

## **Il concorso nel reato proprio ex art. 117 c.p. e conoscibilità della qualifica soggettiva dell'*intraneus*.**

di **Matilde Forconi**

CASS. PEN., SEZ. VI, 7 GIUGNO 2019 (UD. 31 GENNAIO 2019), N. 25390  
PRESIDENTE PAOLONI, RELATORE DE AMICIS

**Massima.** Ai fini dell'applicabilità dell'art. 117 c.p., che disciplina il mutamento del titolo di 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*.

**Sommario.** **1.** Premessa al caso di specie. – **2.** Concorso di persone nel reato: cenni. – **3.** Concorso in reato proprio e mutamento del titolo di reato per taluno dei concorrenti (art. 117 c.p.). – **4.** Natura giuridica della responsabilità dell'*extraneus*: orientamenti contrastanti. – **5.** Necessità di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 117 c.p. – **6.** Riflessioni conclusive.

### **1. Premessa al caso di specie.**

Con sentenza n. 25390/19 la Sesta Sezione penale della Suprema Corte di Cassazione ha affrontato il delicato tema del concorso di persone nel reato proprio, previsto e disciplinato ai sensi dell'art. 117 del codice penale.

La sentenza in commento pare di un certo interesse poiché pone fine ad un annoso dibattito circa la natura giuridica della responsabilità dell'*extraneus* nel reato posto in essere in concorso con l'*intraneus*, ripercorrendo l'evoluzione giurisprudenziale del principio di colpevolezza, costituzionalmente garantito dal primo comma dell'art. 27 Cost.

Prima di entrare nel vivo della questione giuridica, pare opportuno dare brevemente conto del fatto giunto dinanzi ai Giudici ermellini e scaturigine della pronuncia in commento.

La Corte d'appello di Genova confermava la condanna di una donna per il reato di peculato (art. 314 c.p.) commesso in concorso con l'amministratore di sostegno di una anziana signora, poi deceduta. L'imputata aveva percepito un'ingente somma di denaro (circa 20.000 euro) a titolo di retribuzione di un rapporto di lavoro fittizio in qualità di badante della signora amministrata, in accordo con l'amministratore di sostegno.



Quest'ultimo infatti, in virtù del ruolo ricoperto, deteneva ed amministrava i beni dell'anziana signora, devolvendo una parte del denaro alla correa.

Avverso la suindicata pronuncia veniva proposto ricorso in Cassazione deducendo, il difensore dell'imputata, violazione di legge e vizi della motivazione con riferimento alla prova dell'elemento soggettivo. Ad avviso della difesa infatti i giudici di secondo grado non avevano condotto alcun accertamento circa la sussistenza dei presupposti di prevedibilità in concreto del concorso in reato proprio. Assumeva l'avvocato che la sua assistita non fosse a conoscenza della qualifica di amministratore di sostegno del suo correo, dal momento che questi di professione era un avvocato e asseriva di gestire il denaro dell'anziana signora in qualità di "amico di famiglia".

La questione sulla quale la Suprema corte è stata chiamata a pronunciarsi militava intorno all'interrogativo se la donna rispondesse del reato di appropriazione indebita (ex art. 646 c.p.) o del più grave concorso in peculato (artt. 314 e 117 c.p.).

## **2. Concorso di persone nel reato: cenni.**

La fattispecie concorsuale è disciplinata in generale dall'art. 110 c.p. e nasce con precipue funzioni incriminatrice e di disciplina. Essa infatti, in ossequio alla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, consente innanzitutto di punire contributi che in quanto qualificabili come condotte atipiche non sarebbero punibili. Inoltre, creando una nuova fattispecie incriminatrice data dall'innesto del reato di specie con l'art. 110 c.p., ne delinea una particolare disciplina quale è appunto quella del reato commesso da più soggetti. Il reato commesso in concorso infatti sarà uno soltanto (e non già tanti reati quanti sono i partecipanti) e di questo risponderanno tutti, secondo la disciplina concorsuale.

Sotto il profilo oggettivo dunque, la fattispecie concorsuale consta di tre elementi: pluralità di agenti, realizzazione di un fatto costituente reato, contributo di ciascun concorrente. Come affermato a più riprese dalla Suprema Corte<sup>1</sup> infatti, affinché si integri la fattispecie di concorso di persone nel reato è necessario e sufficiente un contributo, materiale o morale, che si ponga in rapporto di causalità, sia pure in termini minimi, nella facilitazione della condotta delittuosa. Con ciò sottolineando il superamento della teoria della accessorieta secondo cui il contributo rilevava solo nella misura in cui accedesse ad una condotta già di per sé costituente reato perfetto ed accogliendo i rilievi critici esposti dalla dottrina<sup>2</sup>.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, l'art. 110 c.p. richiede il dolo ossia rappresentazione e volizione di tutti gli elementi essenziali del reato tipico, nonché di concorrere con altri alla realizzazione di quel reato. Pur non

---

<sup>1</sup> Una per tutte Cass. pen. n. 5849/2013.

<sup>2</sup> In particolare si veda MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 530 e ss.

essendo richiesto un accordo tra i correi, è tuttavia necessario, affinché possa dirsi integrata la fattispecie concorsuale, che vi sia consapevolezza da parte di almeno uno dei concorrenti dell'apporto fornito dall'altro alla realizzazione della fattispecie criminosa.

Di contro, non potrà parlarsi di concorso di persone laddove più soggetti concorrano alla realizzazione del medesimo reato ma l'uno all'insaputa dell'altro. Ove solo uno di questi dovesse sapere degli altri, solo questo risponderà del reato in concorso e dunque solo questo sarà sottoposto alla disciplina concorsuale.

### **3. Concorso in reato proprio e mutamento del titolo di reato per taluno dei concorrenti (art. 117 c.p.).**

In materia di concorso di persone nel reato, una disciplina *ad hoc* rispetto a quella generale brevemente delineata nel paragrafo precedente, è riservata all'ipotesi in cui un soggetto si trovi a concorrere alla realizzazione di un reato proprio, non essendone consapevole.

Giova premettere che il reato si definisce proprio (per distinguerlo dalle ipotesi cc.dd comuni) quando il legislatore dà rilevanza alla qualifica soggettiva dell'autore, facendone dipendere: l'illiceità o meno della condotta (reati propri esclusivi), la qualificazione di un tipo di reato in luogo di un altro (reati propri semi-esclusivi), la qualificazione di un illecito penale in luogo di un illecito extra-penale (reati propri non esclusivi). La qualifica soggettiva nei reati propri pertanto costituisce elemento essenziale del reato.

Il tipo di reato proprio che interessa l'art. 117 c.p. è solo quello c.d. semi-esclusivo, ossia quel reato caratterizzato da una condotta che se posta in essere dal soggetto in possesso di qualifica, integra il reato proprio, se invece posta in essere dal soggetto privo di qualifica, integra una corrispondente fattispecie comune.

L'esempio di scuola di tale ipotesi è infatti il binomio peculato-appropriazione indebita, in cui la condotta tipica è la appropriazione di beni altrui, che, se commessa dal pubblico ufficiale per ragioni del suo ufficio, integra il reato di peculato (art. 314 c.p.), se invece posta in essere da "chiunque altro" ossia da un soggetto senza qualifica, integra il reato di appropriazione indebita (art. 646 c.p.).

Il riferimento dell'art. 117 c.p. alla sola ipotesi di reato proprio semi-esclusivo e non anche alle altre due ipotesi sopra delineate, è chiaramente offerta dal legislatore già dalla rubrica della disposizione: "mutamento del titolo di reato per taluno dei concorrenti".

Il termine "mutamento" e il riferimento a solo alcuno dei concorrenti, allude infatti ad una conversione da un tipo di reato ad un altro corrispondente, che, come già osservato, avviene solo nelle ipotesi di reati propri semi-esclusivi. Sebbene dal *dictum* legislativo non si apprenda esplicitamente, l'art. 117 c.p. trova applicazione in tutti quei casi in cui un soggetto si trovi a concorrere

alla realizzazione di un reato, non sapendo che si tratta di reato proprio poiché non si rappresenta la qualifica soggettiva del correo.

Diversamente opinando, dovremmo infatti ritenere che una tale ipotesi dovesse sussumersi nella generale disciplina del concorso di persone ex art. 110 c.p. Tuttavia, se in un caso del genere applicassimo la disciplina generale del concorso, che, come accennato nel paragrafo precedente, richiede l'elemento soggettivo del dolo quindi rappresentazione di tutti gli elementi essenziali del reato tipico, il soggetto che concorresse alla realizzazione del reato proprio, ignorando la qualifica del compartecipe (elemento essenziale del reato proprio), dovrebbe andare esente da pena, mancandogli il dolo su un elemento costitutivo del reato. In particolare, sotto il profilo processuale dovrebbe vedersi assolto con la formula "perché il fatto non costituisce reato", rinvenendosi le ragioni della assoluzione nella mancanza dell'elemento soggettivo richiesto dalla legge.

Ecco che, in ossequio alla funzione incriminatrice delle disposizioni concorsuali, l'art. 117 c.p. consente proprio di punire la condotta di chi, non essendo in dolo su un elemento essenziale del reato proprio, concorra comunque a commettere quel reato.

Il soggetto inconsapevole infatti, a tenore dell'art. 117 c.p., risponderà al pari del soggetto agente possessore della qualifica, tuttavia, si legge nella norma, ove il reato proprio fosse più grave, spetterà al giudice valutare se sia il caso di diminuire la pena per chi si fosse rappresentato la commissione del reato meno grave.

Tra l'altro anche in ciò si conferma che l'art. 117 c.p. fa riferimento ai soli reati propri semi-esclusivi, cioè nel fatto che il legislatore non impone al giudice di diminuire la pena ma dà la facoltà, proprio in ragione del fatto che si tratta comunque di un soggetto il quale si rappresentava e voleva la corrispondente fattispecie di reato comune.

Sulla base di quanto finora esposto è evidente pertanto che il legislatore, imputando a tutti i correi il medesimo reato, prescinde dal titolo delle rispettive responsabilità (dolo o colpa) ed utilizza per tutti il medesimo criterio di imputazione.

Si tratta di una ipotesi di scissione tra titolo di responsabilità e criterio di imputazione: il legislatore considera il soggetto ignaro dell'elemento essenziale del reato (dunque non in dolo su quell'elemento) come se lo avesse conosciuto (dunque come se fosse in dolo su quell'elemento), in altri termini opera una *fictio iuris*.

#### **4. Natura giuridica della responsabilità dell'*extraneus*: orientamenti contrastanti.**

È proprio sulla rilevanza di questa inconsapevolezza e sulla natura giuridica della responsabilità che ne consegue, che si è incentrata la sentenza in

commento, ponendo fine ad un annoso dibattito tra orientamenti contrapposti.

Secondo l'orientamento prevalente in dottrina<sup>3</sup>, l'art. 117 c.p. delinea una ipotesi di la responsabilità oggettiva, rappresentando una deroga ai principi regolatori dell'elemento soggettivo della fattispecie concorsuale e ravvisandovi una ipotesi di attribuzione indifferenziata del reato proprio. L'*extraneus*, ossia il soggetto sprovvisto di qualifica che si trova a concorrere alla realizzazione di un reato proprio ignorando la qualifica del compartecipe, risponderà del reato in concorso sulla base di un mero nesso di causalità. Ossia per il solo fatto di aver apportato un contributo che si sia posto in rapporto di causalità agevolatrice con la realizzazione del reato, a prescindere dalla consapevolezza o meno della qualifica soggettiva.

Tale impostazione si regge su argomentazioni di opportunità: anche in ossequio alla concezione unitaria del reato commesso in concorso e alle finalità rigoristiche che hanno ispirato il codice Rocco, si ritiene più opportuno ascrivere a tutti i compartecipi il medesimo titolo di reato, piuttosto che differenziare i titoli di responsabilità in base a interferenze legate alle qualità personali del colpevole o a rapporti tra colpevole e persona offesa del reato.

Ad avviso di altra dottrina<sup>4</sup> invece, la responsabilità dell'*intraneus* deve essere soggettiva: al fine di muovere un rimprovero in capo ad un soggetto è necessario che questi fosse a conoscenza della qualifica soggettiva dell'*intraneus*. A tale conclusione si giunge in considerazione anche della irragionevole conseguenza cui si andrebbe incontro in caso di errore sul fatto *ex art. 47 co. 2 c.p.*, sebbene la non estensione alle fattispecie concorsuali della disciplina sull'errore, si spieghi in ragione del generale disfavore con cui l'ordinamento guarda alle forme di realizzazione plurisoggettiva dei reati. Come è noto infatti, l'errore su un elemento costitutivo della fattispecie tipica, esclude il dolo e fa residuare una responsabilità a titolo di colpa ove l'errore fosse colposo e ove esistesse nell'ordinamento una corrispondente fattispecie colposa.

Ammettere una responsabilità oggettiva in capo all'*extraneus*, significherebbe sottrarre quest'ultimo dalla disciplina dell'errore, dal che ne deriverebbe una conseguenza abnorme: l'*intraneus*, essendo sottoposto alla disciplina generale dell'errore, potrebbe far valere a propria scusa l'ignoranza o l'errore circa le proprie qualità o condizioni, mentre l'*extraneus*, nelle medesime ipotesi si vedrebbe vincolato alla differente disciplina dell'art. 117 c.p.

Inoltre, tale dottrina ritiene che una qualificazione in termini di responsabilità oggettiva, non dia luogo solo a conflitti interni alla normazione primaria, ma

---

<sup>3</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 481; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 564.

<sup>4</sup> LATAGLIATA, *I principi di concorso di persone nel reato*, p. 214.

confligga con la sovraordinata fonte costituzionale. Si ravviserebbe infatti un inevitabile contrasto con il fondamentale principio di colpevolezza (art. 27 co.1 Cost.) che informa l'intero sistema penale.

### **5. Necessità di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 117 c.p.**

La pronuncia in commento, aderendo alla teoria della responsabilità soggettiva, pur riconoscendo che l'art. 117 c.p. introduce una deroga ai principi generali che regolano la disciplina della partecipazione criminosa e della imputazione dolosa, mostra di ritenere necessario orientare costituzionalmente la norma in esame. È necessario cioè adeguare all'impianto costituzionale una disciplina che nella struttura originaria del codice Rocco, come noto cronologicamente precedente, veniva individuata come conseguenza di una situazione fattuale connotata dal *versari in re illicita*.

Come ampiamente affermato dalla Consulta infatti, prima di rimettere al vaglio della Corte costituzionale una disposizione normativa è necessario che il giudice di merito percorra la strada della interpretazione "adeguatrice", secondo quanto disposto dagli artt. 12 e 14 delle preleggi, ricostruendo il contenuto della norma dalla dubbia costituzionalità in maniera conforme a Costituzione. Solo ove ciò risulti impossibile allora sarà legittimo rimettere la questione alla Corte<sup>5</sup>.

Con riferimento al caso di specie, il principio costituzionale verso il quale l'art. 117 c.p. deve essere orientato è chiaramente il principio di colpevolezza, garantito dal comma primo dell'art. 27.

La Suprema Corte ripercorre dettagliatamente le pronunce della Corte Costituzionale con le quali la Consulta espunge dall'ordinamento forme di responsabilità oggettiva che prescindano dalla sussistenza di un coefficiente psicologico rinvenibili in capo al soggetto agente.

Con la sentenza n. 364/1988 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 con la responsabilità del fatto proprio colpevole, affermando che lo Stato ha il dovere di assicurare al cittadino che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni che siano da questi controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penali.

Secondo la Corte ne deriva che il fatto imputato, perché sia legittimamente punibile, deve includere almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Ciò sul rilievo per cui non

---

<sup>5</sup> A tal proposito si vedano sent. Corte Cost. n. 356/1996; ord. n. 451/1994; ord. n. 121/1994; SS.UU. n. 23016/2004.

avrebbe senso la rieducazione di chi, non essendo almeno in colpa rispetto al fatto, non ha certo bisogno di essere rieducato.

Con la successiva sentenza n. 1085/ 1988, la Corte costituzionale ha precisato che per dirsi pienamente rispettata la portata dell'art. 27 Cost. e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti gli elementi che concorrono a delineare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente.

All'esito della esposta ricostruzione la Suprema Corte, nel caso sottoposto alla sua attenzione ed oggetto della presente annotazione dunque afferma che la responsabilità dell'*extraneus* non può prescindere dalla conoscenza della qualifica soggettiva dell'*intraneus*, trattandosi di consapevolezza circa la sussistenza di un elemento che concorre a delineare il disvalore del reato. Sarà pertanto necessario, ai fini dell'applicazione della disciplina dell'art. 117 c.p., che la responsabilità si qualifichi quantomeno colposa in concreto, ancorata cioè ad una violazione di regole cautelari di condotta e ad un coefficiente di prevedibilità-evitabilità.

In altri termini, una corretta interpretazione della responsabilità "mutante" alla luce del principio di colpevolezza, richiede che l'*extraneus* venga chiamato a rispondere del reato commesso in concorso con l'*intraneus* solo nelle ipotesi in cui la mancata rappresentazione della qualifica soggettiva del correo sia stata determinata da un suo atteggiamento colposo.

Pertanto, nel caso sottoposto alla sua attenzione la Corte Suprema afferma che non avendo i giudici di secondo grado accertato oltre ogni ragionevole dubbio la conoscenza o conoscibilità da parte dell'imputata della qualifica soggettiva dell'amministratore di sostegno, il processo debba rifarsi. Come ampiamente affermato dalla giurisprudenza e ribadito anche nella pronuncia in commento infatti, avendo riguardo alla disciplina applicabile all'amministratore di sostegno, agli obblighi e ai limiti, esso, al pari del tutore, è qualificabile come pubblico ufficiale<sup>6</sup>.

Pertanto, ove l'imputata, in qualità di *extraneus* non fosse a conoscenza di tale qualifica e dunque non fosse consapevole di stare concorrendo in peculato, non può per ciò solo rispondere di peculato in concorso, ma si dovrà accertare che effettivamente la qualifica fosse prevedibile dalle circostanze fattuali e sulla base dei parametri del modello di agente riferibile all'*homo eiusdem professionis et conditionis*, ossia non il generale buon padre di famiglia ma l'agente medio che si fosse trovato ad agire in quelle stesse condizioni.

Per tali motivi la Suprema Corte annulla la sentenza dei giudici della Corte d'appello di Genova e rinvia per un nuovo giudizio ad altra sezione del medesimo organo giurisdizionale.

---

<sup>6</sup> *Ex multis* sent. Cass. Sez. VI n. 50754/2014.



## **6. Riflessioni conclusive.**

Infine e per concludere, una interessante considerazione può farsi volgendo lo sguardo al previgente codice Zanardelli.

La responsabilità c.d. "mutante" era già contemplata nel codice del 1889 ed era prevista all'art. 66: *"le circostanze materiali che aggravano la pena, ancorché facciano mutare il titolo del reato, stanno a carico anche di coloro che le conoscevano nel momento in cui sono concorsi nel reato"*.

Si osserva dunque che nella disciplina previgente era richiesta a chiare lettere la conoscibilità delle circostanze che facessero mutare il titolo del reato.

Con la pronuncia in commento la Suprema Corte di Cassazione sembra volgere lo sguardo al passato assumendo una posizione che denota una sorta di ritorno alle origini.