4, n. 17687 del 15/11/1989, Paradisi, Rv. 182907; Sez. 5, n. 791 del 18/10/2012, dep. 2013, Palazzolo, Rv. 254386; Sez. 5, n. 13114 del 13/02/2002, Izzo, Rv. 222054), là dove la Corte ha affermato che non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato. Pertanto, la

valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto "de quo" è nella stessa legge, essendo assolutamente probabile che da una azione violenta contro una persona possa derivare la morte della stessa.

Nella medesima prospettiva, inoltre, può richiamarsi, in tema di "aberratio delicti", la costante affermazione secondo cui l'evento non voluto è addebitabile all'agente solo a titolo di colpa, quando sia assolutamente diverso, cioè di altra natura rispetto a quello voluto, ma non quando di questo costituisca una sorta di progressione naturale e prevedibile, dovendo in tal caso l'agente rispondere, anche in relazione al secondo evento, a titolo di dolo, sia pure alternativo od eventuale (Sez. 2, n. 19293 del 03/02/2015, Bedogni, Rv. 263519; Sez. 1, n. 21955 del 02/02/2010, Agosta, Rv. 247401).

Anche in tema di maltrattamenti in famiglia, l'imputazione soggettiva dell'evento aggravatore, non voluto, della morte della vittima per suicidio ne richiede la prevedibilità in concreto come conseguenza della condotta criminosa di base, in modo che possa escludersi che lo stesso sia stato oggetto di una libera capacità di autodeterminarsi della vittima (Sez. 6, n. 12129 del 29/11/2007, dep. 2008, P., Rv. 239585).

9. Discende, conclusivamente, dalle su esposte considerazioni che l'unica interpretazione conforme al principio costituzionale di colpevolezza è quella che richiede, anche in relazione all'ambito di operatività della fattispecie cristallizzata nell'art. 117 cod. pen., l'emergere di una responsabilità per colpa in concreto, ancorata ad una violazione di regole cautelari di condotta e ad un coefficiente di prevedibilità-evitabilità, in concreto e non in astratto, del rischio connesso al difetto di conoscenza di un elemento che caratterizza in senso personale la struttura della fattispecie incriminatrice, sì da non consentire l'attribuzione di una responsabilità a titolo di dolo ad un soggetto che senza dolo né colpa abbia agito, per non essersi colpevolmente rappresentata l'esistenza di un elemento - la qualifica soggettiva di cui *l'intraneus* è portatore in ambito concorsuale - marcato da forte intensità connotativa della fattispecie di reato, sia rispetto alla significatività del grado dell'offesa ai beni tutelati, sia in relazione ad una sensibile possibilità di variazione in aumento della dosimetria del trattamento sanzionatorio.

Soluzione, questa, la cui *ratio* giustificativa consente comunque di preservare una chiara linea di demarcazione fra gli ambiti di applicazione, rispettivamente, della norma generale dettata nell'art. 110 cod. pen., per il quale è necessaria la consapevolezza della qualifica personale, e dell'istituto disciplinato dall'art. 117, per il quale può ritenersi invece sufficiente la

conoscibilità della qualifica alla stregua dei normali criteri di attribuzione della responsabilità a titolo di colpa, giustificando il legislatore, al contempo, la possibilità di una valutazione calibrata su un prudente bilanciamento giudiziale della concreta soglia di rimproverabilità del fatto attraverso la previsione dell'attenuante per il concorrente non qualificato.

E' pur vero, sotto altro profilo, che il fatto di esigere la colpa dell'estraneo può esporsi, come osservato da una parte della dottrina, ad una serie di obiezioni critiche là dove si rischia di impegnare il giudice nella ricerca della violazione di una regola di condotta a contenuto cautelare, determinando in tal modo una "divaricazione" tra gli elementi che compongono il fatto di reato, dal momento che la qualifica soggettiva dovrebbe essere isolata dalle altre sue porzioni, che a loro volta continuerebbero ad essere investite da un coefficiente doloso, laddove per la prima sarebbe sufficiente riscontrare la sussistenza di un atteggiamento solo colposo dell'estraneo.

Alla su delineata conclusione, tuttavia, non sembra contrapporsi in senso ostativo la presunta impossibilità di muovere un rimprovero a titolo di colpa per un elemento non conosciuto, e in definitiva non "voluto", della fattispecie, nei confronti di un soggetto che abbia volontariamente intrapreso un'attività illecita. Nella citata sentenza n. 1085 del 1988 la Corte costituzionale, oltre a dichiarare l'illegittimità delle forme di responsabilità oggettiva, ha esplicitamente riferito il requisito della colpa anche ad attività illecite, mentre la possibilità di una colpa ravvisabile anche nell'ambito di una attività illecita è stata recepita anche dal legislatore, il quale, con la riforma del regime di imputazione delle circostanze aggravanti di cui all'art. 59, comma 2, cod. pen. ha reso possibile una combinazione di dolo (rispetto al reato semplice) e di colpa (rispetto alla circostanza aggravante).

Il nuovo testo dell'art. 59, comma 2, cod. pen. richiede, infatti, che le circostanze aggravanti siano «*ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa*»: si tratta, quindi, di una colpa che si innesta su un fatto già di per sé costituente reato, con il logico corollario che il legislatore ha così espressamente riconosciuto la possibilità di "ambientare il rimprovero per colpa in un ambito di illiceità dolosa" (cfr., in motivazione, Sez. U, n. 22676 del 22/01/2009, Ronci, cit.).

Del resto, proprio in riferimento alla disposizione dell'art. 59, comma 2, cod. pen. questa Corte ha affermato che, attesa l'ampia formulazione di tale disposizione, «non sussiste alcuna logica incompatibilità tra l'imputazione a titolo di dolo della fattispecie criminosa base e quella, a titolo di colpa, di un elemento accidentale come la circostanza in questione» (Sez. 6, n. 2164 del

06/12/1994, dep. 1995, Imerti, Rv. 200902; Sez. 1, n. 9958 del 27/10/1997, Carelli, Rv. 208936).

Sotto altro, ma connesso profilo, occorre considerare che, a seguito della sostituzione del testo dell'art. 118 cod. pen. ad opera dell'art. 3 della legge 7 febbraio 1990, n. 19, al concorrente non si comunicano più le circostanze soggettive concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e quelle relative all'imputabilità ed alla recidiva. Conseguentemente, sono ancora valutate riguardo alla sua posizione le altre circostanze soggettive indicate dall'art. 70, comma 1, n. 2, cod. pen., cioè quelle attinenti alle qualità personali del colpevole ed ai rapporti tra il colpevole e la persona offesa. Si estendono, dunque, al concorrente - il quale ne sia a conoscenza o le ignori per colpa - le circostanze relative al *munus publicum* del colpevole (Sez. 6, n. 853 del 24/03/1993, Sorrentino, Rv. 194189, con riferimento ad una fattispecie in tema di estensione della circostanza aggravante della qualità di custode al concorrente nel reato di violazione di sigilli).

Ponendosi sulla medesima linea interpretativa questa Corte ha ribadito, ancora in tema di violazione di sigilli, che la circostanza aggravante della qualità di custode, di cui al comma secondo dell'art. 349 cod. pen., si comunica ai concorrenti nel reato che siano a conoscenza o ignorino colpevolmente tale qualità, non rientrando la stessa tra quelle circostanze soggettive da valutarsi soltanto con riguardo alla persona cui si riferiscono (Sez. 3, n. 2283 del 24/11/2017, dep. 2018, Marrone, Rv. 272358, che ha ritenuto immune da censure la sentenza di merito che aveva riconosciuto, ai sensi dell'art. 59, comma 2, cod. pen., la responsabilità per il reato in questione della moglie del custode di opera edilizia sequestrata, in quanto proprietaria dell'opera dove per lungo tempo si erano protratti i lavori abusivi, nonché coniuge convivente di quest'ultimo).

Proprio la rilevanza che la qualifica personale viene ad assumere nel nucleo degli elementi essenziali che connotano la struttura e la dimensione offensiva del fatto di reato consente, in definitiva, di ritenere che la responsabilità derivante dalla unitarietà dell'offesa provocata all'interesse tutelato dalla realizzazione di una fattispecie plurisoggettiva non esclude, di per sé, che ciascun concorrente possa rispondere della lesione in tal modo arrecata secondo i propri presupposti soggettivi di imputazione.

Sulla base delle su esposte considerazioni può dunque enunciarsi il seguente principio di diritto: *«ai fini dell'applicabilità dell'art. 117 cod. pen., che disciplina il mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti, è necessaria, per l'estensione del titolo di reato proprio al concorrente*



extraneus, la conoscibilità della qualifica soggettiva del concorrente intraneus».

10. Alla stregua del principio di diritto sopra enunciato può ora procedersi all'esame degli ulteriori motivi dedotti a sostegno del ricorso.

Pacifica deve ritenersi, nella giurisprudenza di questa Suprema Corte (*ex multis v. Sez. 6, n. 50754 del 12/11/2014, Insolera, Rv. 261418*), l'affermazione secondo cui integra il delitto di peculato la condotta dell'amministratore di sostegno che, essendo abilitato ad operare sui conti correnti intestati alle persone sottoposte all'amministrazione, si appropria, attraverso apposite operazioni bancarie, delle somme di denaro giacenti sugli stessi. Altrettanto pacifica, entro tale prospettiva, risulta l'ulteriore affermazione secondo cui la disciplina applicabile all'amministratore di sostegno, in particolare avendo riguardo alle disposizioni del codice civile che ne regolano l'attività, l'obbligo annuale di rendiconto, le limitazioni alla capacità di ricevere per testamento e per donazione ecc., consente di attribuire a quest'ultimo, negli stessi termini del tutore, la qualifica di pubblico ufficiale.

Facendo buon governo di tale quadro di principii, nelle conformi decisioni di merito è stato posto in rilievo, sulla base delle inequivoche emergenze probatorie in motivazione compiutamente illustrate: a) il carattere fittizio del rapporto lavorativo della ricorrente, che in pieno accordo con il coimputato Maggi - amministratore di sostegno di Eugenia Giolitti, ricoverata presso una residenza per anziani - non ha mai svolto alcuna prestazione di assistenza in suo favore, benchè risultasse assunta, quale "badante", per nove ore settimanali; b) il fatto di aver percepito, in forza di tale fittizia assunzione, somme di denaro (complessivamente pari all'importo di euro 19.844,84) a titolo di retribuzione mensile dal gennaio 2013 al 16 agosto del 2015, data del decesso della persona amministrata; c) la gestione di tale rapporto da parte del coimputato; d) la provenienza di tali somme dai conti correnti dell'amministrata.

Correttamente argomentata, sulla base di passaggi motivazionali congruamente esposti ed immuni da vizi logico-giuridici in questa Sede ritualmente deducibili, deve poi ritenersi la disamina delle note modali della condotta appropriativa dalla ricorrente posta in essere a titolo concorsuale, avendo i Giudici di merito puntualmente spiegato come ella, in pieno accordo con il Maggi, abbia simulato lo svolgimento del rapporto di lavoro nella consapevolezza del fatto che quegli, gestendo il falso impiego lavorativo e



versando in suo favore le somme indebitamente percepite, avesse la disponibilità dei beni provenienti dal patrimonio dell'amministrata, attingendovi proprio per assicurarle una non dovuta retribuzione mensile.

Dall'accertamento della consapevolezza che il denaro in tal guisa ricevuto proveniva dal patrimonio della Giolitti e che la sua piena disponibilità faceva capo direttamente al coimputato le conformi decisioni di merito hanno, tuttavia, automaticamente desunto l'applicabilità della regola posta dall'art. 117 cod. pen., attraverso il mutamento del titolo di reato - relativo alla ritenuta condotta di appropriazione indebita, comunque posta a essere dalla predetta imputata - nel più grave delitto di peculato attribuitole in ragione della qualifica soggettiva ricoperta dall'*intraneus*.

Pur sottolineando, inoltre, che la ricorrente era a conoscenza del fatto che il Maggi gestiva i beni della Giolitti quale "amico di famiglia", i Giudici di merito hanno al contempo escluso la presenza di elementi sufficienti per ritenere che la stessa fosse sicuramente a conoscenza dell'incarico pubblicistico di amministratore di sostegno dal coimputato rivestito nel caso di specie: circostanza che, di per sé, ne avrebbe peraltro comportato la piena responsabilità concorsuale in applicazione della regola generale stabilita dall'art. 110 cod. pen.

Nessuna indagine di merito, dunque, è stata svolta, alla stregua dei su indicati canoni di riferimento, per accertare se la presenza della qualifica soggettiva in capo all'*intraneus*, benchè ignorata, fosse dalla ricorrente concretamente conoscibile in relazione all'intero arco dei presupposti, oggettivi e soggettivi, fattualmente rilevanti nella vicenda oggetto del tema d'accusa (natura e tempi della relazione fra le parti intercorsa nella vicenda, professione svolta dal correo, le ragioni di pubblico interesse oggettivamente sottese all'affidamento della complessiva gestione di altrui beni ecc.): presupposti fattuali, quelli a mero titolo esemplificativo testè indicati, sul cui sicuro fondamento potesse dalla ricorrente effettivamente dedursi o prevedersi, in quel determinato contesto e sulla base dei parametri del modello di agente riferibile all'*"homo eiusdem professionis et condicionis"* che vi si fosse trovato concretamente ad operare, la specifica incidenza applicativa di una posizione concorsuale connotata dall'attribuzione di una qualifica soggettiva di rilievo pubblicistico.

11. S'impone, conclusivamente, l'annullamento con rinvio dell'impugnata decisione, per un nuovo giudizio in ordine ai punti critici sopra evidenziati, che nella piena libertà del relativo apprezzamento di merito dovrà eliminare i vizi



rilevati e colmare le indicate lacune della motivazione, uniformandosi al quadro dei principi di diritto in questa Sede stabiliti.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia per nuovo giudizio ad altra Sezione della Corte di appello di Genova.

Così deciso il 31 gennaio 2019