UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA
"TULLIO ASCARELLI"
SEZIONE DI DIRITTO PENALE (XXII CICLO)

Tesi di dottorato

IL CONCORSO NEL REATO PROPRIO

Coordinatore e tutor
Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Dottoranda
Flavia Forgione

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

INDICE

pag.

PREMESSA ……..…… 1

CAPITOLO I

IL REATO PROPRIO: STRUTTURA E FONDAMENTO

1. I tradizionali tentativi definitori. Necessità di una preliminare indagine sulla struttura e sul fondamento del reato proprio nella fattispecie monosoggettiva ……... 5

2.1. Il fondamento del reato proprio. Il reato proprio come norma a destinatarietà limitata. …… 12

2.2. Il reato proprio come fattispecie speciale. …… 16

2.3. La teoria della legittimazione. …… 18

2.4. Reato proprio e violazione del dovere. ……. 21

2.5. Reato proprio e bene giuridico. …….. 26

3. La collocazione della qualifica soggettiva nella struttura del reato proprio. La qualifica come requisito del fatto. Conseguenze in tema di dolo e errore. …… 32

4. I cd. reati di mano propria. …… 41

5. Reato proprio e dinamiche di impresa: l'istituto della delega di funzioni (cenni). …….. 44

CAPITOLO II

IL CONCORSO NEL REATO PROPRIO

1. Il concorso dell'estraneo nel reato proprio. Ammissibilità. …….. 54

2.1 Le note di tipicità della fattispecie plurisoggettiva propria. …….. 58

2.2 Il ruolo dei concorrenti nel reato proprio. Necessità per l'intraneo di tenere personalmente la condotta esecutiva. Esclusione. …… 59

2.3 Necessità di una partecipazione dolosa dell'intraneo nel reato proprio. ……... 65

2.4 Reato proprio e incapacità dei concorrenti. Rapporti tra l'art. 48 e l'art. 110 c.p. ……. 71

CAPITOLO III

IL MUTAMENTO DEL TITOLO DI REATO

1. L' art. 110 come referente normativo delle fattispecie di reato proprio. …… 76

2. L'unità del titolo di reato. ……. 78

3.1 La natura giuridica dell'art. 117 c.p.: un'ipotesi di responsabilità oggettiva. ……. 83

3.2 (segue) L'esclusione delle qualifiche soggettive dall'oggetto del dolo e l'interpretazione dell'art. 117 c.p. come ipotesi di responsabilità dolosa. Critica. ....…….…… 89

3.3 (segue) La necessaria consapevolezza della qualifica dell'intraneo come condizione per la punibilità dell'estraneo a titolo di reato proprio. La posizione di Latagliata. Critica. …..…. 93

3.4 (segue) Le qualifiche soggettive come aggravanti del reato comune e la conseguente applicazione estensiva dell'art. 59 c.p.v. Critica. …….…….. 98

3.5 (segue) Il requisito implicito della conoscibilità della qualifica. ……... 101

3.6 (segue) L'art. 117 c.p. quale ipotesi di responsabilità anomala e l'art. 45 c.p. come parametro di riconduzione a costituzionalità di ogni caso di responsabilità oggettiva. ……. 105

4. L'art. 117 e la partecipazione dolosa dell'intraneo. ……... 109

5. Rapporti tra gli artt. 116 e 117 c.p. ……... 113

6. L'applicazione dell'attenuante facoltativa. …… 118

7. L'art. 117 c.p. e le prospettive di riforma. …….. 121

INDICE BIBLIOGRAFICO …… 128

PREMESSA

Un illustre studioso dava inizio alla propria indagine muovendo dall'assunto che in una legislazione liberale che livella tendenzialmente tutti i consociati anche sul terreno del diritto penale, i problemi del reato proprio non offrirebbero particolare interesse, al contrario di quanto accadrebbe nell'ambito delle legislazioni autoritarie ove viene accentuata la posizione che i soggetti ricoprono in seno alla società, dalla quale derivano diritti ma soprattutto doveri penalmente sanzionati. A onor del vero, la crescita e l'evoluzione dei sistemi giuridici ha in parte ridimensionato la portata dell'affermazione, ma quel che resta indubbio è lo scarso interesse manifestato in dottrina per l'analisi degli illeciti propri, probabilmente derivato anche all'assenza nel nostro ordinamento di un indice normativo a portata generale. Ad ogni modo, lo studio della cd. autoria riservata trova terreno particolarmente fertile nell'ambito dell'indagine sul concorso di persone e le soluzioni accolte risentono certamente, dal punto di vista dogmatico, dei risultati cui sono pervenuti i vari approcci scientifici in ambito concorsuale, ed in particolare gli approfondimenti teorici relativi al fondamento tecnico giuridico di condotte di partecipazione cosiddette atipiche. In tema di concorso nel reato proprio, gli interrogativi da risolvere riguardano in particolare due aspetti: deve essere giustificata, *in primis*, la compatibilità tra una fattispecie monosoggettiva, delimitata sul piano della tipicità dalle qualifiche del soggetto attivo, e la previsione di un concorso dell'*extraneus*; in secondo luogo, posta l'ammissibilità del concorso dell'estraneo, è necessario accertare con quali effetti la qualifica soggettiva sia in grado di riflettersi su chi non ne sia titolare. L'intento è, dunque, ricercare soluzioni

ermeneutiche che consentano un'adeguata ricostruzione della cd. fattispecie plurisoggettiva propria, sia in relazione alle note di tipicità oggettiva (con riguardo al difficile problema della distribuzione dei ruoli tra i concorrenti), che in tema di coefficiente psichico eventualmente necessario per l'integrazione della stessa e per la conseguente ascrizione di responsabilità del fatto ai compartecipi. Questione, quest'ultima, sulla quale il legislatore offre un criterio di ermeneusi, sia pur generico (e come tale suscettibile di distinte ed antitetiche interpretazioni) nell'art. 117 c.p., il cui limitato campo di incidenza ai soli casi di mutamento del titolo, tuttavia, non consente l'estensione delle soluzioni accolte al concorso di persone nel reato proprio in generale.

A quest'ultimo proposito, è indubbio infatti che la disposizione in parola non esaurisca la disciplina del concorso di persone nel reato proprio, ma si limiti a prendere in considerazione una particolare categoria di fattispecie nelle quali la qualifica soggettiva dell'autore opera come elemento differenziale rispetto a corrispondenti ipotesi di reato comune. L'art. 110 c.p., che resta norma cardine del sistema concorsuale, ha valenza generale anche in relazione agli illeciti propri e, se inquadrato nella sua funzione d'incriminazione, è applicabile ad ogni caso di realizzazione plurisoggettiva di un reato, a prescindere dalle modalità di descrizione del tipo; nel contempo, nell'espletamento della funzione di disciplina, sancisce il principio di parificazione della risposta sanzionatoria tra i concorrenti, facendo espressamente salve le norme successive che, con natura derogatoria, consentono di differenziare le diverse posizioni concorsuali sul piano della commisurazione della pena. Tra le su indicate disposizioni si annovera

certamente l'art. 117 c.p., norma che, se ha mero valore dichiarativo rispetto all'ammissione del concorso nel reato proprio, ha invece valenza precettiva in relazione allo speciale regime stabilito in caso di mutamento del titolo di reato connesso alla presenza di particolari condizioni, qualità personali del colpevole o rapporti tra questi e l'offeso.

L'ammissibilità del concorso dell'estraneo nel reato proprio impone la risoluzione di svariate questioni interpretative. Da un lato, l'individuazione del fondamento della punibilità dell'*estraneus* per un reato che presenta un elemento qualificante che egli non possiede; problema che, nella prospettiva accolta della fattispecie plurisoggettiva eventuale, si risolve agevolmente nell'ambito della nuova e più ampia fattispecie cui dà vita la combinazione tra la clausola generale sul concorso di persone e la singola disposizione incriminatrice di parte speciale: "per l'estraneo, con il contributo della qualifica personale dell'intraneo e con il contributo concausale di quest'ultimo, si ricostituisce la tipicità minima, necessaria per condizionare la sua pena mentre l'intraneo pone, pur se agisce senza dolo, una condizione formale della lesione provocata mediante la realizzazione della fattispecie plurisoggettiva"[1].

Dall'altro, la difficile valutazione della natura giuridica dell'art. 117 c.p. che, in nome del dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità concorsuale, prevede una estensione della incriminazione a titolo di reato proprio anche a soggetti che non potrebbero risponderne in base ai principi generali. Sul tema, la dottrina maggioritaria ha ravvisato nella disposizione in esame un difetto di congruenza tra il voluto e il realizzato che integra un'ipotesi di responsabilità anomala. L'"anomalia"

[1] Così DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, p. 134.

infatti sta proprio nella divergenza tra fatto imputato (reato proprio) e fatto voluto (reato comune) e pone, senza dubbio, problemi di compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale sancito all'art. 27 della Carta Costituzionale. Di qui la necessità, da più parti sentita, di ricercare interpretazioni correttive volte a ridurre la portata rigoristica dell'orientamento maggioritario ed a riportare la fattispecie prevista all'art. 117 c.p. nell'alveo del principio di personalità della responsabilità penale, ulteriormente ribadito dalla celeberrima pronuncia 364/88 della Corte Costituzionale.

Queste, in breve, le problematiche che la trattazione andrà ad affrontare, dando atto, con vaglio critico, delle ricostruzioni teoriche e degli approcci scientifici che, per diverse vie, hanno contribuito all'analisi e all'interpretazione delle fattispecie di reato proprio nella prospettiva concorsuale.

CAPITOLO I

IL REATO PROPRIO: STRUTTURA E FONDAMENTO

SOMMARIO: 1. I tradizionali tentativi definitori. Necessità di una preliminare indagine sulla struttura e sul fondamento del reato proprio nella fattispecie monosoggettiva. 2.1. Il fondamento del reato proprio. Il reato proprio come norma a destinatarietà limitata. 2.2. Il reato proprio come fattispecie speciale. 2.3. La teoria della legittimazione. 2.4. Reato proprio e violazione del dovere. 2.5. Reato proprio e bene giuridico. 3. La collocazione della qualifica soggettiva nella struttura del reato proprio. La qualifica come requisito del fatto. Conseguenze in tema di dolo e errore. 4. I cd. reati di mano propria. 5. Reato proprio e dinamiche di impresa: l'istituto della delega di funzioni (cenni).

1. I tradizionali tentativi definitori. Necessità di una preliminare indagine sulla struttura e sul fondamento del reato proprio nella fattispecie monosoggettiva.

Nel codice Rocco non vi è alcuna definizione di reato proprio. Nondimeno, al silenzio del legislatore ha fatto seguito un vivace dibattito nel panorama dottrinale italiano e d'oltralpe, ove si registrano molteplici e variegati orientamenti. Sussiste infatti un'ampia convergenza di vedute esclusivamente nella prospettazione di una nozione a carattere generale, ove il dato qualificante, sia pur con diversi accenti e specificazioni, risiede nella delimitazione dei possibili soggetti attivi del reato. Da un rapido *excursus* delle soluzioni dottrinali sul tema

si evince un approccio scientifico teso, almeno in prima battuta, esclusivamente a fotografare il fenomeno in termini di autoria riservata senza andar oltre la classica distinzione tra reato comune, che può essere commesso dal *quivis de populo*, e reato proprio, che può essere posto in essere esclusivamente da chi rivesta una particolare qualifica, fattuale o giuridica, ovvero ricopra una determinata posizione.[2]

Maggiori spunti di riflessione vengono offerti all'interprete da tentativi definitori che pongono l'accento su alcuni dati che necessariamente dovrebbero caratterizzare la qualifica dell'autore. Si fa riferimento alla necessaria preesistenza della qualità personale alla norma incriminatrice[3] (ad eccezione dei casi in cui l'illiceità penale derivi non già dal preventivo possesso della qualifica normativa, ma da una situazione fattuale

---

[2] Vd. a titolo esemplificativo FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale,Parte generale,* Bologna, 2006, p. 142: "la fattispecie incriminatrice richiede il possesso di particolari requisiti o qualità in capo al soggetto attivo"; MAIANI, *In tema di reato proprio,* Milano, 1966, p. 8: "fattispecie nelle quali il soggetto agente si trova in una particolare posizione"; MARINI, voce "*Reo*", in *Dig. Disc. Pen.*, XII, 1997, p. 57: "modelli di illecito che postulano nel proprio autore determinate qualità o la titolarità di determinate posizioni giuridiche"; MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale,* Milano, 2004, p. 278: il reato proprio "può essere commesso soltanto da chi possegga determinate qualità o si trovi in determinate relazioni con altre persone"; ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, p. 348 *(pre art. 39)*, che definisce i reati propri come quelle fattispecie criminose che possono essere commesse solo da chi "possiede una data qualifica o occupi una certa posizione"; PADOVANI, *Diritto penale,* Milano, 2002, p. 87: "la designazione normativa di un soggetto attivo non avviene sempre riferendosi ad un generico "chiunque" ma ad una persona qualificata in rapporto alla propria posizione"; VENAFRO, voce *Reato proprio*, in *Dig. Disc. Pen.*, XI, Torino, 1996, p. 337: può parlarsi di reato proprio "ogni qual volta la fattispecie incriminatrice postuli il possesso di determinati requisiti o qualità in capo al soggetto attivo".

[3] Sul punto MANTOVANI F., *Diritto penale,* Padova, 2001, p. 117, che fa leva sul requisito della preesistenza per individuare il reale discrimine tra reato comune e proprio, giungendo tra l'altro alla conclusione che non tutti i cd reati omissivi propri possano in realtà essere considerati tali, per difetto in alcuni casi dell'imprescindibile dato della preesistenza: così l'omissione di soccorso (593 c.p.), ove la qualifica di "ritrovatore di persona pericolante" non risulta antecedente alla norma, ma si acquisisce, al contrario, quale "mero e concomitante riflesso della verificazione dell'evento"; nello stesso senso PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* Milano, 2004, p. 142 ss., che, partendo dall'identico presupposto, perviene a conclusioni diverse in relazione invece ai cd. reati omissivi impropri, proprio alla luce della preesistenza della posizione del garante al fatto tipico; VENAFRO, voce *Reato proprio*, cit., p. 338 ss.

concomitante alla condotta)[4] ovvero alla natura della qualifica soggettiva, a volte naturalistico-fattuale (come ad esempio accade nel delitto di infanticidio, rispetto alla qualità di "madre") altre volte giuridica (e l'esempio tipico è costituito dalle qualifiche pubblicistiche nei delitti contro la pubblica amministrazione).

O ancora a tutti coloro che fanno leva sulla necessaria interdipendenza tra la scelta del legislatore di restringere il novero dei soggetti attivi e la limitata possibilità di aggressione all'interesse protetto.[5]In altre parole, secondo quest'ordine di idee, il dato qualificante il reato proprio sarebbe la peculiare posizione in cui taluno verrebbe a trovarsi rispetto ad un determinato bene giuridico, a tutela razionalmente limitata, stante la natura chiusa o riservata che lo connota.[6]

Ad ogni modo, si è di regola concordi nel ritenere che, riferendosi la tematica del reato proprio ai soli casi in cui la qualità personale assuma il ruolo di elemento costitutivo del fatto, quest'ultima rilevi esclusivamente nelle fattispecie a qualifica costitutiva, ove la condotta se posta in essere dal *quivis*

---

[4] Interessante a tal proposito la precisazione di PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione,* Milano, 2000, p. 23 ss., che individua l'ulteriore categoria dei cd. delitti funzionali, ossia reati propri caratterizzati dal difetto di preesistenza della qualifica, che sorge invece in ragione dell'attività che il soggetto compie al momento del fatto: in particolare, in relazione ai delitti contro la pubblica amministrazione scrive: "più precisamente, il *prius* logico è che il soggetto, nella situazione concreta, stia esercitando una funzione pubblica. Da questo dato di fatto (e non dalla qualifica di impiegato, di funzionario onorario ecc.) deriva la qualifica di funzionario pubblico, che è necessaria per il configurarsi dei reati".

[5] Tra gli altri MORO, *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi ai reati propri,* in *Giur. It.,* 1948, p. 25 ss. Nello stesso senso BETTIOL, *Sul reato proprio,* Milano, 1939, che connota il reato proprio come quello che "postula un autore in una posizione determinata con il soggetto passivo o con il bene leso"; DE VERO, *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale,* in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto,* Padova, 1995, p. 199, che considera proprio il reato in cui la posizione del soggetto attivo esprima "una specifica relazione dell'agente con il bene tutelato".

[6] Sul punto vd. infra, 2.5.

de populo risulterebbe lecita o comunque irrilevante, ed in quelle cd. a qualifica differenziale, ove il difetto della posizione implicherebbe la configurabilità di un diverso titolo di reato[7]. Non manca comunque chi, facendo leva sul dato offerto dall'art. 117 c.p., circoscrive la portata della categoria e limita i reati propri in senso normativo alle sole ipotesi in cui la posizione operi con efficacia differenziale, innestandosi quale elemento specializzante su una fattispecie base comune; in quest'ottica le fattispecie a qualifica costitutiva dovrebbero essere ricomprese invece tra i cd. reati a soggettività ristretta o di mano propria.[8] Una particolare tripartizione ci viene poi suggerita da una parte della dottrina[9] che, valorizzando la funzione della qualifica nell'economia della fattispecie, procede alla distinzione tra reati propri non esclusivi, rappresentati da fatti che, senza la qualifica soggettiva, pur sempre costituirebbero un illecito extrapenale o resterebbero, comunque, offensivi di altrui interessi[10]; reati

---

[7] Taluni autori parlano a questo proposito di efficacia "differenziatrice", come nel caso del peculato; v. tra i tanti BETTIOL, *Sul reato proprio*, cit., p. 415; MAIANI, *In tema di reato proprio,* cit., p. 13. VENAFRO, voce *Reato proprio* cit., p. 337, precisa come non si possa parlare di reato proprio quando la posizione, avulsa dal fatto di reato, operi esclusivamente con efficacia impeditiva, nel senso di escludere la punibilità dell'agente, ovvero produca effetti meramente modificativi, nel senso di aggravare o attenuare il reato stesso.

[8] Così MARINI, *Lineamenti del sistema penale,* Torino, 1993, p. 776 ss. Più precisamente l'A. ritiene che, in presenza di un unico dato normativo rappresentato dall'art. 117 c.p., si deve distinguere tra i reati propri in senso normativo (che sarebbero quelli affiancati da una parallela fattispecie realizzabile da chiunque; così come accade, ad es. nell'ipotesi di peculato, dove si presuppone l'esistenza del reato comune di appropriazione indebita) e reati a soggettività ristretta o di mano propria (che, pur non presentando una ipotesi base comune, si caratterizzano per specifici, ulteriori requisiti di legittimazione). Per alcuni rilievi critici vd. VENAFRO, voce *Reato proprio*, cit., p. 339, secondo cui questa prospettazione ermeneutica finirebbe con il rinunciare ad individuare la ragione del riferimento ad un soggetto qualificato come autore del reato proprio; individuazione che sarebbe viceversa essenziale, in quanto la distinzione tra reati propri e reati comuni assume comunque rilevanza sia ai fini della definizione dell'oggetto del dolo sia in materia di concorso di persone.

[9] Vd. MANTOVANI F., *Diritto penale* cit. p. 116 ss.

[10] Ciò in quanto la qualifica non determinerebbe l'offensività del fatto, ma si limiterebbe a circoscrivere la punibilità soltanto a determinati soggetti; perciò essa non sarebbe elemento costitutivo del "fatto oggettivo tipico" (ad es. i fatti pregiudizievoli ai creditori, che diventano reato di bancarotta se posti in essere dall'imprenditore). E ciò perché trattasi di

propri semiesclusivi, costituiti da fatti che, in difetto di qualifica, integrerebbero un diverso reato, più o meno grave[11]; e da ultimo reati propri esclusivi, ovvero fatti che, mancando la richiesta qualità personale, sarebbero inoffensivi di qualsiasi interesse e, perciò, giuridicamente leciti[12].

In ogni caso, un dato appare evidente. Le ricostruzioni teoriche che si limitano, in negativo ed in via generale, semplicemente a stabilire cosa non possa essere considerato reato proprio, facendo leva sul mero dato formale della qualifica menzionata dalla norma incriminatrice, nulla dicono

---

interessi "aperti" o "non riservati" (ad es. dei creditori), che non possono essere offesi anche da soggetti non aventi la particolare qualifica (ad es. dei debitori non imprenditori).

[11] Ciò in quanto tale qualifica, pur non determinando l'offensività e l'illiceità generica del fatto, ne determinerebbe l'offensività e illiceità specifica. Perciò essa sarebbe elemento costitutivo del "fatto obbiettivo tipico". E ciò perché trattasi di interessi (ad es. il buon andamento della pubblica amministrazione) che possono essere offesi anche da estranei (ad es. dal possessore del bene della medesima, ma non pubblico ufficiale né incaricato di pubblico servizio), configurandosi, però, in tal caso un diverso reato.

[12] Ciò in quanto la qualifica determinerebbe l'offensività e l'illiceità del fatto ed eleverebbe a reato un fatto altrimenti inoffensivo e lecito (ad es. l'incesto, l'evasione, la bigamia). Perciò sarebbe elemento costitutivo del "fatto oggettivo tipico". E ciò perché trattasi di beni giuridici "chiusi" o "riservati", esposti cioè agli attacchi soltanto di certe categorie (ad es. l'ordine monogamico della famiglia, che può essere offeso solo dai coniugi).

Dalla proposta classificazione MANTOVANI F., *Diritto penale,* cit., p. 116 ss., deduce che, a seconda della collocazione della qualifica tra gli elementi costitutivi del fatto e della più o meno stretta relazione di contiguità con gli interessi giuridicamente protetti, diverse o addirittura opposte saranno le conclusioni cui si addiviene tanto sul piano dell'integrazione della fattispecie oggettiva di reato, quanto sotto il profilo dell'imputazione soggettiva. Con riferimento ai reati propri non esclusivi si deduce: che possono essere commessi anche *per mano altrui*, cioè eseguiti materialmente dall'*extraneus*; che *l'ignoranza della propria qualifica* soggettiva dà luogo ad errore sul precetto; che il concorrente *extraneus*, che ignora la qualifica dell'*intraneus*, dovrebbe rispondere di concorso (contrariamente a quanto sancisce l'art. 117 c.p.). Per quanto concerne i reati propri semiesclusivi si ritiene: che possono, anch'essi, essere commessi *per mano altrui* (così nel caso del pubblico ufficiale che, sdegnosamente, lascia all'inserviente l'appropriazione materiale della cosa della p.a); che *l'ignoranza della propria qualifica* dà luogo ad errore sul fatto, rispetto al reato speciale; che il concorrente *extraneus*, che ignora la qualifica dell'*intraneus*, non dovrebbe rispondere di concorso (se non esistesse l'art. 117 c.p.). Per la terza categoria di reati propri, infine, da questa impostazione si ottiene il triplice corollario: che sono di *mano propria* o ad attuazione personale, poiché per la loro stessa natura non possono essere commessi per interposta persona (ad es. il falso giuramento, l'incesto); che *l'ignoranza della qualifica soggettiva* dà luogo ad errore sul fatto; che il concorrente *extraneus*, che ignora la qualifica dell'*intraneus*, non risponde di concorso (anche ex art. 117 c.p.).

Per ulteriori approfondimenti sulla disciplina del concorso nel reato proprio v. infra, Cap. II.

all'interprete in ordine alla natura, alla sostanza e, di riflesso, alla disciplina delle ipotesi di autoria riservata.

Ciò anche in ragione della presenza nel nostro ordinamento di figure criminose ove, pur non essendo il soggetto qualificato identificato in maniera esplicita dalla disposizione di parte speciale, tuttavia il reato ad un'attenta analisi strutturale del complesso degli elementi del fatto risulta proprio, e quindi realizzabile soltanto da una ristretta cerchia di soggetti attivi.[13] Un illustre autore a questo proposito, facendo ricorso al concetto di capacità penale, opera poi un ulteriore distinguo tra qualifiche ricavabili dalla stessa struttura della fattispecie criminosa e qualità che, senza rifluire su di essa, delimitano la portata della norma incriminatrice per ragioni di politica legislativa ritenendo, in conclusione, che di capacità speciale possa parlarsi esclusivamente per i casi in cui la menzione della qualifica sia necessaria per la rilevanza di ciò che naturalisticamente potrebbe invece essere realizzato anche dal *quivis de populo*.[14] Ancora, autorevole dottrina ripartisce i reati

---

[13] I rilievi sono unanimemente accolti. Interessante la valutazione di BETTIOL, *Sul reato proprio,*cit., p. 18 ss., il quale precisa come un reato proprio possa essere ben identificato esclusivamente dopo un'attenta analisi della fattispecie delittuosa.

[14] In questo senso GALLO M., *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale,* Torino, 1999, p. 202. L'A. distingue così i reati propri in senso stretto da quelli cd. pseudo propri, ove la qualifica è ricavabile dalla stessa struttura del fatto di reato (es. 314 c.p. ove già dalla struttura della fattispecie è evidente la limitata destinatarietà della norma posto che, come è logico, esclusivamente il pubblico ufficiale può avere il possesso o la disponibilità di denaro per "ragione del suo ufficio o servizio"). Analogamente MARINI, op. cit., p. 775. Per un maggiore approfondimento sul concetto di capacità penale vd. GALLO M., voce *Capacità penale,* in *Noviss. Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 883. Per rilievi critici sull'impostazione cfr. VENAFRO, voce *Reato proprio,* cit., p. 338, che considera invece la capacità come uno status soggettivo riferito al pari dell'imputabilità all'autore e completamente indipendente dalla struttura del fatto di reato. Sulla distinzione tra legittimazione e capacità vd. invece CARNELUTTI, *Teoria generale del reato,* Padova, 1933, p. 153, che ritiene la capacità come un modo d'essere della persona in sé, mentre la posizione del soggetto attivo in un reato proprio come un modo di essere dell'autore rispetto al bene giuridico tutelato: in quest'ultimo caso la posizione soggettiva fonderebbe la "legittimazione" al reato, nel senso che solo quei determinati soggetti sono "legittimati" al compimento di quel fatto illecito. Per maggiori approfondimenti sulla teoria della legittimazione v. infra par. 2.3.

propri a seconda che la delimitazione personale sia relazionata alla qualifica posseduta dall'autore (reati a struttura propria diretta) ovvero ad una situazione fattuale dalla quale derivi un obbligo particolare a carico dei soli soggetti che in essa versino (reati propri a struttura inversa).[15]

Da ultimo, interessante è l'impostazione di chi, ritenendo che le differenze strutturali delle fattispecie ricomprese sotto la nozione generale del reato proprio siano tali da non consentire un'unitaria trattazione delle medesime, provvede ad una scomposizione funzionale della categoria e differenzia i vari illeciti a seconda della rilevanza che in essi finisce per assumere la qualifica subiettiva. In particolare distingue tre gruppi di reati propri: quelli ove la qualifica esaurisce il suo ruolo nella definizione del disvalore materiale della fattispecie (cd qualifiche fattuali); i reati cd. d'obbligo, ossia illeciti espressivi di un disvalore personale dell'azione, e che si fondano su una particolare posizione di dovere che spetta al titolare delle stesse; ed infine reati a qualifica neutrale, ove la qualità personale non inciderebbe sulla dimensione lesiva del fatto.[16]

In conclusione, da questa breve panoramica emerge con chiarezza la necessità di una preliminare indagine sulla struttura e sul fondamento del reato proprio, propedeutica ed imprescindibile per ben comprendere l'essenza del fenomeno e tentare consapevoli approcci definitori. E' chiaro infatti che una definizione può avere una portata rilevante esclusivamente quando, anziché limitarsi ad una descrizione fotografica e statica

---

[15] Così PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale,* Milano, 2003, p. 165.

[16] In questo senso PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 186 ss. Per quanto riguarda i cd. reati propri a qualifica neutrale, si dubita della loro presenza nel nostro ordinamento in ragione della estraneità della qualità personale alla sfera del divieto.

di una situazione fenomenica, finisca per sintetizzare invece un vero e proprio tipo di disciplina.

2.1. Il fondamento del reato proprio. Il reato proprio come norma a destinatarietà limitata.

La speculazione scientifica in tema di reato proprio prende le mosse dall'indirizzo, autorevolmente sostenuto dalla dottrina, che riconduce la restrizione dei soggetti attivi della fattispecie alla limitata destinatarietà della norma penale. In altre parole, secondo questo orientamento, risalente ma piuttosto radicato nel pensiero dottrinale italiano e straniero, esisterebbero nell'ordinamento proposizioni giuridiche i cui imperativi si indirizzerebbero non all'insieme dei consociati, bensì ad una cerchia limitata di persone in vista della protezione di specifici interessi, ovvero per mere regioni di politica criminale. [17]

La teoria della norma propria affonda le sue radici negli studi elaborati in Germania, ove si è tentato tra l'altro di conciliare, attraverso il ricorso alla cd. doppia destinatarietà del precetto, la restrizione del novero dei soggetti cui i comandi si riferiscono con la ammissibilità della partecipazione dell'estraneo nel reato proprio. Si è detto a questo proposito che accanto ad una serie di obbligati cd. primari, vi sarebbero obbligati cd. secondari, su cui l'imperativo positivizzato dalla norma finirebbe comunque per riflettersi, con ciò superandosi gli ostacoli determinati dalla chiara incompatibilità tra l'idea di una riduzione dei possibili

[17] Vd. BATTAGLINI, *Diritto penale, parte generale,* Padova 1949, p. 131; BETTIOL, *Sul reato proprio,* cit. p. 11 ss. Per puntuali indicazioni bibliografiche sulla dottrina tedesca vd. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,*cit., p. 145 ss.

destinatari del comando e la punibilità dell'*extraneus* nelle ipotesi di realizzazione plurisoggettiva del fatto di reato.[18]

L'indirizzo ha trovato sostenitori autorevoli nella dottrina italiana che hanno enfatizzato, tra l'altro come la giustificazione di una siffatta riduzione della cerchia dei destinatari risieda nella diversa conformazione professionale corporativa che la società ha assunto negli anni e che ha inevitabilmente indotto il legislatore a differenziare la vincolatività dei precetti penali in relazione alla posizione occupata dai consociati all'interno dell'aggregato sociale.[19]

---

[18] Così NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme,* Leipzig, 1903, come citato da GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa,* Milano, 2005, p. 22. L' A. sul punto specifica che le norme a destinatarietà limitata devono essere individuate secondo i canoni di tassatività e determinatezza: "un ordine speciale può sussistere solo qualora risulti con sufficiente determinatezza la sua delimitazione agli appartenenti a speciali sfere di vita". Un'eco dell'impostazione è riscontrabile in BETTIOL, *Sul reato proprio,* cit. p. 20: "non abbiamo escluso che nei confronti di soggetti estranei al rapporto di fatto qualificato dalla legge, quest'obbligo non possa avere efficacia secondaria".

[19] In questo senso BETTIOL, *Sul reato proprio,* cit. p. 18 ss. che scrive: "Da una legislazione penale liberale tendenzialmente livellatrice di tutti i soggetti si passa a un diritto penale nel quale si accentua la posizione sociale dell'individuo con la creazione relativa di obblighi e di sanzioni particolari", o ancora "la legge che ipotizza un reato proprio è una legge generale con limitata sfera di applicazione perché si indirizza solo a coloro che fanno parte della cerchia delle persone individuate dalla posizione che occupano in seno alla società, posizione dalla quale derivano particolari diritti, ma anche particolari doveri penalmente sanzionati". L' A. pertanto arriva alla conclusione che la sfera dei destinatari della norma che prevede un reato proprio, sarebbe più ristretta rispetto a quella della norma che contempla un'ipotesi di reato comune. Per una critica all'impostazione vd. MAIANI, *In tema di reato proprio,* cit., p. 22, che, in relazione a quest'ultima asserzione osserva che non si può essere titolari di un dovere penalmente rilevante e dunque essere sanzionati per la relativa trasgressione se non si è preliminarmente destinatari della norma che lo impone. Al di là dei su indicati risvolti critici, in relazione al tema della limitata destinatarietà risulta interessante la distinzione operata dal BETTIOL, *Sul reato proprio,* cit., p. 21 ss. tra reati propri e reati a struttura complessa, ossia fattispecie nelle quali condotta e possibilità di verificazione dell'evento sono subordinati a specifiche circostanze di tempo e di luogo. Queste ipotesi si distinguono da quelle di autoria riservata perché l'impossibilità della commissione del fatto non deriva dalla mancanza di qualità in capo al soggetto attivo ma dalla presenza di un ostacolo concreto alla perpetrazione del reato: "quanto più una fattispecie delittuosa è complessa tanto minore è il numero delle persone che tale fattispecie possono in concreto realizzare, senza che tale minor numero di possibili autori faccia passare il reato dalla categoria dei reati comuni a quella dei reati propri".

La teoria in esame, anche in virtù dell'autorevolezza dei suoi sostenitori, ha rappresentato la base di partenza nell'indagine scientifica in materia di reato proprio e, pur costituendo nel panorama dottrinale un punto fermo con cui confrontarsi, ha prestato il fianco a svariate osservazioni critiche.

In primo luogo, si è detto, la tesi della limitata destinatarietà non terrebbe conto del meccanismo bifasico che governa il processo di subiettivizzazione della norma e rispetto al quale essa rappresenterebbe soltanto il momento cd. potenziale, involgendo esclusivamente la possibilità futura che l'autore del fatto previsto dalla norma incriminatrice rivesta la qualifica imprescindibilmente richiesta per la realizzazione della condotta criminosa. In altri termini, poiché potenzialmente chiunque potrebbe acquisire la qualità necessaria per la commissione di un reato proprio, l'impostazione in parola sarebbe priva di significato euristico in quanto a priori nessuno potrebbe essere astrattamente eliminato dal novero dei potenziali autori di un fatto penalmente rilevante: si arriverebbe così al paradosso di considerare comuni anche fattispecie che prevedono reati propri per antonomasia, come i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Il problema della generale destinatarietà del precetto persisterebbe poi anche per le qualità cd. naturalistiche, e quindi insuscettibili di successiva acquisizione, in virtù del vincolo comunque sussistente in capo ai soggetti privi di qualifica a non partecipare con l'intraneo alla trasgressione del comando.[20]

[20] Così MAIANI, *In tema di reato proprio,* cit., p. 23 ss. In termini analoghi PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale,* cit., p. 167, che precisa come la teoria della limitata destinatarietà della norma potrebbe mettere in dubbio il confine tra reato proprio e comune in tutti i casi di potenziale futura acquisizione della qualifica da parte di chiunque.

Al su esposto impianto critico è stato replicato che, a ben vedere, così ragionando si finisce per confondere la vigenza di proposizioni giuridiche a validità astratta e generale con il problema della destinatarietà del precetto, che acquista rilievo in relazione al processo di subiettivizzazione del comando, esclusivamente rispetto al titolare attuale della qualità tipizzata, ossia a colui che *hic et nunc* possiede la qualifica richiesta dal legislatore per la realizzazione della fattispecie.[21]

Altri autori hanno obiettato che la prospettazione ermeneutica in analisi finirebbe per confondere le "qualifiche richieste per la sussistenza del fatto" con quelle "richieste per l'imputazione dell'illecito",[22] o in ogni caso determinerebbe un'alterazione del piano di indagine: nelle ipotesi di reato proprio, infatti, non si dovrebbe disquisire di limitazione di destinatari del precetto, bensì dell'individuazione del soggetto, comunque indicato nella norma incriminatrice, nei cui confronti si concretizzerebbe l'astratto dovere dalla stessa imposto: in altri termini, non si dovrebbe discutere di "limitazione dei destinatari della norma,

---

[21] In questo senso PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 148 ss. L'A. ritiene che il vero punto debole della teoria sia invece da rinvenirsi nella giustificazione della punibilità dell'*extraneus* in caso di realizzazione concorsuale del fatto attraverso il richiamo alla doppia destinatarietà del precetto. L'adesione a quest'ultimo assunto presuppone infatti una nozione estensiva d'autore, in contrasto con il principio di legalità. Il rilievo è condivisibile: la punibilità della condotta atipica non risiede infatti in una pretesa capacità estensiva del precetto ma deriva dall'innesto della fattispecie di parte speciale con l'art. 110 c.p., con funzione incriminatrice *ex novo*. Sul punto vd. GALLO M., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato,* Milano, 1957. Analogamente DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale,* Milano, 1956.

[22] Cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale,* cit., p. 167, che in materia di reati propri ricorre al concetto di legittimazione (già elaborato da CARNELUTTI, *Teoria generale del reato,* cit.) intesa come "attitudine [del soggetto] a realizzare validamente un particolare tipo di atti" e ritiene che si tratti di dato afferente l'imputazione dell'illecito, suffragando la tesi sulla base della punibilità dell'*extraneus* in caso di realizzazione concorsuale della fattispecie.

ma di una più specifica determinazione di soggetti della norma".[23]

Non è mancato infine chi, avendo riguardo ad una valutazione sostanziale del fenomeno della delimitazione della sfera dei soggetti attivi, ha ritenuto di spostare l'angolo prospettico d'indagine sul piano degli interessi tutelati: ne deriva una critica alla teoria della limitata destinatarietà che punta l'accento sull'eccessivo formalismo che la connoterebbe e che farebbe di essa nulla più che un'esplicitazione in termini di quanto già era ricavabile da una generale definizione di reato proprio.[24]

2.2. Il reato proprio come fattispecie speciale.

Una soluzione, per la verità poco diffusa nella dottrina penalistica italiana, ricerca l'essenza del reato proprio non già sul piano dei destinatari della norma, bensì su quello della fattispecie. In quest'ordine di idee la cd. fattispecie propria si distinguerebbe da quella comune per la possibilità di realizzazione, limitata esclusivamente a soggetti titolari di determinate qualifiche, giuridiche o naturalistiche. Pertanto, secondo i fautori della teoria, non dovrebbe disquisirsi di

---

[23] L'obiezione è di KAUFMANN, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie,* Göttingen, 1954,133, come citato da PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 147.

[24] Per una chiara distinzione dei piani d'indagine, formale e sostanziale vd. MORO, *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi ai reati propri,* cit., c. 26, secondo cui il reato proprio avrebbe sull'antigiuridicità della fattispecie un riflesso soggettivo e uno oggettivo, il primo susseguente alla delimitazione dei destinatari del precetto, il secondo alla natura speciale del bene giuridico tutelato.
Si deve comunque precisare che la critica in esame non sembra cogliere nel segno. Infatti, spesso anche gli stessi sostenitori della teoria della norma propria, interrogandosi sulla valutazione sostanziale sottesa alla riduzione di destinatari del comando, l'hanno riscontrata in ragioni di politica criminale o afferenti la particolare rilevanza o natura dell'interesse protetto. Sul punto vd. MANTOVANI F., *Diritto penale* cit., p. 116. Per la dottrina tedesca NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme,* cit., come citato da GULLO, *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa,* cit. p. 23.

limitata destinatarietà del precetto, diretto invece a tutti i consociati, ne tanto meno di specialità del bene giuridico considerato, potendo anche l'*extraneus* aggredire l'oggettività giuridica tutelata. In altre parole, il comportamento del soggetto privo delle qualità personali richieste, ancorché contrario ad un comando lui indirizzato e comunque lesivo dell'interesse protetto dalla disposizione incriminatrice, non risulta punibile perché non conforme alla fattispecie descritta dalla norma, volutamente e consapevolmente tipizzata con riferimento ai soli autori muniti di qualifica.[25]

La tesi in esame, costituendo nulla più che una variante della teoria della limitata destinatarietà della norma penale, è andata incontro alle medesime obiezioni: in particolare, si è detto, anche questa prospettazione ermeneutica peccherebbe di eccessivo formalismo e, a differenza della teoria della norma propria, non riuscirebbe neppure a spiegare il difetto di antigiuridicità della condotta tenuta dall'*extraneus*, asseritamente lesiva dell'interesse protetto.[26] Inoltre, pur potendo rivelare un'utilità classificatoria, l'impostazione non sarebbe in grado di dare alcun apporto effettivo alla ricerca del fondamento del reato proprio, non solo per la subordinazione logica che la lega alla tesi della limitata destinatarietà, ma soprattutto per l'eccessiva discrezionalità che lascia all'interprete nella determinazione del contenuto del disvalore del reato proprio.[27]

---

[25] La tesi trova il suo principale sostenitore in ROEDER, *Exklusiver Taterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt,* in ZStW, 1957, come citato da PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 151: "il comportamento dell'estraneo concorrente in un reato proprio non è affatto giuridicamente indifferente. Anche costui dal canto suo offende il bene giuridico, per quanto gli giovi ampiamente anche la mancanza di una più elevata responsabilità connessa alla propria posizione di autore, l'assenza di una particolare violazione di un dovere".

[26] Cfr. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*,1998, p. 860.

[27] In questo senso GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 37.

2.3. La teoria della legittimazione

Un insigne giurista per spiegare il fenomeno del reato proprio è ricorso alla categoria della legittimazione, intesa quale "idoneità dell'agente a determinare col suo atto effetti giuridici dati in ragione della sua posizione rispetto al conflitto di interessi, a cui l'atto si riferisce"[28]: in altri termini, la posizione soggettiva dell'autore, in ragione della attitudine ad incidere sul conflitto di interessi che concreta il fatto criminoso, fonderebbe la cd. legittimazione al reato, ossia la conformità dello stesso ai requisiti posti dalla legge. Legittimazione che si distinguerebbe dalla capacità in quanto non consistente, al pari di quest'ultima, in un modo d'essere della persona in se, ma più specificatamente in una relazione tra agente e bene protetto.[29]Ad ogni modo, il concetto di legittimazione presuppone, nell'ottica dell'autore, la possibilità di isolare le condizioni personali dalla forma del reato, nel senso che la condotta contemplata dalla norma incriminatrice, pur potendo essere compiuta, dal punto di vista naturalistico, anche da chi non è titolare della richiesta qualifica soggettiva, diventa penalmente rilevante solo se a porla in essere

---

[28] Così CARNELUTTI, *Teoria generale,* cit., p. 116.

[29] IDEM, p. 174, che conferma come la "legittimazione sia meno subiettiva che la capacità, in quanto riguarda una posizione esteriore dell'agente". Ricorre invece al concetto di capacità GALLO M., *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale,* cit., p. 202, precisando però come di capacità speciale possa parlarsi "esclusivamente con riferimento a quei fatti giuridici rispetto ai quali una certa qualifica è necessaria per la rilevanza di ciò che naturalisticamente può essere realizzato anche da chi quella qualifica non possegga", con ciò riprendendo la distinzione tra reati propri (ove la qualifica inerisce il solo autore) e pseudo propri (ove la qualità si riverbera sul fatto di reato). Per una critica a quest'ultima distinzione vd. VENAFRO, voce *Reato proprio* cit., p. 338. L'A. fa notare come presupporre ipotesi in cui la qualità personale non si riverberi sul disvalore del fatto, significhi postulare, in contrasto con i principi del diritto penale del fatto, che il collegamento tra posizione e disvalore del reato dovrebbe essere rintracciato in un modo d'essere dell'autore. Sul punto cfr. anche infra, nt. 14. Sullo spinoso tema relativo al ruolo della qualifica rispetto al fatto di reato vd. Infra, 3.

è il soggetto qualificato.[30] Pertanto, in tutti i casi in cui la posizione non risulti scindibile dall'azione si sarebbe al di fuori dell'area della legittimazione. A questo proposito il giurista conia il concetto di pseudo-legittimazione, che ricorrerebbe al contrario in tutti quei casi in cui la qualità personale del soggetto attivo non risulta separabile dalla forma del reato costituendo un vero e proprio elemento formale della fattispecie.

La tesi, anche per l'autorevolezza del suo fautore, ha certamente influenzato il successivo dibattito scientifico in tema di reato proprio. In particolare, gran parte della dottrina riconosce all'impostazione l'indubbio merito di aver spostato l'angolo visuale da un piano puramente formale ad un approccio sostanzialistico, che fa leva sul rapporto tra soggetto agente e il fascio di interessi protetto dalla norma.

Ciò premesso, tuttavia, da più parti sono state mosse una serie di critiche, specie in relazione alla asserita distinzione tra le due diverse forme di legittimazione. Si obietta infatti l'inipotizzabilità di un conflitto di interessi avulso dalla qualifica soggettiva; se infatti, si dice, tale contrasto indica e costituisce lo specifico disvalore del fatto di cui l'ordinamento tiene conto, allora non si vede come sia possibile prescindere dalla condizione soggettiva per dar corpo a quel conflitto: in altre parole, in alcuni casi, è la stessa qualifica a fondare il disvalore del fatto, non potendo perciò scindersi in nessun caso dalla forma del reato.[31] Ne consegue che anche nelle ipotesi di

---

[30] La possibilità di isolare la qualifica dall'azione non implica comunque che la posizione non inerisca il fatto di reato. Infatti, secondo lo stesso Carnelutti le condizioni personali rientrano nell'oggetto del dolo.

[31] Cfr. BETTIOL, *Sul reato proprio,* cit., p. 423, che sottolinea come "la ragione più profonda, per cui non ci è possibile accettare la distinzione tra legittimazione e pseudo-legittimazione, riposa sulla constatazione che in nessun caso - sul terreno del nostro diritto positivo - la posizione nella quale l'agente si trova con il bene tutelato è inseparabile dalla forma del

pseudo-legittimazione la qualità del soggetto attivo è indispensabile per la tipizzazione della forma vietata, perché da essa dipende la violazione dell'interesse tutelato.

C'è poi chi, evidenziando l'eccessivo formalismo cui rimane ancorata l'impostazione in analisi, enfatizza come quest'ultima categoria a ben vedere presenti tutti i requisiti indicati invece come elementi della legittimazione, rimanendo ferma anche in caso di asserita pseudo-legittimazione una indispensabile compenetrazione tra qualifica ed azione;[32] ovvero come la distinzione finisca per essere inutile o fuorviante: infatti, il ricorso al concetto di legittimazione oltre a determinare una troppo rigida antitesi tra le figure che ricadono al suo interno e quelle integranti invece il distinto fenomeno della pseudo-legittimazione, sembrerebbe trascurare o comunque ridurre l'importanza della qualifica soggettiva nell'economia delle fattispecie proprie, "come se si trattasse di un elemento che intervenisse sempre su di un conflitto di interessi in sé già ben delineato".[33]

---

reato, vale a dire in ogni caso è elemento della fattispecie". Si vedano anche le considerazioni espresse da ALLEGRA, *Sulla rilevanza giuridica della posizione del soggetto attivo del reato* in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 522, il quale considera corretta la distinzione tra le due forme di legittimazione solo intendendo per forma del reato la modificazione naturalistica del mondo esterno e non, come invece ritiene Carnelutti, la forma vietata.

[32] Vd. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 153.

[33] Così GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 84 ss. Sull'inutilità della distinzione tra le due forme di legittimazione cfr. invece MAIANI, *In tema di reato proprio* cit., p. 34, secondo cui dire che taluno è legittimato alla commissione di un dato fatto criminoso, previsto all'interno di una fattispecie cd. propria, significa semplicemente dire che il dovere di astensione dalla condotta lesiva contemplata dalla relativa norma incriminatrice è subordinato al possesso in capo all'agente di specifici requisiti soggettivi.

2.4. Reato proprio e violazione del dovere.

L'indirizzo dottrinale che ricostruisce il fondamento del reato proprio in termini di violazione del dovere risale agli anni Trenta ed è particolarmente radicato nella dottrina tedesca.

In particolare, i fautori della scuola di Kiel, sia pur con diverse sfumature, finiscono per fare delle fattispecie di autoria riservata il terreno privilegiato per lo studio del tipo d'autore e della personalità del reo.[34] In questa ottica le qualifiche personali vengono valutate come elementi che consentono all'interprete di meglio inquadrare "la specificità della volontà e della condotta dell'agente"[35] per poter così determinare in concreto la sanzione da applicare. Alla pena spetta infatti una funzione di tutela dell'unità vitale tra i consociati e si rivolge agli autori di fatti criminosi, la cui antigiuridica condotta è sempre oggettivizzazione di un tradimento nei confronti della comunità. La relativa determinazione in concreto non è pertanto ancorata al fatto commesso ma al contrario alla tipologia e alle caratteristiche del suo autore, desumibili, oltre che dalle qualità personali e dalla posizione occupata nell'ambito della società, anche sulla base di una serie di ulteriori dati fattuali quali le modalità di realizzazione del reato e i relativi effetti, le circostanze sussistenti nel caso concreto e la psiche del reo.

Ovviamente in ogni reato si ravvisa la violazione di obblighi di fedeltà richiesti al singolo, quale membro appartenente ad un aggregato sociale, ma gli illeciti propri, meglio qualificati come "reati di posizione" costituiscono la più importante

---

[34] Per un approfondimento in ordine al pensiero della suola di kiel vd. GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato,* Torino, 1969; STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 5.

[35] Così DAHM, *Verbrechen und Tatbestand,* Berlin, 1935, p. 91, come citato da PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 155.

manifestazione di tradimento nei confronti della comunità sociale e dei principi su cui essa si fonda, in ragione della particolare posizione di dovere rivestita dal soggetto di cui la qualifica personale è evidente espressione. Pertanto, l'intero reato non è individuato sulla base delle strutture tipiche della fattispecie, ma in virtù di un processo intuitivo che mira ad evidenziare non tanto il contrasto della condotta tenuta con la norma, e dunque la lesione o messa in pericolo dell'interesse protetto, essendo anzi pretermessa ogni considerazione in tema di bene giuridico, ma la disobbedienza del singolo ai suoi doveri comunitari.[36]

La considerazione di ogni fatto criminoso come massima estrinsecazione della rottura del vincolo che lega i consociati ai doveri di fedeltà verso il corpo sociale di appartenenza, è stata parzialmente mitigata da altra dottrina che, pur sempre su questa linea ermeneutica, ancora tuttavia il disvalore del fatto criminoso al tradimento di un dovere di fedeltà esclusivamente in relazione a determinate tipologie di reati "in cui il fatto tipizzato investe e pone in questione la stessa appartenenza del

[36] La scuola di Kiel ha ritenuto di abbracciare una concezione di Stato etico. Gli autori ritengono infatti che considerare l'autorità statuale *sic et simpliciter* come garante della tutela di beni significa svilire il ruolo propulsivo che invece gli è proprio. Lo Stato infatti, in questa prospettiva, è produttore di moralità e il Capo della Stato interpreta il sano sentimento del popolo, vincolato quest'ultimo ad un dovere di fedeltà. Ne deriva un processo di eticizzazione dell'intero ordinamento che comporta, sul piano penalistico, il trasferimento nelle fattispecie dei valori della comunità sociale. Così l'essenza del reato si identifica nell'atteggiamento etico di contrasto con le valutazioni e le regole comunitarie. In senso critico vedi GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato,* cit.,: "quando gli studiosi più seri hanno voluto definire meglio l'obbligo di fedeltà allo Stato, sono pervenuti a precisarne il contenuto in rapporto ai singoli reati, considerando l'interesse alla cui tutela è preordinata la singola norma, per questa via essi sono tornati al punto di partenza oggetto di critica". Per una disamina delle tesi elaborate dalla dottrina tedesca, e delle ripercussioni in tema di concorso cfr. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato,* Palermo, 1952, p. 7 ss. che offre una panoramica dell'impostazione che vede nel reato non un'offesa al bene, ma "la manifestazione di un cedimento di coscienza personalissimo che la legge scorge nell'azione", e per i riferimenti bibliografici sul tema vd. in particolare p. 14 ss.

suo autore alla comunità nel suo nucleo più significativo"[37] e riconosce anche un ruolo, sia pur marginale, al concetto di bene giuridico nell'individuazione del fatto di reato. In particolare, l'essenza di ogni fattispecie incriminatrice viene ravvisata nella volontà di punire non un tradimento ai valori comunitari, ma più semplicemente la violazione di un dovere, e l'individuazione dell'interesse tutelato, pur considerato utile nel processo ermeneutico di analisi della fattispecie, si assume comunque insufficiente nella valutazione complessiva del fatto[38]: nello specifico, i reati propri costituirebbero un esempio rilevante di "combinazione di momenti attinenti alla violazione del dovere e all'offesa al bene giuridico".[39]

In tema di reati propri, la dottrina in esame sia pur con aperture più o meno rilevanti al concetto di bene giuridico, punta in definitiva l'attenzione sul disvalore etico sociale ancorato alla violazione del dovere connesso alla qualifica, intesa come elemento che connota in chiave personale la condotta dell'agente, come violazione di uno specifico dovere ad esso imposto: alla disobbedienza dell'autore qualificato si

---

[37] Vd. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeine Lehre vom Verbrechen,* Berlin, 1930, ristampa Aalen, 1973, p. 118, come citato da PELISSERO, *Il concorso nel reato* cit., p. 156.

[38] Sul punto cfr. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo,* cit., p. 5, che evidenzia come i fautori della scuola, pur pretermettendo in un primo tempo ogni considerazione in tema di interesse protetto, hanno finito "a poco a poco per riconoscere un certo spazio al concetto, in una prospettiva per molti aspetti non dissimile da quella della concezione metodologica". A proposito del rapporto tra dovere e interesse protetto vd. ROXIN, *Taterschaft und Tatherrschaft*, Berlino – New York, 1994, p. 371, come citato da GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 55 ss., secondo cui la violazione del dovere fornisce soltanto un criterio per identificare l'autore, mentre il fondamento della punibilità resta ancorato alla lesione di un bene giuridico. Per un'analisi critica della costruzione vd. VENAFRO, voce *Reato proprio* cit., p. 340. L'A. in particolare critica l'idea espressa da Roxin secondo cui nella categoria dei reati propri dovrebbero rientrare tutte le fattispecie che a fronte di una situazione di obbligo (quindi anche i reati omissivi e le fattispecie colpose) si dirigono ad un soggetto determinato, indipendentemente dal fatto che i destinatari del precetto siano definiti dalla norma in via astratta in base alle loro condizioni personali o ad una posizione prestabilita.

[39] Così SCHAFFSTEIN, *Die allgemeine Lehre vom Verbrechen,*cit.,p. 129, come citato da PELISSERO, *Il concorso nel reato* cit., p. 156.

accompagnerà inevitabilmente un forte giudizio di disapprovazione, estrinsecazione di una valutazione di rimprovero moralmente sentita e assolutamente personale, non estendibile ad eventuali compartecipi privi di qualifica; in altre parole, la particolare posizione ricoperta dall'autore del fatto, imprime ad esso una specifica fisionomia, ove il disvalore morale sanzionato deriva non dall'offesa ad interessi protetti, ma dalla violazione delle regole sociali e comunitarie di comportamento di cui la antigiuridica condotta tenuta è evidente espressione.[40]

Si è ritenuto opportuno, anzi doveroso dare atto di questa elaborazione dottrinale, abbracciata dai giuristi d'oltralpe, in ragione dell'influenza che la produzione penalistica tedesca ha avuto e ad oggi continua ad avere sulla esperienza scientifica italiana. Tuttavia, pur apprezzandone la portata, non ci sembra possa in alcun modo essere accolta in virtù dei dettami del codice Rocco, che, pur non disconoscendo un ruolo alla personalità dell'autore nell'individuazione della sanzione applicabile, resta in ogni caso ancorato al garantismo del fatto come base imprescindibile di ogni conseguenza penale, e al principio di necessaria offensività, che impone il rifiuto di ogni visione favorevole ad un diritto penale dell'atteggiamento interiore è considera necessaria per la rilevanza penale del fatto

[40] Sia pur con sfumature diverse quanto alla collocazione o meno della qualifica all'interno del fatto ed alla rilevanza del ruolo ricoperto dal concetto di bene giuridico, sul punto vd. GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutverletzung* in *Festschrift für Gleispach,* Leipzig, 1936, p. 50 ss., LANGE, *Die notwendige Teìlnahme,* Berln, 1940, p. 56, WELZEL *Studien zum System des Strafrechts,* in *ZStW,* 1939, p.491 ss., tutti come citati da PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 178 ss, cui si rinvia per un maggior approfondimento delle impostazioni in esame e per maggiori riferimenti bibliografici.

l'offesa al bene protetto, che è contenuto proprio del reato accanto agli altri elementi strutturali della fattispecie legale.[41]

Più in generale poi, ancorché il discorso non riguardi la materia dei reati propri, in quanto la teoria del tipo d'autore e della violazione del dovere non ha trovato larghi consensi in Italia, ci sembra in ogni caso necessaria un'ulteriore e più generale precisazione: significativamente, riteniamo sia opportuno prendere le distanze dal consueto ricorso ed a volte anche incondizionato accoglimento dei risultati raggiunti dai giuristi d'oltralpe nell'interpretazione degli istituti in materia penale. Nondimeno, pur riconoscendo la chiara influenza che la scienza filosofica e giuridico penale tedesca ha esercitato sul nostro pensiero giuridico, nonché la ricchezza e l'alto livello dei risultati raggiunti, riteniamo sia scorretto dal punto di vista ermeneutico, o quanto meno indice di superficialità interpretativa, accoglierne acriticamente le conclusioni, stante il diverso *background* culturale, sociale ed economico di Italia e Germania, che inevitabilmente finisce per riflettersi sulla produzione legislativa e sugli studi dottrinali che ad essa fanno riferimento. In altre parole, non è infrequente che le soluzioni raggiunte dalla dottrina tedesca mal si adattino ai principi propri dell'ordinamento giuridico italiano. È quindi necessario che l'attenzione del giurista sia rivolta alla lettera della legge (la cui esegesi, in virtù della precisione terminologica e scientifica che connota il codice Rocco, è spesso da sola sufficiente alla comprensione del significato euristico e quindi della disciplina

---

[41] Sulla rilevanza del principio di necessaria offensività vd. tra gli altri FIORE, *Il reato impossibile,* Napoli, 1959; GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.),* in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 781; L'INNOCENTE, *Considerazioni in tema di reato impossibile,* in *Riv. it.,* 1961, p. 1086; NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile,* in *Noviss. Dig. It.,* XIV, 1967, p. 974; IDEM, *Il reato impossibile,* Milano, 1965; VANNINI, *Il reato impossibile,* in *Arch. Pen.*, I, 1949, p. 363.

applicabile ai vari istituti), interpretata sistematicamente in ragione dei principi e dei dettami che governano la produzione normativa italiana, non sempre e non necessariamente coincidenti con quelli propri del sistema tedesco.

2.5. Reato proprio e bene giuridico.

La dottrina dominante discostandosi da approcci puramente formali ha ricercato il criterio discretivo tra reati comuni e propri sul piano sostanziale, facendo leva sulla limitata offendibilità del bene giuridico che caratterizzerebbe quest'ultima tipologia di illeciti. In questa prospettiva, sarebbe la natura chiusa o riservata degli interessi protetti a determinare, quale riflesso soggettivo, la discriminazione dei destinatari dell'imperativo penale, che si rivolgerebbe esclusivamente alla cerchia di consociati in grado, per la posizione occupata, di divenire *socialmente capace* all'aggressione di un bene speciale ad offendibilità ristretta.[42]

L'assunto secondo cui vi sarebbero interessi a ridotta accessibilità è stato criticato da un indirizzo che, sulla base di

[42] In questo senso vd. in particolare MORO, *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi ai reati propri,* cit., p. 26 ss. L'A. ritiene che la realizzazione di un reato proprio presupponga un autore non solo giuridicamente capace ad autodeterminarsi ad una condotta libera e responsabile, ma anche la cd. capacità sociale: la ragione della tutela razionalmente limitata del bene deriva infatti dall'impossibilità di aggressione del medesimo da parte di chi non si trovi in una particolare situazione giuridica o di fatto, o meglio in una sfera sociale particolarmente interessata all'offesa e, come tale, pericolosa per l'interesse protetto: "il fatto che di regola i beni siano offerti all'attacco di tutti i consociati indistintamente, che questa capacità *sociale*, come potremmo chiamarla in contrapposto alla capacità *etico-giuridica*, non comporti normalmente discriminazioni e si identifichi senz'altro con l'umanità e con l'appartenenza a questo titolo ad un ordinamento giuridico, se può sminuire l'importanza pratica del fenomeno, nulla toglie alla suggestione dogmatica di questi rilievi. Il quale fenomeno poi diventa tanto più importante, quando si consideri (ed è il caso dei reati propri) che vi sono beni giuridici offerti all'attacco di alcuni consociati soltanto, beni giuridici, possiamo dire, chiusi o riservati".

una concezione strettamente realistica e sostanziale del bene giuridico, considera ogni consociato astrattamente in condizione di arrecarvi lesione. Il bene infatti non può essere interpretato in senso puramente metodologico e, per questa via, identificato con lo scopo della norma, ma, al contrario, deve intendersi come situazione oggetto di concreta e reale valutazione giuridica. In questa ottica, la qualifica soggettiva non potrebbe operare come parametro identificativo dell'interesse protetto, tanto più che la capacità di offesa in concreto è condizione necessaria e presupposto implicito di ciascuna ipotesi delittuosa. In altre parole, il *discrimen* tra reati propri e comuni non potrebbe basarsi sul diverso bene giuridico oggetto di tutela penale, perché, dal punto di vista sostanziale, l'interesse protetto rimarrebbe il medesimo.[43]

A volte poi si ritiene di ricavare una conferma della esistenza di beni giuridici con limitazioni personali in ordine alla loro offendibilità, avendo riguardo alla categoria dei cd. reati di

---

[43] Il rilievo è di FIORELLA, *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali,* in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale,* a cura di Stile, Napoli, 1985, p. 196 ss. A questo proposito l'A. pone l'esempio dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Qui, la scorretta individuazione dell'interesse tutelato, ravvisato nella fedeltà, cui è tenuto il solo pubblico ufficiale potrebbe far ritenere che il bene in questione presenti caratteri di limitata offendibilità. Tuttavia, in senso strettamente metodologico, i doveri di fedeltà operano esclusivamente come *ratio* della norma. Il bene tutelato in senso sostanziale è infatti la funzionalità della pubblica amministrazione, che, come tale, può essere parimenti aggredito dal soggetto munito di qualifica, e dall'*extraneus.* Il tratto distintivo dei reati propri non risiede dunque nella natura chiusa dell'interesse protetto, che può essere offeso in astratto da chiunque: quel che conta, in tema di bene giuridico, è la sua offendibilità in concreto. Si precisa che "anche l'omicida, il ladro, il truffatore e così via tutti i soggetti dei reati comuni, per potersi proporre come autori in concreto di un reato, debbono trovarsi nella condizione naturalistica di poter aggredire i beni della vita, del patrimonio e ogni altro bene che venga in questione". Sul punto PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 172, sottolinea come, pur essendo indubbio che il funzionamento degli apparati amministrativi possa essere alterato da condotte provenienti tanto dall'interno che dall'esterno del circuito amministrativo, al di là della concezione metodologica di bene giuridico, non deve essere comunque confuso l'oggetto generico da quello giuridico di categoria, essendo necessario aver riguardo al singolo specifico reato per la comprensione del relativo contenuto offensivo. Per una critica all'esposta impostazione vd. anche DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta,* cit., p. 873.

mano propria, fattispecie per l'integrazione delle quali è necessaria l'esecuzione della condotta tipica ad opera del soggetto munito di qualifica.[44] A questo proposito, ci sentiamo di condividere l'obiezione di chi rileva come a ben vedere la previsione di un reato di mano propria non implichi l'identificazione di un particolare oggetto di tutela, ma descriva le sole modalità di attuazione della relativa lesione. Tra l'altro, non si tratta nemmeno di ipotesi delittuose sempre subordinate alla presenza di un soggetto qualificato: a titolo esemplificativo, il reato di violenza sessuale esige la commissione personale del fatto da parte dell'agente, ma non richiede in capo al medesimo alcuna condizione personale, che, se sussistente, opererebbe al più come circostanza incidente sulla forbice edittale della pena da applicare.

Ad ogni modo, la costruzione teorica che postula la limitata tangibilità di alcuni beni giuridici, inevitabilmente si scontra con la riconosciuta ammissibilità del concorso dell'estraneo nel reato proprio. A questo proposito, per scongiurare il problema, alcuni autori, per lo più tedeschi, hanno prospettato l'esistenza di un *doppio bene giuridico*. Uno offendibile dal solo soggetto munito di qualifica, l'altro invece aggredibile dalla generalità dei consociati.[45] Ma al di là del fatto che la tesi inevitabilmente si lega alla premessa della ipotizzabilità di beni speciali, tutt'altro

---

[44] L'idea è in particolare avanzata dalla dottrina d'oltralpe. Per una bibliografia sul punto vd. VENAFRO, voce *Reato proprio,* cit., p. 341, nt. 26. Altra dottrina (vd. LANGER, *Das Sondervebrechen. Eine dogmatiche Untersuchung zum Allgemeine Teil des Strafrechts,* Berlin, 1971, come citato da PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 172) ritiene poi di distinguere i reati propri dai reati di mano propria proprio facendo leva sulla natura riservata del bene protetto. In altre parole, nei primi sussisterebbe un bene giuridico speciale, ad offendibilità limitata, mentre nei secondi la lesività del fatto dipenderebbe non dalla particolare natura dell'interesse protetto ma dalla descrizione della fattispecie legale. Per una critica all'impostazione cfr. PELISSERO, op. cit., p. 172 ss. Poi per una più approfondita analisi sui cd. reati di mano propria vd. infra, 4.

[45] Per una disamina della dottrina tedesca cfr. GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 31.

che pacifica, in un ordinamento come quello italiano, non occorre in ogni caso riconoscere la plurioffensività del reato proprio per individuare un fondamento teorico alla responsabilità dell'*extraneus*. Infatti, la presunta accessibilità limitata dell'interesse riguarderebbe la sola fattispecie monosoggettiva: nell'ambito di quella plurisoggettiva eventuale è chiaro invece che, divenendo i compartecipi privi di qualifica destinatari dell'imperativo penale in virtù del combinarsi dell'art. 110 c.p. con le singole norme di parte speciale, questi ultimi, sul piano sostanziale, necessariamente contribuirebbero insieme all'intraneo ad offendere il bene che, in caso di consumazione monosoggettiva, avrebbe invece carattere chiuso o riservato.

Un diverso filone interpretativo, abbandonando l'idea del cd. bene giuridico speciale, pone l'attenzione invece sulla particolare relazione di affidamento che intercorre tra soggetto qualificato ed interesse protetto a giustificazione della previsione di fattispecie a tutela particolare.[46] Pertanto, non sarebbe il bene ad essere ontologicamente ad accessibilità limitata, ma è il su indicato legame di fiducia a generare una forma di tutela riservata. In quest'ottica la norma penale, attraverso il riferimento in via astratta alla qualifica soggettiva, mirerebbe pertanto a sanzionare un specifica modalità di lesione, all'interno di un interscambio di fiducia che lega l'intraneo all'interesse ed ove la condizione personale si inserirebbe quale elemento differenziale rispetto a ogni eventuale ulteriore ipotesi di tutela del medesimo bene. In definitiva, il momento

[46] IDEM, p. 43 ss. In questo senso vd. anche MAIANI, *In tema di reato proprio,* cit., che si riferisce alla "connaturalità dell'interesse protetto alla situazione subiettiva" per indicare il particolare legame a volte intercorrente tra soggetto attivo e interesse; VENAFRO, voce *Reato proprio,* cit., p. 342.

propulsivo della tutela penale sarebbe sempre il risultato della peculiare relazione di contatto tra interesse protetto e soggetto attivo del reato, e la violazione del relativo dovere da parte di quest'ultimo inciderebbe determinando una particolare modalità di lesione, non avendo invece alcun rilievo nell'individuazione dell'interesse: ciò, secondo i fautori del descritto orientamento, è particolarmente evidente nei cd. reati propri semiesclusivi, ove la qualifica determina un mutamento del titolo di reato (a titolo esemplificativo, nel peculato e nell'appropriazione indebita il bene protetto è il medesimo e quello che varia è il particolare disvalore soggettivo di condotta - che si estrinseca nella violazione di un dovere – e che caratterizza la fattispecie propria), ma si riscontra anche nei reati propri esclusivi, ove l'offesa trae linfa esclusivamente dalla specifica qualifica rivestita dal soggetto agente che giustifica uno specifico presidio penalistico a tutela dell'interesse leso.[47]L'orientamento troverebbe tra l'altro conferma, si dice, nella previsione codicistica di delitti dei privati contro la Pubblica Amministrazione che consentirebbe all'interprete di verificare come nell'intenzione del legislatore ed in virtù di un'interpretazione sistematica il reato proprio non presupponga affatto l'esclusività e la riservatezza di determinati beni giuridici, naturalisticamente offendibili da chiunque, ma solo un particolare modo di atteggiarsi del soggetto attivo rispetto ad essi, chiaramente incidente sul grado di significatività della relativa lesione.[48]Così ragionando, si individuerebbe inoltre la

[47] Così VENAFRO, cit., p. 342. Sul punto GULLO, *Il reato proprio,* cit., p 50, evidenzia a suffragio dell'impostazione come lo stesso legislatore all'art. 117 c.p. abbia fatto riferimento alle "condizioni e qualità personali del colpevole" proprio a dimostrazione che l'attenzione debba essere posta non sul bene in se considerato, ma invece sulla posizione del soggetto agente rispetto ad esso.
[48] Sul punto vd. le osservazioni di GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 46 ss.

linea di confine tra i reati propri (a qualifica differenziale) e quelli cd. a soggettività ristretta (in particolare i reati omissivi impropri). In entrambi i casi vi sarebbe il riferimento ad un soggetto determinato ma il diverso ruolo svolto dalla violazione del dovere finirebbe per differenziare profondamente le due ipotesi di illecito. Nei reati propri le condizioni personali del colpevole starebbero ad indicare la preesistenza di una relazione di affidamento, la cui violazione implica un disvalore di condotta, mentre nei reati omissivi impropri invece l'indicazione di un soggetto specifico conseguirebbe all'individuazione dell'obbligo giuridico posto direttamente a tutela dell'interesse e teso ad identificare la condotta da tenere per scongiurarne l'eventuale lesione o messa in pericolo.[49]

In conclusione, affidamento o limitata offendibilità del bene costituiscono, sia pur con diverse sfumature, il fulcro dell'impianto teorico che ricerca sul piano sostanziale il fondamento del reato proprio. Al di là delle riserve e delle precisazioni che ci sentiamo di prospettare in tema di bene giuridico (a nostro parere un bene può essere qualificato come "giuridico" solo nei limiti in cui l'ordinamento ne appronta la "tutela", essendoci prima solo ed eventualmente un *quid*, socialmente sentito, qualificabile come "bene" e suscettibile di utilizzazione e valutazione[50]) e che non possiamo analiticamente approfondire in questa sede, la costruzione interpretativa ha avuto il merito indubbio di ricercare in chiave sostanzialistica la

[49] In argomento VENAFRO, cit., p. 342.

[50] A questo proposito ed in estrema sintesi, preferiamo sostituire alla dizione "bene giuridico" quella di "interesse protetto". Infatti a meno che con il termine non si faccia riferimento al cd. bene giuridico di categoria, non ha senso parlare di bene "giuridico" prima che la norma penale indichi, attraverso la sanzione, la misura della tutela giuridico-penale di quel bene, inteso in senso naturalistico-economico e come tale preesistente alla norma penale.

ratio delle previsioni penali di autoria riservata e di porre in rilievo il legame inevitabilmente sussistente tra interesse protetto e condizioni personali richieste per la rilevanza penale del fatto. Ad ogni modo, uguale considerazione e merito deve essere attribuito alle indagini formalistiche fin qui analizzate, che avendo riguardo ai profili squisitamente strutturali della norma giuridica hanno comunque largamente contribuito, in una diversa prospettiva di indagine, non necessariamente incompatibile, anzi a nostro parere complementare, a definire l'essenza del reato proprio e a comprendere la fisionomia delle relative fattispecie.

3. La collocazione della qualifica soggettiva nella struttura del reato proprio. La qualifica come requisito del fatto: conseguenze in tema di dolo e errore.

A questo punto dell'indagine si impone un'analisi delle soluzioni offerte dalla dottrina in relazione all'individuazione del ruolo della qualifica soggettiva nell'economia strutturale del reato proprio. A tal proposito il panorama dottrinale italiano appare assai ampio e variegato, pur potendosi individuare, quale *discrimen* tra i vari orientamenti sul tema, l'inserimento o meno della qualità personale del soggetto attivo tra gli elementi del fatto di reato.

Tralasciando, per motivi di economia espositiva, l'esame di prospettazioni ermeneutiche con scarso seguito, come quelle che avvicinano le qualifiche alle condizioni obbiettive di punibilità[51]

[51] La tesi è stata a ragione criticata dalla dottrina. Le qualifiche infatti preesistono al fatto concreto, mentre le condizioni sono successive o al più concomitanti al fatto stesso. In questo

ovvero le annoverano tra i requisiti di antigiuridicità speciale,[52] una delle impostazioni che esclude dal fatto la qualifica è quella che colloca la stessa tra i presupposti del reato, ovvero tra i cd. presupposti del fatto.[53] I primi costituiscono "gli antecedenti logico - giuridici richiesti perché il fatto sia imputabile per il titolo delittuoso che si considera", ed incidono pertanto sulla qualificazione giuridica del fatto criminoso, relativamente ai cd. reati propri a qualifica differenziale; i secondi invece consistono in "elementi giuridici o materiali anteriori all'esecuzione del fatto, la cui sussistenza è richiesta perché il fatto preveduto dalla norma costituisca reato" ed afferiscono, come è evidente, ai cd. reati propri a qualifica fondante. Essi presentano comunque entrambi il carattere di "antecedenti", sia quando operano con efficacia costitutiva dell'illiceità penale, sia soprattutto quando incidono esclusivamente sul titolo di reato, determinandone *sic et simpliciter* il relativo mutamento. Analogamente, estromette la qualità personale dalla dottrina del fatto un autorevole studioso

---

senso cfr. tra gli altri ALLEGRA, *Sulla rilevanza giuridica della posizione del soggetto attivo del reato,* cit., p. 21 ss.; FIORELLA, voce *Reo,* in *Enc. Giur* ,XXXIX, 1991, p. 7. In tema di condizioni obbiettive di punibilità vd. anche GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza,* Torino, 1951, p. 24. Posizione particolare è assunta da PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 166. L'A. distingue tra qualifiche che fondano la meritevolezza di pena, e che come tali rientrerebbero nell'oggetto del dolo, e qualità personali che si limitano a giustificare solo il cd. bisogno di pena in relazione ad un fatto già offensivo dell'interesse protetto (es. la qualifica di fallito in relazione al delitto di bancarotta), e che ne restano escluse. Quest'ultima soluzione è criticata da PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 364, che paventa l'introduzione di un'ingiustificata disparità di trattamento legata ad un elemento che non sempre inciderebbe sull'offesa.

[52] L'impostazione risale a WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung,* Berlin, 1969, come citato da GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 93 ss. In un primo momento l'A. tedesco, postulando che ogni crimine, e quindi anche e soprattutto il cd. reato d'ufficio, si fonda sulla violazione di un dovere, conclude che la condizione di vita che è alla base dello stesso sia estranea al fatto, dovendosi ricondurre all'ambito dell'antigiuridicità. Successivamente invece, mutando opinione, finirà per annoverare la qualifica tra i presupposti di realizzazione del fatto e la conoscenza del cd. dovere speciale tra i requisiti della fattispecie soggettiva. Per un'approfondita analisi dell'indirizzo dottrinale in esame, e delle varianti, susseguitesi nella dottrina d'oltralpe cfr. GULLO, op. cit., p. 93 ss.

[53] Così MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano,* (ediz. aggiornata da Nuvolone e Pisapia), Torino, 1981, p. 643 ss.

che, nell'ambito di un importante indagine in tema di dolo, ritenendo il fatto di reato composto esclusivamente "dalla condotta, dalle note che la qualificano, eventualmente delle conseguenze giuridicamente rilevanti della condotta, nonché .... dalla mancanza di situazioni scriminanti", non ricomprende nella relativa nozione le qualità personali del soggetto attivo, le quali, si dice, costituirebbero esclusivamente un mero presupposto del fatto.[54]

Le analisi ermeneutiche in questione sono state oggetto di critica da parte di tutto l'indirizzo dottrinale che, sia pur con sfumature diverse, ritiene invece di assegnare un ruolo effettivo alle qualifiche nell'economia del fatto criminoso.[55] A questo proposito, viene in rilievo in primo luogo un importante studio, che evidenzia come, da un lato, a seguito del mutamento del titolo, i cd. presupposti del reato incidano comunque anche sul fatto essendo inconcepibile che "l'identico fatto sia preveduto contemporaneamente da due norme diverse: a norme penali diverse non possono che corrispondere fatti delittuosi diversi";

---

[54] Questa è l'impostazione di GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.),* cit., p. 763, che, coerentemente conclude per l'irrilevanza dell'errore sulla qualifica soggettiva dell'agente. *Contra* tra gli altri GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 103, secondo cui "l'attitudine, connaturata al fatto, di radiografare il contenuto di illiceità di un dato comando normativo, comporta che al suo interno debbano trovare spazio la condotta, i presupposti della condotta, l'evento, il rapporto di causalità, l'oggetto materiale del reato, le qualifiche soggettive, l'offesa al bene giuridico protetto nella duplice modalità della lesione o della esposizione a pericolo".

[55] Vd. tra gli altri DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato,* Padova, 1930, attualmente in *Diritto penale. Raccolta degli scritti,*Milano, 1976; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 324; FORNASARI, *Dolo, errore sul fatto, aberratio ictus,* in *Introduzione al sistema penale,* II, Torino, 2001, p. 166 ss.; PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato,* Milano, 1976, p. 344 ss. Interessante l'indagine di PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 366, che ritiene la qualifica elemento del fatto e, come tale, rientrante nell'oggetto del dolo, salvo che in relazione alla discussa categoria dei cd. reati propri a qualifica neutrale ove le qualità subiettive, non incidendo sulla dimensione lesiva del fatto, non devono essere oggetto di rappresentazione. Nei reati propri cd. a qualifica fattuale, così come in quelli cd. d'obbligo, le condizioni personali del soggetto attivo costituiscono invece il presupposto di un giudizio di rimproverabilità o comunque si riverberano sul disvalore materiale del fatto e in conseguenza non possono essere estromesse dall'oggetto del dolo.

dall'altro come i cd. presupposti del fatto, determinando con la loro presenza la rilevanza penale dello stesso, non siano meri antecedenti di illegittimità, ma veri e propri elementi strutturalmente rilevanti.[56]Ad ogni modo, la portata innovativa dell'indagine in esame sta nell'aver scisso, e dunque trattato separatamente, la qualità personale e il dato su cui la stessa viene a fondarsi. La prima, incidendo esclusivamente sul piano sanzionatorio troverebbe collocazione nell'ambito dell'antigiuridicità, con la conseguenza che un eventuale errore sulla medesima non potrebbe avere efficacia scusante, rientrando nella sfera di disciplina dell'errore sulla legge penale; il secondo invece, costituirebbe un presupposto del fatto e un eventuale errore seguirebbe le regole di cui all'art. 47 c.p.[57]

---

[56] Così DELITALA, op. ult. cit., p. 139 ss. L'A. aggiunge inoltre che un elemento non può avere una duplice natura, ossia essere una volta antecedente logico - giuridico per la sussistenza del titolo, ed un'altra antecedente necessario per la sussistenza del fatto.

[57] IDEM, p. 157. L'A. così esemplifica: "Così, la nomina di un individuo ad un determinato ufficio è il fatto (giuridico) dal quale deriva all'agente la qualità di pubblico ufficiale. Se egli conosce quel fatto, l'ignoranza sulla qualità di pubblico ufficiale non lo scusa, perché nessuno può addurre come scusa l'ignoranza dei propri doveri. Egli non può quindi difendersi dicendo di aver errato sulla natura delle funzioni affidategli, di averle ritenute anziché pubbliche, private. Se invece ignorava il fatto dal quale la qualità personale trae origine, bene potrebbe addurre questo errore a sua difesa, poiché l'ignoranza su un presupposto di fatto incide, sempre e necessariamente, sull'elemento soggettivo del torto". In tema di errore invece MANTOVANI F., *Diritto penale,* cit., p. 390, opera una distinzione tra le varie tipologie di reato proprio. In particolare nei cd. reati propri non esclusivi un errore sulla qualifica, in quanto incidente sul precetto, non scusa ("Trattasi di un errore sul precetto perché …la qualifica soggettiva, non incidendo qui sulla offensività – illiceità del fatto, ma soltanto limitandone la punibilità a determinati soggetti, non è elemento costitutivo del fatto tipico"); nei cd. reati propri semiesclusivi, equivarrebbe invece ad errore sul fatto ("perché la qualifica, determinando qui non la offensività – illiceità generica, ma pur sempre la offensività – illiceità specifica, è elemento costitutivo del < fatto obbiettivo tipico>"); ed infine nei cd. reati propri esclusivi si tratterebbe a pieno di un errore sul fatto. Sull'argomento vd. anche le posizioni di ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 500, secondo il quale l'erronea rappresentazione della qualifica potrebbe condurre, a seconda del caso concreto, ad un errore non scusabile ex art. 5 c.p. (es. errore sul concetto di pubblico ufficiale), ad un errore su norma extrapenale (es. errore su legge amministrativa relativa al momento della nomina nell'organico della P.A.) ovvero ad un errore sul fatto scusabile ex art. 47 c.p.(es. amministratore che ritiene sussista una delibera di revoca per errore fattuale relativo al computo dei voti). Annovera l'errore sulla qualità personale nell'alveo dell'art. 5 c.p. FLORA, voce *Errore,* in *Dig. Disc. Pen.,* IV, Torino, 1990, p. 265, secondo cui costituirebbe "certamente un errore sul precetto quando riguarda la

Pertanto, a costituire oggetto di dolo non sarà la qualifica, ma la situazione da cui la stessa scaturisce. La prima infatti, mutuando dalle parole di un illustre studioso, non è altro che un dato secondario "attraverso cui si estrinseca formalmente il contatto ontologico o normativo fra la situazione dell'agente e l'oggetto della tutela penale"[58]

In argomento, pur dando atto dell'autorevolezza delle opinioni di coloro che, per diverse vie, hanno ritenuto di espungere le qualifiche dalla struttura del fatto, ci sentiamo di condividere l'opposta soluzione che, al contrario, dà asilo alle qualità e alle condizioni personali dell'agente all'interno degli elementi dello stesso. E' a nostro parere evidente infatti che se la qualifica, da sola, (o meglio la posizione su cui essa si fonda) consente talvolta il mutamento del titolo di reato, con rilevante

---

valutazione normativa degli elementi di fatto che ne stanno alla base e quindi, in definitiva, il significato penalistico". La qualifica non è oggetto di dolo, con evidenti conseguenze in tema di errore per GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.),* cit., p. 763. A conclusioni opposte, ed a nostro parere condivisibili, giungono invece GULLO, *Il reato proprio,* cit., p 106 ("Se….la qualifica è la traduzione normativa della particolare relazione in cui il soggetto, in virtù della situazione materiale sottostante, si viene a trovare con il bene giuridico da proteggere e se inoltre grazie ad essa si realizza una 'omogeneità' strutturale della fattispecie di reato, è del tutto evidente come debba costituire naturale punto di incidenza della volontà e della rappresentazione") e PULITANO', *L'errore di diritto nella teoria del reato,* cit., p. 344 ss. ("se la particolare posizione del soggetto…viene a determinare la delittuosità di condotte altrimenti lecite, ovvero punite a diverso titolo, tale posizione soggettiva rientra nella fattispecie criminosa globale; ed in quanto concorre a determinare uno specifico titolo di reato rientra logicamente tra gli elementi del tipo"), secondo cui le qualifiche sono oggetto di dolo e, di riflesso, la rappresentazione erronea troverà disciplina nell'art. 47 c.p., indipendentemente dal fatto che si tratti di reati propri o cd. pseudo propri, ossia indipendentemente dal riflettersi della qualifica sugli elementi del fatto di reato.

[58] Così MAIANI, *In tema di reato proprio,* cit. p. 251. Analogamente BETTIOL, *Sul reato proprio,* cit., p. 47, che definisce la qualifica come "la valutazione compiuta dalla norma della posizione in cui il soggetto si trova rispetto al bene tutelato". Distingue poi tra la qualifica e "l'accadimento che la produce" anche PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 339 ss. Occorre precisare che l'A., nell'ambito di un'indagine relativa ai rapporti tra gli artt. 116 e 117 c.p., (PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto,* Milano, 1966, p. 71 ss.) scinde, anche in relazione alle conseguenze in tema di dolo la qualifica subiettiva in se, dai casi in cui questa finisca per riflettersi sui "momenti effettuali che entrano nella struttura del fatto di reato", ritenendo che solo in quest'ultima ipotesi la qualità personale potrebbe rientrare nell'oggetto del dolo (per ulteriori precisazioni sulla impostazione dell'autore vd. infra nt. 51.)

peso anche dal punto di vista sanzionatorio, e in altri casi addirittura segna il confine tra il lecito ed il penalmente rilevante, la stessa non può che costituire un elemento del fatto, come tale rientrante nell'oggetto del dolo.

Ed a soluzioni analoghe si arriva anche partendo dall'applicazione dei principi generali in materia di elemento soggettivo: la qualifica, infatti, si riverbera sul fatto di reato, imprimendo allo stesso uno specifico disvalore: l'ignoranza o l'erronea conoscenza della medesima dunque non consentirebbe all'agente di cogliere il significato criminoso di quanto commesso. Pertanto, le qualità personali devono necessariamente costituire oggetto di dolo, con la precisazione che elemento di rappresentazione devono essere i substrati di fatto su cui la qualifica soggettiva si fonda e non la fonte giuridico-penale della stessa. Richiedere la rappresentazione della configurazione giuridico penale della posizione personale equivarrebbe infatti ad esigere la conoscenza della relativa norma incriminatrice, in netto contrasto con i dettami dell'art. 5 c.p.[59] Senza contare inoltre che, chi ritiene che la qualità personale sia un dato completamente avulso dal fatto di reato, perviene poi a conclusioni irragionevoli, o quanto meno difficilmente riconducibili ai principi del diritto penale del fatto: non solo un eventuale mutamento del titolo del reato fondato sulla sola qualifica determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento viziata da incostituzionalità ex art. 3 della Carta Costituzionale, ma trasformerebbe anche la condizione personale del soggetto attivo in un'occasione per valutare, più che il

[59] Analogamente FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 324.

delitto commesso, le caratteristiche ed il modo d'essere dell'autore.[60]

Le conclusioni cui siamo pervenuti, ossia ritenere le qualifiche soggettive requisiti del fatto, e quindi, conseguentemente oggetto di rappresentazione, necessariamente si riverberano sulla materia dell'errore. A questo proposito, si impone, a nostro parere, un distinguo in tema di disciplina a seconda che l'errore verta su una qualifica cd. fondante, ovvero per converso, su un elemento meramente differenziale. Nel primo caso infatti, posta ovviamente l'irrilevanza di una eventuale supposizione erronea dell'esistenza della posizione soggettiva richiesta per l'integrazione della fattispecie, l'agente non risponderà di quanto commesso ex art. 49, primo comma, c.p.: è evidente infatti che il fatto materiale, in difetto di qualifica, non integra l'aspetto oggettivo di alcuna fattispecie criminosa e l'ipotesi darebbe vita al cd. reato putativo per errore sul fatto.[61] Specularmente, nella situazione opposta, ossia ove l'agente ignorasse la sussistenza di una qualifica soggettiva cd. fondante, la punibilità a titolo di dolo resterebbe esclusa ex art. 47, primo comma, c.p., residuando al più nel caso di ignoranza colpevole una responsabilità per colpa sempre che il delitto sia preveduto dalla legge nella forma colposa.

Più complesso è il discorso nel caso di errore che cada su una qualifica soggettiva cd. differenziale, la cui sussistenza, cioè,

---

[60] Cfr. sul punto FIORELLA, voce *Reo*, cit., p. 3 ss. *Contra:* MARINI, voce *Reo*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, 1997, p. 57, che contesta l'idea per la quale un eventuale mutamento del titolo per effetto della sola qualifica determinerebbe un diverso angolo visuale interessato al tipo d'autore più che al fatto commesso.

[61] Per una approfondita analisi sul reato putativo vd. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006 (ristampa inalterata della I° ediz. 1992), p. 4 ss. L'A. precisa, tra l'altro, come sia irrilevante che la rappresentazione erronea derivi da un errore "di fatto" o "di diritto". In ambedue i casi avrà l'assoluta non punibilità dell'agente, in conformità ai dettami del diritto penale del fatto.

determina esclusivamente il mutamento del titolo di reato. Qui la qualità personale del soggetto attivo opera come elemento specializzante, a natura in genere qualificante. Ciò posto, le norme che disciplinano le due distinte fattispecie di reato (es. art. 646 c.p. – appropriazione indebita – e 314 c.p. – peculato -) vengono a trovarsi in rapporto di specialità in astratto e, in conseguenza, le eventuali ipotesi di divergenza ricadono sotto l'ambito applicativo degli artt. 47, secondo comma, e 49, terzo comma, c.p., costituendo le condizioni personali, "elementi essenziali specializzanti appartenenti alla fattispecie oggettiva di un reato *doloso*".[62]Orbene, in accordo con le tesi di un illustre autore, riteniamo che le disposizioni in parola, in caso di errore su un elemento differenziale e in mancanza dunque di un fatto criminoso al completo di tutti gli elementi costitutivi, svolgano una funzione incriminatrice *ex novo*, dando vita ad ulteriori fattispecie di responsabilità derivanti dall'incontro dell'elemento materiale di un reato, e di quello psicologico di un altro in rapporto tra loro di genere a specie.

Tuttavia, su un piano squisitamente strutturale, il ricorso a queste due disposizioni darebbe vita a problemi di applicabilità difficilmente superabili: è evidente infatti che, poiché in caso di divergenza tra titoli autonomi di illecito l'errore su un dato fatto implica necessariamente la supposizione erronea di un reato diverso e, per converso, l'erronea supposizione di cui all'art. 49, terzo comma c.p. di commettere un particolare reato, importa la mancata rappresentazione di un fatto criminoso diverso, i due articoli, finirebbero per annullarsi reciprocamente essendo ogni ipotesi di errore riconducibile contemporaneamente sotto

[62] In materia di ambito applicativo, significato e portata degli art. 47, secondo comma, e 49, terzo comma, c.p. cfr. l'attenta indagine di TRAPANI, *La divergenza,* cit., p. 157 ss.

ambedue le fattispecie di responsabilità. L'effetto descritto è normativamente inipotizzabile posto che le disposizioni in esame si muovono su direzioni assolutamente opposte, punendo a titolo di dolo l'una (art. 47, secondo comma, c.p.) per il voluto, l'altra (art. 49, terzo comma, c.p.) per il realizzato. Pertanto, per consentire l'applicabilità dei su indicati articoli alle ipotesi di divergenza su titoli autonomi di reato, si impone il passaggio dal piano logico strutturale ad uno assiologico, in forza del quale l'agente, a fronte di un errore su elementi specializzanti, risponderà a titolo di dolo sempre per il reato meno grave e dunque ex art. 47, secondo comma, c.p. se meno grave è il voluto, e ex art. 49, terzo comma, c.p. se invece tale sia quello effettivamente realizzato. [63]

Ciò posto, per tornare al caso specifico dei reati propri a natura differenziale, e trasferendo ad esso le su esposte conclusioni, riteniamo che, dovendosi applicare la fattispecie meno gravemente sanzionata, se il soggetto attivo errando sulla qualifica ha agito con la volontà di realizzare l'ipotesi delittuosa meno grave (es. appropriazione indebita) mentre poi ha oggettivamente commesso quella più gravemente sanzionata, sarà punibile a titolo di dolo ex art. 47, secondo comma, c.p.; al contrario, se per cd. *error in gravius* e ritenendo quindi esistente la condizione soggettiva in realtà assente, ha agito con la volontà di realizzare la fattispecie più grave, commettendo invece la

[63] L'impostazione, che ci sentiamo di condividere, è esposta da TRAPANI, op. ult. cit., p. 238 ss., che arriva alle su indicate conclusioni a seguito di una analitica indagine sulle possibili applicazioni degli art. 47, secondo comma, c.p. e 49, terzo comma, c.p. ad ipotesi di divergenza su titoli autonomi di illecito: in particolare, l'A. passa in rassegna tutte le tesi elaborate in materia di elementi specializzanti, dalla cd. "teoria unitaria" ai possibili correttivi ricercati da tutto il filone dottrinale che, differenziando tra elementi qualificanti e degradanti, ravvisava una lacuna di tutela in caso di errore su questi ultimi. Arriva infine a concludere che, non sussistendo alcun vuoto normativo, le due disposizioni, esauriscano la disciplina delle ipotesi di errore sugli elementi specializzanti.

corrispondente ipotesi meno grave, risponderà ex art. 49, terzo comma, c.p.

4. I cd. reati di mano propria.

Con l'espressione "reati di mano propria" si è soliti definire quel particolare insieme di illeciti che esige nel caso di esecuzione plurisoggettiva, per la relativa integrazione, l'esecuzione personale del fatto criminoso ad opera del soggetto munito di qualifica. Si parla, a questo proposito di ipotesi in cui "la legge richiede l'azione personalissima di un soggetto, della *sua* persona o del *suo* corpo"[64]. In realtà, si tratta di fatti criminosi da sempre considerati dalla dottrina e nelle più note trattazioni manualistiche quale specifico modo di atteggiarsi del reato proprio o comunque come una categoria concettuale priva di ogni autonomia logica in quanto necessariamente legata al settore della partecipazione criminosa, e di difficile comprensione[65].

Gli approfondimenti teorici di maggior interesse, non a caso, provengono dalla dottrina d'oltralpe e sono stati dunque maturati nel contesto di un ordinamento come quello tedesco, particolarmente attento alle tipologie d'autore e che adotta soluzioni differenziate in tema di responsabilità dei concorrenti nell'esecuzione plurisoggettiva del fatto. A questo proposito, un illustre autore tedesco[66] nell'ambito dell'indagine sui criteri di

---

[64] La definizione è di ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale,* cit., p. 348. In tal senso vd. anche FROSALI, *Il concorso di persone nei "reati propri" e nei "reati di attuazione personale"*, in *Sc. Pos.*, 1949, p. 30.

[65] A titolo esemplificativo MANTOVANI F., *Diritto penale,* cit., p. 118, inserisce le figure in questione tra i reati propri ed esclusivi.

[66] Il riferimento è a ROXIN, *Taterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 527, come citato da GULLO, *Il reato proprio* cit., p. 60 ss.

autoria, distingue i reati di mano propria in senso stretto - in cui ad essere sanzionato è, a seconda dei casi, un modo d'essere dell'autore (e non è riscontrabile né un fatto, né una condotta, nè tanto meno una lesione di interessi) o un comportamento ben delineato, ma in sé non offensivo di beni giuridici – e i reati di mano propria in senso lato fondati sulla violazione di uno specifico dovere, che può discendere solo dall'attuazione personale del soggetto obbligato.[67] Per questa via, altri individuano tre distinte tipologie di illeciti di mano propria: quelli incentrati sulla persona dell'autore, quelli in cui la realizzazione della fattispecie ad opera di un terzo, pur possibile, non determina la lesione di alcun interesse e infine quelli di natura processuale.[68] Al di là di queste classificazioni che nel nostro ordinamento non appaiono riproducibili o comunque sarebbero prive di ogni significato euristico, avendo al più una valenza meramente ricognitiva, la difficoltà maggiore, paventata in dottrina, sta nell'inquadrare e fare ricorso ad una categoria concettuale che, a ben vedere, raggruppa in se ipotesi criminose strutturalmente diversificate, il cui punto di unione sembra ad una prima indagine riscontrarsi esclusivamente sul terreno dell'autoria qualificata e non riflettersi sul piano degli interessi protetti. A questo proposito, alcuni autori hanno riscontrato in questo più forte richiamo al disvalore dell'azione

---

[67] Per una panoramica della prospettazione e dei rilievi mossi da altra dottrina tedesca vd. GULLO, op. cit., p. 60. In particolare l'A. esamina la critica all'impostazione di Roxin elaborata da SCHALL, *Auslegunsfragen des § 179 StBG und das Problem der eigenhandigen Delikte,* in *JuS*, 1979, p. 817 ss., secondo cui "non sono pensabili delitti senza bene giuridico" sempre ravvisabile sul piano "positivo", ossia avuto riguardo "al reale oggetto o condizione protetti attraverso la norma", obiezioni alle quali Roxin replica che si tratterebbe di un rilievo meramente terminologico: basterebbe adoperare l'espressione "delitti senza una tangibile dannosità sociale" per porre nel nulla i rilievi di Schall, senza tuttavia mutare la realtà di fatto. Per ulteriori riferimenti bibliografici cfr. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale,* cit., p. 94.

[68] Il riferimento è alle teorie di HERZBERG, *Eigenhandige Delikte*, in *ZStW*, p. 942, in GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 60 ss.

il punto di divergenza rispetto ai reati propri: relativamente a questi ultimi si dice, le particolari modalità della condotta qualificherebbero l'autore, mentre negli illeciti di mano propria, sarebbe invece l'autore stesso a qualificare la condotta. E non solo: nei reati propri una condotta eseguibile in astratto da chiunque diverrebbe penalmente rilevante solo se compiuta dal soggetto munito della richiesta qualifica, laddove negli illeciti di mano propria, il fatto potrebbe essere realizzato solo con l'esecuzione personale di un determinato autore.[69] Altri rilevano come, nonostante la subordinazione concettuale sempre sentita della categoria degli illeciti di mano propria rispetto i reati propri, si tratterebbe di figure criminose ontologicamente diverse, anche perché i primi non necessariamente risultano legati, per la loro integrazione, ad una particolare qualifica rivestita dal soggetto agente, e i secondi, d'altra parte, non esigono, per l'opinione più accreditata e, a nostro parere condivisibile, l'esecuzione personale dell'*intraneus*, nel caso di realizzazione concorsuale del fatto.[70]

Ad ogni modo, in linea con gli orientamenti interpretativi di un'attenta dottrina, riteniamo che, a ben vedere, i reati in esame siano privi di una struttura ontologica oggettivamente definibile

---

[69] Il rilievo è di DEMURO, *Il bene giuridico proprio,* cit., p. 857. Di diversa opinione è GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 64 ss., il quale ritiene che in realtà non si tratti di figure profondamente diversificate, anche sul piano della tutela di interessi penalmente rilevanti. Anche nel caso dei reati di mano propria infatti il legislatore prenderebbe atto di una realtà naturalistica indicativa di una "connaturalità" dell'interesse protetto ad una particolare situazione soggettiva. In altre parole, l'obbiettivo della previsione di queste fattispecie starebbe comunque nella volontà di scongiurare lesioni che provengano da soggetti che, in virtù della particolare posizione ricoperta, fattuale o giuridica, sono in grado di incidere in modo particolarmente rilevante sull'integrità del bene. Secondo l'A. del resto, prescindendo dall'elemento dell'attuazione personale, anche in questo caso, la lesione del bene sarebbe in linea astratta apportabile da chiunque, ma acquisisce "una particolare significatività sotto il profilo penale se compiuta da un soggetto qualificato".

[70] Sul punto cfr. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato,* Milano, 1987, p. 393. Per ulteriori rilievi critici v. anche VENAFRO, *Reato proprio*, cit., p. 340 ss.

ed unitaria, e che in realtà le relative caratteristiche siano individuabili soltanto deduttivamente sulla base di un'operazione ermeneutica relativa alle singole ed eterogenee fattispecie incriminatici.[71] Senza contare che, a nostro parere, il ricorso alla categoria potrebbe rivelarsi certamente utile sul piano descrittivo e rispondente a ragioni di classificazione degli istituti, ma rispetto alle fattispecie monosoggettive non apporta alcuna conseguenza peculiare in termini di disciplina, stante la rilevanza della cd. esecuzione personalissima esclusivamente in relazione alle ascrizioni di responsabilità in caso di concorso di persone nel reato.

5. Reato proprio e dinamiche di impresa: l'istituto della delega di funzioni *(cenni)*.

Il diritto penale d'impresa offre senza dubbio un fertile terreno alla proliferazione di fattispecie di reato proprio, anche in ragione della struttura particolarmente gerarchizzata prevista dai moderni organigrammi aziendali. Pertanto, il presente lavoro, sia pur brevemente e senza pretese di completezza, non può esimersi dal dare conto dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali emersi al riguardo. Il tema è particolarmente sentito e spinoso in ragione della difficile proponibilità della figura dell'imprenditore *factotum*, data la indubbia complessità dell'attività di impresa, tanto individuale che gestita in forma societaria; senza contare l'ammodernamento delle tecniche di produzione e la specializzazione imposta per il corretto

[71] In questi termini SEMINARA, op. cit., p. 393 ss. L'A. rileva come la categoria sia dotata di un atipico valore sistematico, sovrapponendosi di volta in volta alle altre comunemente utilizzate (reati propri, d'azione, abituali o ut similia). Analogamente FROSALI, op. ult. cit., p. 32.

adempimento delle innumerevoli incombenze previste dalla normativa vigente, che, come è ovvio, richiedono in misura sempre crescente, la delega di svariate responsabilità a collaboratori, interni o esterni alla struttura imprenditoriale. L'allocazione delle competenze all'interno dell'azienda, realtà divenuta ingestibile ad oggi da un'unica figura di riferimento, rende particolarmente complessa la soluzione di problemi legati ad eventuali responsabilità per fatti criminosi commessi nel relativo ambito; tanto più che, come già accennato, in materia il legislatore ha elaborato quasi esclusivamente fattispecie di reato proprio, ancorando la punibilità del fatto al possesso di qualifiche soggettive, come quella di "imprenditore" o "datore di lavoro". Il problema è di difficile soluzione: da un lato infatti, non può non tenersi in giusto conto il fondamentale principio di personalità della responsabilità penale, oltre che di tassatività; dall'altro, ciò non può condurre in ogni caso ad un'estensione di impunità per illeciti anche di notevole impatto sociale. In questo panorama si inseriscono gli studi in materia di delega di funzioni,[72] istituto di creazione per lo più giurisprudenziale

[72] Si sono occupati dell'argomento tra gli altri ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1992, p. 193 ss.; ALICE – DE SANTIS – DE LORENZIS, *Le deleghe di funzioni nel Testo unico sicurezza lavoro,* in *Guida al Lavoro,* 2008, pp. 31 ss; AMBROSETTI – MEZZETTI – RONCO, *Diritto penale dell'impresa,* Bologna, 2008, p. 34 ss.; BELLAGAMBA, *Sulla responsabilità penale nella delega di funzioni,* in *Cass. pen.,* 1996, p. 1272 ss.; BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del D. Lgs. N. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro in Giur. Merito,* 2008, p. 2767 ss.; FIORAVANTI, *Delega di funzioni, doveri di vigilanza e responsabilità penale,* in *Giur. Ital.,* II, 1993, p. 169 ss.; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa,* Firenze, 1985, p. 21 ss.; GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo. Due piani interrelati?* in *Dir. pen. proc.,* 2002, p. 1065 ss.; GIARRUSSO, *Orientamenti dottrinali ed evoluzione giurisprudenziale sui problemi della responsabilità nell'esercizio dell'impresa e sull'efficacia della delega di funzioni,* in *Cass. pen.,* 1984, p. 2042; GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 121 ss.; ID, *La delega di funzioni in diritto penale: brevi note a margine di un problema irrisolto,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1999, p. 1508 ss.; LAGERARD GEBBIA, *I soggetti penalmente responsabili in materia di sicurezza e igiene sul lavoro,* Milano, 2008; MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo,* Milano, 1997, p. 245 ss.; MONTAGNI, *Sulle condizione di operatività della delega di funzioni,* Milano, 2005; PADOVANI, *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro*

idoneo a "colmare il *gap* che intercorre tra soggetto qualificato e interessi emergenti",[73] attraverso uno slittamento di responsabilità dall'alto verso il basso della struttura produttiva.

A questo proposito, un orientamento giurisprudenziale ormai costante ha fissato le condizioni minime di validità ed operatività della delega. In primo luogo, deve escludersi la fraudolenza ed artificiosità del trasferimento, che deve rispondere, in modo inequivoco e chiaro alle effettive esigenze di organizzazione dell'impresa, con indicazione specifica ed analitica dei compiti delegati. Il conferimento deve poi avvenire nei confronti di un soggetto professionalmente idoneo, che disponga delle qualificazioni e della preparazione necessaria a svolgere con capacità e competenza le mansioni assegnate (in conseguenza, si impone una piena autonomia gestionale, decisionale ed anche economica del delegato in relazione alle funzioni da espletare, escludendosi ogni ingerenza del delegante nell'attività compiuta dal collaboratore). E da ultimo, la delega deve trovare giustificazione nelle grandi dimensioni dell'azienda o comunque nella complessità gestionale della stessa.[74] Tutto ciò

---

nel quadro della più recente giurisprudenza, in *Leg. Pen.,* 1981, p. 415 ss.; ID, *Diritto penale del lavoro,* Milano, 2006; PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa,* in *Ind. Pen.,* 1985, p. 26 ss.; PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa,* in *Riv. trim. dir. pen. econom.,* 1988, 126 ss.; PUGNOLI, *Sicurezza sul lavoro: delega di funzioni,* in *Diritto e pratica del lavoro,* 2008, p. 1833 ss.; RUSSO, *La delega di funzioni,* in TIRABOSCHI (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro,* Milano, 2008, p. 220 ss.; SCHINCAGLIA, *La rilevanza della delega di funzioni nel diritto penale d'impresa,* in *Ind. Pen.,* 2002, p. 152; VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale,* Milano, 2008, p. 16 ss.; ZANOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario,* Milano, 2007, p. 54 ss.

[73] Così GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 123.

[74] Vd *ex multis* Cass. pen., Sez. III, 22 febbraio 2006, in *Cass. pen.,* 2007, p. 77; Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 2005, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Pen.,* 2007, p. 719; Cass. pen., Sez. VI, 13 luglio 2004, in *Lavoro nella Giur.,* 2005, p. 34; Cass. pen., Sez. IV, 9 luglio 2003, in *Cass. pen.,* 2004, p. 2126; Cass. pen., Sez. III, 30 settembre 2002, in *Diritto e pratica del Lavoro,* 40/2002, p. 260; Cass. pen., Sez. II, 8 marzo 1995, in *Mass. Giur. Lav.,* 1995, p. 634. Per una panoramica dei requisiti indicati cfr. GUARINIELLO, *Requisiti e limiti della delega in tema di sicurezza del lavoro,* in *Foro it.* II, 2003, p. 528 ss.; RAGANELLA, *Il nuovo volto della delega di funzioni alla luce del d. lgs. 3 agosto 2009 n. 106 correttivo e modificativo del d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81 tra frammentazione della*

ferma in ogni caso l'impossibilità di delegare determinati compiti ontologicamente legati alla funzione di imprenditore e connessi alla determinazione della politica d'impresa.

Ciò posto, l'istituto crea non pochi problemi in sede applicativa, laddove si tratti di determinare in concreto il soggetto che, a seguito del trasferimento, possa dirsi effettivamente responsabile di fatti criminosi commessi all'interno dell'unità produttiva. Infatti, da un punto di vista squisitamente formale, la delega non potrebbe avere alcuna effettiva rilevanza, giacché le norme incriminatici, contemplando reati propri, chiamano a rispondere del fatto solo chi ricopra nell'impresa una posizione che lo qualifichi a seconda dei casi come "imprenditore", "amministratore" ovvero "legale rappresentante" ai sensi della normativa extrapenale. A tal proposito, il composito panorama dottrinale si scinde, sia pur con diverse sfumature, in due correnti principali. Da un lato ci sono coloro che, dando rilievo alla qualifica formale, ritengono che la delega di funzioni esaurisca i suoi effetti sul solo terreno della colpevolezza;[75] dall'altro, ci sono indirizzi che, al contrario, considerano il trasferimento incidente sulla tipicità del fatto e

---

posizione di garanzia e "spersonalizzazione" della responsabilità penale, Roma, 2009, p. 119 ss. Quanto alla necessarietà delle "grandi dimensioni" dell'azienda cfr. le osservazioni di BELLAGAMBA, *Sulla responsabilità penale nella delega di funzioni,* cit., 1275, che rileva come anche in imprese di piccole dimensioni possa sorgere la necessità di avvalersi di contributi esterni particolarmente qualificati. Ed aggiunge inoltre che "una distinzione tra imprese grandi, medie e piccole è fortemente datata nel tempo: oggigiorno il divario tra queste entità economiche si è alquanto affievolito rilevando le differenze molto più sul piano qualitativo che quantitativo."

La giurisprudenza si scinde quanto all'individuazione dei requisiti di forma della delega. Un primo orientamento ritiene essenziale la forma e la prova scritta del trasferimento (vd. tra le altre Cass. pen. Sez. IV, 27 gennaio 1994, in *Cass. pen.,* 1996, p. 1270); una soluzione isolata aggiunge la necessità di una pubblicizzazione della delega (Cass. pen., Sez. III, 14 febbraio 1986, in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 672); altri giudici, salvo il coinvolgimento della pubblica amministrazione, optano infine per la libertà di forma (a titolo esemplificativo Cass. pen., Sez. IV, 13 novembre 1992, in *Dir. e prat. lav.*, 1993, p. 311).

[75] Così tra gli altri PADOVANI, *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica.,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1979, p. 1179 ss.; ID., *Diritto penale del lavoro,* cit.

distinguono così tra titolare della qualifica e soggetto effettivamente responsabile.[76] [77]

In particolare, i fautori della teoria formale *pura*, facendo leva sulla impossibilità per i singoli di modificare il contenuto dell'obbligo imposto dalla legge a presidio di determinati interessi, ritengono che il trasferimento non possa incidere sulla struttura obbiettiva del comportamento doveroso. Il soggetto formalmente qualificato rimane pertanto sul piano oggettivo l'unico garante dell'ottemperanza degli obblighi giuridici posti sotto la sua tutela, gravando su di lui un dovere di vigilanza sull'operato dei collaboratori non delegabile.[78] Il trasferimento di funzioni in quest'ottica rileva esclusivamente sul piano soggettivo, consentendo di determinare, avendo riguardo anche alle dimensioni dell'impresa ed alla complessità delle mansioni da espletarsi, il grado di diligenza ed esigibilità richiesto in capo al garante.[79] Diversamente, si dice, si svilisce la tassatività del reato proprio e si attribuisce ad un mero atto di autonomia privata la possibilità di dismettere la posizione di garanzia,

---

[76] Vd. tra gli altri FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa,* cit.; ID., *I principi generali del diritto penale d'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia, Il diritto penale dell'impresa,* vol. XXV, a cura di Conti, Padova, 2001, p. 79 ss; PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa,* cit.

[77] Distingue tra oggettivisti e soggettivisti GULLO, *Il reato proprio,* cit. p. 129 ss. Di teoria "formal-civilistica" e "funzionalista" parla invece PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa,*cit., p. 20.

[78] Così MORGANTE, *Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia di appalto,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2001, p. 104 ss.; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro,* cit., p. 72 ss. In tal senso anche PULITANO', *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro,* in *Riv. giur. Lav.,* IV, 1982, p. 178. Sull'intrasferibilità della posizione di garanzia vd. anche GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 752.

[79] In questi termini PADOVANI, *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nel quadro della più recente giurisprudenza,* cit., p. 419, secondo cui per determinare la responsabilità del delegante occorre aver riguardo alla "diligenza consentanea alle dimensioni dell'azienda, al grado di autonomia effettivamente attribuito al delegato e alla sua qualificazione tecnico-professionale".

imposta dalla norma penale ai vertici imprenditoriali.[80] Senza contare il pericolo di far slittare verso il basso dell'organigramma aziendale la punibilità per fatti che, a ben vedere, sono invece il frutto di scelte o comunque di politiche adottate dall'impresa, di cui, certamente, non può essere chiamato a rispondere il solo esecutore delegato. Profili di responsabilità di quest'ultimo, potranno al più essere recuperati attraverso il concorso dell'estraneo nel reato proprio, ossia per concorso mediante omissione nel reato omissivo del delegante. In altri termini, l'*extraneus* potrà rispondere ai sensi degli artt. 110 ss. c.p. purché alla realizzazione del fatto intervenga anche il soggetto munito della qualifica richiesta dalla legge. [81]

La soluzione esposta trova giustificazione nella necessità di evitare un'alterazione dei rapporti di interferenza tra interessi protetti, valutati in sede di qualificazione della fattispecie dal legislatore che, non a caso, fa ricorso a reati propri, ancorando la responsabilità penale alla titolarità di specifiche qualifiche subiettive. E' tuttavia indubbio che con il ricorso a parametri formali eccessivamente stringenti si rischia di dare asilo ad una

---

[80] Cfr. PADOVANI, *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica,* cit., p. 1183.

[81] Sul punto occorre precisare che, nella pratica, gli illeciti che vengono in rilievo presentano spesso natura contravvenzionale. A tale proposito si discute sulla configurabilità del concorso di persone nelle contravvenzioni. In breve, alcuni ritengono che l'art. 113 c.p., riferendosi al solo delitto colposo, non ne consenta l'ammissibilità, altri invece, giustificano la previsione del 113 c.p. con la necessità di una previsione espressa di punibilità per colpa, imprescindibile però esclusivamente per i delitti, e non per le contravvenzioni, punibili indifferentemente a titolo di colpa o dolo. Sul punto vd. ALICE, *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1983, p. 1027; CARACCIOLI, *Profili del concorso di persone nelle contravvenzioni,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1971, p. 957 ss.; GALLO M., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, cit., p. 115 ss. Ritiene applicabile lo strumento del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio soltanto nel caso di incarico di esecuzione, ma non anche nella delega propriamente intesa FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa,* cit., p. 48.

"responsabilità di posizione" in contrasto il principio di personalità della responsabilità penale.[82]

Per ovviare al problema, un diverso orientamento dottrinale, cd. funzionalista, lega al contrario la punibilità all'effettivo espletamento di compiti cui corrispondano obblighi identici a quelli facenti capo all'originario destinatario del precetto.[83] In altre parole, a risultare decisivo è l'effettivo esercizio dei poteri che si accompagnano alla qualifica extrapenale di riferimento, prescindendo da ogni formale suddivisione delle mansioni all'interno dell'azienda. Solo chi di fatto svolge i compiti *ab origine* assegnati al soggetto formalmente qualificato, si dice, può trovarsi nella posizione di ledere o porre in pericolo l'interesse protetto, di tal che è su di esso che deve appuntarsi ogni responsabilità penale.[84] La delega pertanto attraverso la piena traslazione delle funzioni al delegato, finirebbe per produrre la totale liberazione del delegante, spogliato della diretta disponibilità di intervento sul bene. Una eventuale reviviscenza di forme di responsabilità in capo all'originario intraneo a titolo di concorso potrebbe al più derivare da una possibile cognizione di inadempimenti o mancanze del delegato.[85] In questo caso

---

[82] Così PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa,* cit., p. 20. Replica ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penale)*, cit., p. 204, secondo cui "l'istanza realistica che anima l'art. 27, 1° co., Cost. …si incardina nel preliminare rispetto del principio di tassatività".

[83] Aderiscono all'orientamento tra gli altri FIANDACA; *Il reato commissivo mediante omissione,* Milano, 1979, p. 202 ss.; FIORAVANTI, *Delega di funzioni, doveri di vigilanza e responsabilità penale,* cit., p. 169; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa,* cit., p. 175 ss; PAGLIARO, op. ult cit., p. 21 ss.

[84] Vd. BONINI, *Problemi e prospettive della responsabilità penale nell'impresa e della delega di funzioni alla luce dei d.lgs. 626/1994 e 242/1996 in materia di sicurezza del lavoro,* in *Arch. giur.*, 1997, p. 592, secondo cui la protezione degli interessi coinvolti sarebbe assicurata definendosi "con maggiore esattezza chi dispone di *poteri, mezzi, facoltà* rilevanti per una più efficace neutralizzazione delle fonti di pericolo che minacciano i beni del lavoratore".

[85] Secondo PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale d'impresa,*cit., p. 23, si tratterebbe di una classica ipotesi di concorso nel reato proprio ove però, per effetto della delega si assiste ad una inversione di ruoli tra intraneo ed estraneo.

infatti, ragioni di opportunità inducono i funzionalisti ad ipotizzare la permanenza di un sia pur ridotto obbligo di garanzia, tale da determinare una conseguente ricostituzione dell'originario legame strutturale individuato dalla legge tra titolare della qualifica e interesse protetto.

La teoria, sebbene presenti l'indubbio merito di valorizzare il canone dell'effettività nell'individuazione dei soggetti penalmente responsabili, non va esente da critiche. Le obiezioni per lo più si appuntano, come si accennava, sul mancato rispetto del principio di tassatività, chiaramente violato dalla privata e discrezionale variazione dell'assetto di interessi decisi dal legislatore nella previsione di un reato proprio, nonché sul rischio di favorire la concentrazione verso il basso della responsabilità, posta a carico di meri esecutori anziché di coloro che rivestono posizioni apicali.[86]

Altra dottrina allora, nel tentativo di superare i limiti delle impostazioni, per così dire, estreme prospettate in tema di rilevanza della delega, ha elaborato una soluzione cd intermedia, che, pur valorizzando, in linea con la tesi formal-civilistica, il rapporto tra interesse protetto e qualifiche soggettive e

---

[86] Interessanti le obiezioni mosse da GULLO, *Il reato proprio,* cit., p. 139 ss. L'A., oltre a criticare l'assunto secondo cui il criterio funzionalista meglio garantirebbe la protezione degli interessi in gioco, ritiene inappaganti le soluzioni cui i fautori dell'indirizzo pervengono nella specifica ipotesi di consapevolezza da parte del delegante di inadempienze del delegato. Infatti, si dice, un'eventuale responsabilità concorsuale dell'originario destinatario dei doveri, o una possibile riassunzione delle funzioni da parte del delegante stesso peccherebbero di incoerenza. Secondo l'A., rispetto al delegante, "a voler essere coerenti, si dovrebbe concludere per la sua non punibilità, atteso che, già sul piano oggettivo, non sarebbe configurabile a suo carico una situazione di dovere". Invece optare per la responsabilità concorsuale conduce "alla conseguenza di far rispondere come estraneo (in concorso col delegato-intraneo), il *primitivo* destinatario delle norme in materia di reato proprio, con ciò eludendo la scelta operata dal legislatore, in sede di selezione dei garanti, di tener conto della particolare relazione tra qualifica e interesse protetto, *proiettandola* sul fatto costitutivo di reato."Pensare ad una totale riassunzione di responsabilità del delegante significa postulare la permanenza in capo al medesimo di un obbligo di garanzia. Soluzione questa che "metterebbe in crisi lo stesso fondamento della teoria 'funzionalista'".

mantenendo così fermo il ruolo di intraneo del delegante, consente comunque delle aperture in chiave funzionalistica.[87] Si ipotizza così la costituzione, per mezzo della delega, di posizioni di garanzia derivate, e il conseguente utilizzo delle risorse dell'impresa, ma senza che ciò consenta la dismissione degli obblighi imposti al titolare della qualifica: in altre parole, il trasferimento di funzioni pur non spiegando alcun effetto liberatorio nei confronti del delegante, comporterebbe comunque un mutamento dell'originario obbligo gravante sul medesimo. Non più un dovere di adempimento diretto, ma un obbligo di coordinamento organizzativo e vigilanza sull'operato altrui, in virtù del cd. "residuo non delegabile".

Da ultimo, non è mancato chi per risolvere il difficile problema della distribuzione dei ruoli tra delegante e delegato ha ritenuto di far ricorso al principio dell'affidamento. Attribuendo alle norme organizzative interne, sia pur in via mediata, valenza e finalità cautelare e preventiva, si è pervenuti alla conclusione di poter escludere la responsabilità del garante primario ogni qual volta questi possa legittimamente confidare nel rispetto, da parte dei sottoposti, dei parametri di diligenza richiesti e dalle regole di condotta contemplate nelle disposizioni di organizzazione dell'impresa.[88] Tuttavia, le difficoltà riscontrate nella riconduzione delle su indicate norme di riparto del debito prevenzionistico, alla categoria delle "disposizioni con finalità cautelare",[89] nonché le perplessità

---

[87] Cfr. PULITANO', voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale),* in *Dig. disc. pen.,* Torino, 1992, p. 108. Aderisce all'impostazione anche GULLO, op. cit., p. 150 ss.

[88] Così MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo,* Milano, 1997, p. 359 ss.

[89] Secondo MANTOVANI M., op. ult. cit., p. 358, le disposizioni organizzative avrebbero finalità cautelare, assunta in via mediata, "per il tramite degli obblighi che esse – distribuendoli – intervengono a regolare". Di contrario avviso GULLO, op. cit., p. 142 ss.

derivanti dalla necessità di ammettere comunque una reviviscenza della responsabilità del delegante in caso difetto di capacità del delegato,[90] hanno sconsigliato l'adesione all'impostazione, rimasta per la verità piuttosto isolata.

[90] Sul punto vd. SERENI, *Una discutibile sentenza in tema di inquinamento idrico e trasferimento di funzioni,* in *Riv. trim. dir. pen. econom.,* 1990, p. 153.

CAPITOLO II

IL CONCORSO NEL REATO PROPRIO

SOMMARIO: 1. Il concorso dell'estraneo nel reato proprio. Ammissibilità. 2.1. Le note di tipicità della fattispecie plurisoggettiva propria. 2.2. Il ruolo dei concorrenti nel reato proprio. Necessità per l'intraneo di tenere personalmente la condotta esecutiva. Esclusione. 2.3. Necessità di una partecipazione dolosa dell'intraneo nel reato proprio. 2.4. Reato proprio e incapacità dei concorrenti. Rapporti tra l'art. 48 e l'art. 110 c.p.

1. Il concorso dell'estraneo nel reato proprio. Ammissibilità.

Nell'ordinamento giuridico italiano, fatta eccezione per l'art. 117 c.p., che interessa da vicino la tematica del reato proprio in relazione però alla sola ipotesi di mutamento del titolo, non vi è alcun indice normativo di carattere generale sul tema, in grado di svolgere una funzione propulsiva e di conferire all'indagine una prospettiva ampia nell'ambito della teoria generale del reato. Nonostante tutti gli aspetti problematici che la figura presenta, e che si è cercato di evidenziare nelle pagine precedenti, non v'è dubbio che, anche per la costante interferenza con lo spinoso problema dell'individuazione dell'autore del reato nei vari modelli di disciplina, il terreno fertile di studio attorno al quale gravita da anni l'attenzione della dottrina che analizza i dati strutturali degli illeciti propri sia il concorso di persone: le soluzioni accolte in materia risentono infatti, dal punto di vista dogmatico, dei risultati cui

sono pervenute le varie indagini in ambito concorsuale, ed in particolare gli approfondimenti teorici relativi al fondamento tecnico giuridico di condotte di partecipazione cosiddette atipiche.

Lo stesso quesito relativo all'ammissibilità teorica della compartecipazione al reato proprio di un concorrente privo della qualifica richiesta dalla legge, risolto ad onor del vero dalla quasi unanimità degli interpreti in senso positivo, risente delle prospettazioni ermeneutiche elaborate dagli studiosi del concorso per spiegare significato e portata della disciplina della partecipazione criminosa. [91]

E' chiaro infatti come nell'ottica della cd. concezione causale o estensiva d'autore, scarsamente seguita nella dottrina italiana, perché "fuori posto in un ordinamento...che impernia sul principio di stretta legalità",[92] il concorso dell'*extraneus* non troverebbe asilo.

L'impostazione infatti, fondandosi sull'assunto secondo cui la partecipazione null'altro è che causazione del fatto antigiuridico, presuppone che, indipendentemente dalla realizzazione delle note oggettive e soggettive tipizzate dalla norma incriminatrice, ogni concorrente, in virtù del solo apporto causale fornito, potrebbe considerarsi "autore" dell'illecito. Si fissa così un principio di equivalenza ontologica di tutte le condotte colpevolmente causali e già le singole fattispecie di parte

---

[91] Per l'ammissibilità del concorso dell'estraneo, sia pur su presupposti in parte diversi, cfr. tra gli altri BETTIOL, *Sul reato proprio*, cit., p. 86; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale,* cit., p. 131 ss.; GALLO M., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, cit., p. 104; INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato,* in *Dig. Disc. Pen.,* II, 1988, p. 497; MORO, *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi ai reati propri,* cit., c. 25 ss.; VENAFRO, voce *Reato proprio*, cit., p. 343. Per la recente manualistica cfr. tra gli altri FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 480; MANTOVANI F., *Diritto penale* cit., p. 563.

[92] Così GALLO M., op. ult. cit., p. 14.

speciale consentirebbero di incriminare la condotta tenuta da ciascun compartecipe. Da questa premessa discende, quale corollario logico, l'impossibilità per l'estraneo di concorrere in un illecito proprio: la fattispecie che lo contempla e da cui deriverebbe la responsabilità penale di ogni concorrente, infatti, richiede il possesso di una qualifica soggettiva di cui *l'extraneus* risulta invece, per definizione, sprovvisto.[93]

Al contrario, i fautori della cd. teoria dell'accessorietà,[94] e ancor di più quelli della cd. teoria della fattispecie

---

[93] La concezione estensiva d'autore (cui si contrappone la cd. "concezione restrittiva d'autore", per cui è tale esclusivamente colui che pone in essere la fattispecie tipica in tutti i suoi elementi costitutivi) è assai diffusa nella dottrina tedesca e largamente criticata nel panorama dottrinale italiano. Per le diverse osservazioni critiche v. tra gli altri le posizioni espresse da ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale,* Milano, 2003, p. 551, il quale ritiene che uno dei punti deboli di questa tesi consista nel supporre l'equivalenza delle condizioni, discutibile e, comunque, non dimostrata, perché anche conoscendo il valore negativo dei vari antecedenti causali, e cioè la loro necessità, il più delle volte non si è in grado di accertare il contributo che ciascuno di essi apporta al risultato complessivo. Inoltre, secondo l'A. da un lato non si può dire che il nostro diritto positivo consideri del tutto equivalenti le azioni dei vari compartecipi, in quanto sancisce alcuni aggravamenti e attenuazioni di pena che sono anche in rapporto ad una diversa rilevanza causale della varie azioni; dall'altro rileva come il principio di causalità non getta alcuna luce sul momento psicologico del concorso criminoso, che ha invece un'importanza considerevole nella disciplina dell'istituto. In senso critico anche GALLO M., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, cit., p. 14, che rileva come la prospettazione comporterebbe "la liquidazione di quel certo modo di costruire ed interpretare la fattispecie che rappresenta il più efficace strumento che finora si sia potuto escogitare per assicurare la certezza del diritto"; GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale,* cit., p. 128 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale,* cit., p. 528-529, che evidenzia come la teoria causale, connaturale agli ordinamenti a legalità sostanziale, sia inconciliabile con quelli a legalità formale, ove i reati sono "tipizzati" nei loro requisiti, oggettivi e soggettivi, onde il mero contributo causale è "atipico" rispetto alla fattispecie di parte speciale, non solo se a forma vincolata, ma anche se causalmente orientata, richiedendo anche questa l'elemento soggettivo (dolo o colpa); PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 540; PEDRAZZI, *Il concorso di persone,* cit., p. 7 ss.;. SEMINARA, *Tecniche normative,* cit., p. 282.

[94] Vd. tra gli altri LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato (diritto penale),* in *Enc. dir.,* VIII, 1961, p. 568 ss.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 22 ss. Sull'ammissibilità del concorso dell'estraneo in adesione al modello accessorio vd. per tutti BETTIOL, *Sul reato proprio*, cit., p. 86 ("il bene giuridico può essere così indirettamente leso anche da parte dell'estraneo. Se questi non può mai assumere la figura di autore del reato proprio può assumere almeno quella di partecipe, in quanto con la sua attività ha in qualche modo cooperato alla lesione dell'interesse protetto. Se, quindi, il soggetto estraneo può cooperare alla lesione di tale interesse, si potrà pur affermare che il dovere di astenersi dal perpetrare il fatto, il quale sussiste per la persona che riveste la qualità, si ripercuote su colui che tale qualità non possiede, nel senso che la legge gli impone l'obbligo di astenersi dal

plurisoggettiva eventuale,[95] non hanno difficoltà ad ammettere la partecipazione dell'estraneo ai reati propri.

Ambedue le impostazioni riconoscono infatti la necessità di integrare le singole disposizioni di parte speciale con le norme in tema di concorso per poter pervenire ad un'incriminazione di tutte le forme di partecipazione al reato, pur giungendo a conclusioni dogmatiche distinte, sia in merito alla giustificazione della punibilità di partecipazioni atipiche,[96] sia, come vedremo, in tema di distribuzione dei ruoli tra intraneo ed estraneo.[97]

---

cooperare con l'intraneo alla causazione dell'evento lesivo di un reato proprio") e ancor più incisivamente p. 93 ("Se però i soggetti estranei non possono assumere la qualità di autore di un reato proprio, possono però diventare partecipi del reato stesso perché accedendo all'azione della autore principale, si mettono in relazione con l'interesse tutelato e quindi con il dovere di astenersi da ogni azione che contribuisce alla lesione dell'interesse stesso.").

[95] Cfr. in particolare DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale,* cit.; GALLO M., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato,* cit., p. 19 ss. Per una particolare formulazione della teoria vd. anche PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 544.

[96] Il modello accessorio presuppone un procedimento di "qualificazione indiretta" (così LATAGLIATA, op. ult. cit., p. 569) della condotta cd. atipica sulla base della relazione di dipendenza sussistente con il fatto principale dell'autore. In altre parole, i comportamenti atipici, quali le condotte di istigazione e agevolazione, ripeterebbero il fondamento della loro incriminazione non direttamente dalla conformità al modello legale, ma dalla loro relazione di subordinazione con il fatto di reato realizzato dall'autore. Inoltre, a seconda delle note che deve presentare la condotta cd. principale, si distinguono più gradi di accessorietà: minima, laddove la responsabilità del partecipe atipico venga subordinata alla tipicità del fatto; limitata, se ai fini dell'incriminazione si richiede un fatto non solo tipico ma anche antigiuridico; infine estrema, se a tali requisiti si aggiunge anche l'elemento della colpevolezza. Ragioni di economia espositiva non consentono, in questa sede di analizzare gli argomenti a suffragio dell'impostazione, per i quali si rinvia ai citati lavori del LATAGLIATA e del PEDRAZZI, e, per la letteratura italiana e d'oltralpe, a GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale,* cit., p. 128 ss. Preme però, ai fini dell'indagine, sottolineare come la teoria in esame si trovi in palese difficoltà nei casi di esecuzione frazionata e in materia di reati propri. Sulla prima questione, è chiara l'impossibilità di adottare un modello accessorio, a fronte di condotte tipiche parziali (cfr. in particolare DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale,* cit., 83 ss.; GALLO M., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato,* cit., p. 53 ss. Si tratterebbe invece di "accessorietà reciproca" per PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 96). Quanto ai reati propri, sarebbe difficile spiegare secondo i canoni della teoria la responsabilità penale del partecipe, in tutti i casi in cui ad eseguire il fatto fosse l'*extraneus* anziché il possessore della qualifica. Ciò senza contare che il modello, nato nell'ambito dell'ordinamento tedesco, effettivamente improntato alla differenziazione tra le varie figure di compartecipi, mal si adatta al sistema italiano, unitario dal punto di vista dell'applicazione della sanzione, almeno a livello edittale; così come, pur dando atto dell'importanza storica e dogmatica degli studi giuridici d'oltralpe, non può tenersi conto nell'ordinamento italiano dei vari tentativi elaborati per individuare i tratti differenziali tra autore e complice, né delle indagini

2.1. Le note di tipicità della fattispecie plurisoggettiva propria.

Posta l'ammissibilità del concorso dell'estraneo in un reato proprio, gli interpreti si sono trovati, in difetto di un'espressa indicazione legislativa, a dover ricercare soluzioni ermeneutiche di grado di consentire la ricostruzione della fattispecie plurisoggettiva propria, sia in relazione alle note di tipicità oggettiva, che in tema di coefficiente psichico eventualmente necessario per l'integrazione della stessa e per la conseguente ascrizione di responsabilità del fatto ai compartecipi.

In particolare, un ampio dibattito scientifico si è sviluppato attorno alle questioni relative alla distribuzione dei ruoli tra intraneo ed estraneo, nonché sull'eventuale essenzialità di un

---

in materia di autoria mediata (a questo proposito, senza pretese di completezza, tra gli autori tedeschi si sono formate due distinte correnti di pensiero. La teoria formale oggettiva, in forza della quale autore in senso tecnico potrebbe considerarsi colui che realizza in tutto o in parte la condotta esecutiva – e che distingue perciò i concorrenti in base all'efficienza causale dei rispettivi contributi - , e quella cd. soggettiva, che pone l'attenzione alla direzione della volontà rispetto al fatto e che esige in capo all'autore" *l'animus auctoris"*, ossia la volontà della reato inteso come fatto proprio). Per un puntuale approfondimento sul tema, con ampi riferimenti bibliografici cfr. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 250 ss. Per una attenta critica al ricorso alla figura dell'autore mediato vd. invece GALLO M., *Appunti di diritto penale,* III, *Le forme di manifestazione del reato,* Torino, 2003, p. 184 ss.
La rilevata insufficienza dell'impostazione ha portato gli interpreti ad accogliere la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale. Secondo la tesi in parola, dall'incontro delle varie disposizioni incriminatici di parte speciale con le norme sul concorso di persone nascerebbe una nuova fattispecie (la fattispecie plurisoggettiva eventuale), che consentirebbe di sanzionare le condotte atipiche rispetto alle fattispecie monosoggettive. La responsabilità dei concorrenti viene fatta discendere dalla convergenza di ogni contributo alla realizzazione dell'offesa tipica. In questa ottica, la condotta del compartecipe non può più definirsi "atipica", poiché essa si rivela tipica rispetto alla nuova tipicità creata dall'incontro dell'art. 110 c.p. con le singole fattispecie di parte speciale. Trovano così spiegazione sia i casi di esecuzione frazionata, sia le ipotesi di reato proprio nelle quali la condotta esecutiva viene realizzata da un soggetto sprovvisto di qualifica. Una particolare formulazione della teoria si deve poi a PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 522; ID., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., p. 14 ss. Secondo l'A. dal combinarsi delle disposizioni sul concorso nascerebbero più fattispecie differenziate, in relazione al numero dei concorrenti, identiche nel nucleo materiale tipico, ma diverse quanto all'atteggiamento psichico di ogni partecipe.
[97] Sulla questione cfr. infra, 2.2.

atteggiamento doloso del titolare della qualifica per l'integrazione della fattispecie plurisoggettiva.

E' necessario, pertanto, affrontare i su indicati problemi di tipicità, imponendosi comunque una precisazione. Il difficile problema della distribuzione dei ruoli tra i concorrenti, rilevante tanto nei sistemi cd differenziati, che in quelli che accolgono una tipicizzazione unitaria della fattispecie,[98] non è stato neppure lambito dal legislatore, che ha omesso di prendere posizione, lasciando così inevitabilmente alla scienza giuridica il compito di ricercare criteri risolutivi. Viceversa, quanto alla questione dell'eventuale necessità di una partecipazione dolosa dell'intraneo, l'art. 117 c.p., come vedremo, una soluzione la offre, sia pur generica e come tale suscettibile di distinte ed antitetiche interpretazioni.[99] Tuttavia, il limitato campo di incidenza della disposizione ai soli casi di mutamento del titolo, non consente l'estensione delle soluzioni accolte, al concorso di persone nel reato proprio in generale.

2.2. Il ruolo dei concorrenti nel reato proprio. Necessità per l'intraneo di tenere personalmente la condotta esecutiva. Esclusione.

E' pacifico che, secondo i principi generali di cui all'art. 110 c.p., ogni concorrente in un reato proprio deve fornire un apporto causale alla realizzazione dell'offesa tipica.[100] Oggetto di

---

[98] Nei modelli cd "differenziati" il legislatore tipicizza le varie forme di partecipazione in funzione dei ruoli assunti dai concorrenti, mentre nei sistemi unitari non vi è alcuna differenziazione descrittiva tra le varie figure dei compartecipi e alla tipicizzazione unitaria della fattispecie segue una equiparazione di trattamento sanzionatorio.

[99] Vd infra par. 2.3.

[100] La punibilità a titolo di concorso esige, come è ovvio, la contribuzione causale alla realizzazione di un'offesa penalmente rilevante. Tuttavia si registrano distinti orientamenti in dottrina in relazione al problema dell'individuazione della soglia minima di rilevanza del

dibattito è invece il ruolo che spetta all'intraneo nell'esecuzione del fatto criminoso. In altre parole, l'interrogativo verte sulla necessità o meno, ai fini dell'integrazione della fattispecie plurisoggettiva propria, che la condotta descritta dalla norma incriminatrice di parte speciale sia per intero eseguita dal titolare della qualifica.

In argomento, è chiaro che nella ricostruzione accessoria del concorso, imperniata sulla distinzione tra autoria e complicità, un contributo dell'intraneo, non corrispondente alle note di tipicità delineate nella fattispecie monosoggettiva, non sarebbe ammissibile. All'estraneo potrebbe spettare esclusivamente un mero ruolo di complicità, morale o materiale, ma deputato all'esecuzione del reato dovrebbe necessariamente essere il soggetto munito della qualifica richiesta per l'incriminazione a titolo di reato proprio. Ciò a meno che non si voglia accogliere la soluzione di chi ammette la possibilità di un realizzazione solo parziale della condotta esecutiva ad opera dell'estraneo:[101] conclusione che, a nostro parere, finirebbe però per svuotare di

---

contributo punibile. Brevemente, alla teoria *causal-condizionalistica,* per cui l'azione del partecipe deve essere *condicio sine qua non* nella realizzazione del reato, (vd. tra gli altri PEDRAZZI, *Il concorso di persone* cit., p. 79 ss.), si contrappone la tesi che considera apprezzabile anche il mero contributo agevolatore o di rinforzo alla commissione del fatto (cfr. MANTOVANI F., *Diritto penale,* cit., p. 539 ss.). Per maggiori approfondimenti vd. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa,* in *Ind. Pen.*, 1977, p. 403; MILITELLO, *Agevolazione e concorso di persone nel Progetto 1992,* in *Ind. Pen.*, 1993, p. 575; VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale,* in *Riv. it.*, 1983, p. 1358. Per una panoramica delle impostazioni sull'efficienza del contributo causale dei concorrenti, che non ci è dato esaminare in questa sede, cfr. ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale,* cit., p.154 ss.

[101] Così PEDRAZZI, *Il concorso di persone* cit., p. 97, secondo cui "[…] l'estraneo non può fungere mai da esecutore nel reato proprio ma negare che possa eseguire parzialmente, a fianco di un soggetto qualificato, è spingersi […] troppo in là". In altri termini, nell'ipotesi in parola potrebbe sussistere una forma di accessorietà reciproca: una sorta di interdipendenza bilaterale derivante dalla consecuzione del fatto e, dunque, dalla realizzazione ad opera dei concorrenti di "frammenti" del tipo, singolarmente non corrispondenti al modello legale. In conseguenza "[…] ciascun contributo, per acquistare rilievo giuridico, ha bisogno di venir accostato ad un altro complementare; al tempo stesso, nell'incontro, non si limita a ricevere, ma conferisce gli elementi del tipo che all'altro fanno difetto".

contenuto il modello accessorio. E' evidente infatti che sostenere la astratta possibilità che l'e*xtraneus* tenga sia pur solo in parte la condotta tipica, significa implicitamente negare la premessa di fondo dell'imprescindibilità di un'azione principale, cui ancorare l'incriminazione di ogni altro contributo causalmente diretto alla realizzazione del fatto.[102]

Opposta è invece l'ottica dei fautori della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale. È chiaro infatti che, postulata la creazione di una nuova fattispecie, risultante dall'incontro della norma di parte speciale con l'art. 110 c.p., la convergenza di ogni contributo alla realizzazione dell'offesa tipica è da sola sufficiente a determinare la responsabilità di ogni compartecipe, indipendentemente dalla natura dell'apporto causale fornito dall'intraneo, salvo diversa ed espressa indicazione legislativa. Quel che rileva è solo la direzione dei contributi concorsuali alla esecuzione complessiva del fatto criminoso: pertanto, date le premesse, almeno in linea generale non si può escludere una responsabilità a titolo di reato proprio quando l'estraneo abbia eseguito, anche per intero, la condotta tipica mentre l'intraneo si sia limitato ad un apporto marginale, purché concausalmente diretto alla commissione del fatto, o abbia comunque contribuito all'integrazione della fattispecie plurisoggettiva anche solo mediante l'apporto della propria qualifica personale.[103]

---

[102] In questo senso vd. la critica di DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva,* cit., p. 135: "se per qualificare penalmente le condotte *atipiche* occorre accostare le medesime a condotte *tipiche* […] allorché nessuna delle condotte dei concorrenti sia autonomamente *tipica* non dovrebbe aversi concorso eventuale". Da qui la negazione della teoria dell'accessorietà che "ridotta ad essere integrazione reciproca di condotte (tutte autonomamente *atipiche*)" perderebbe ogni sua efficacia.

[103] In tal senso cfr. ancora per tutti DELL'ANDRO, op. ult., cit., p. 133 ss. A conclusioni non dissimili perviene INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 494 ss., sia pur sulla base di premesse parzialmente diverse. L'A. ravvisa il connotato peculiare della fattispecie

Non è mancato poi chi per la soluzione del problema ha fatto ricorso al principio di stretta legalità[104] ovvero, sulla scia della dottrina d'oltralpe, ha ritenuto di aver riguardo più che all'aspetto meramente naturalistico del fatto, all'effettivo

---

concorsuale nell'elemento dell'organizzazione, intesa come sintesi dell'"interazione funzionale dei vari comportamenti" e ritiene ammissibile l'esecuzione della condotta tipica ad opera dell'estraneo solo se l'apporto del titolare della qualifica "pur atipico", abbia un significato consono alla qualifica soggettiva rivestita …e quindi esprima il profilo offensivo del reato proprio". Particolare è anche la posizione di PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 281 ss. L'A. in linea teorica generale esclude la necessità di una esecuzione personale della condotta tipica ad opera dell'intraneo ("..la condotta esecutiva, indipendentemente da chi sia tenuta, è imputabile alla totalità dei concorrenti, siano o non siano titolari della qualifica personale. Pertanto, l'intraneo, anche qualora abbia assunto una posizione marginale o del tutto estranea alla fase esecutiva, va considerato *come se* avesse direttamente posto in essere la condotta tipica. (…)…l'affermazione, secondo la quale all'intraneo deve essere assicurata nell'ambito del concorso di persone la stessa posizione che assume in ambito di realizzazione monosoggettiva, non può essere intesa come necessaria esecuzione diretta della condotta tipica, se non a costo di trasformare surrettiziamente qualsiasi reato proprio in un reato di mano propria"); poi opera un distinguo a seconda delle diverse tipologie di reato proprio. In particolare, ritiene che l'esecuzione personale dell'intraneo non occorra nei reati ove la qualifica è espressione della colpevolezza dell'autore (es. art. 578 c.p.) e nei cd. reati d'obbligo, essendo qui sufficiente la caratterizzazione del fatto in termini di abuso di funzioni e la strumentalità dell'apporto del soggetto qualificato alla violazione del dovere. In relazione invece alle fattispecie nelle quali le qualità dell'autore esauriscono il loro significato sul piano del disvalore materiale, d'azione o di evento, non perviene a soluzioni unitarie data l'eterogeneità della ipotesi d'illiceità annoverabili al gruppo e ammonisce pertanto l'interprete ad una attenta verifica del significato che l'esecuzione della condotta da parte del titolare della qualifica potrebbe assumere rispetto all'interesse protetto. Sul punto invece VENAFRO, voce *Reato proprio*, cit., p. 343 ss., ritiene che non possa essere adottata alcuna soluzione unitaria, ma che l'attenzione dell'interprete debba al contrario rivolgersi di volta in volta alle singole fattispecie incriminatici. A titolo esemplificativo, considera necessaria la partecipazione personale dell'intraneo nel delitto di bancarotta: "dove è necessario che i comportamenti tipizzati siano realizzati in prima persona dall'imprenditore. Infatti, solo nel momento in cui quelle condotte vengono realizzate dall'intraneo, si concretizza la modalità di lesione tipica della bancarotta".

[104] Così MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale,* cit., p. 278 secondo cui, in ossequio al principio di legalità, autore del reato proprio può essere unicamente l'intraneo, escludendo pertanto che l'estraneo possa commettere il fatto tipico. In senso contrario si esprime tra gli altri PELISSERO, *Il concorso nel reato,* cit., p. 266, secondo cui, nel "[…] concorso nei reati propri, è possibile affermare che la condotta esecutiva, indipendentemente da chi sia tenuta, è imputabile alla totalità dei concorrenti, siano o non siano titolari della qualifica personale; pertanto, l'intraneo, anche qualora abbia assunto una posizione marginale o del tutto estranea alla fase esecutiva, va considerato come se avesse direttamente posto in essere la condotta tipica […]". L'Autore conclude nel senso che "[…] l'affermazione, secondo la quale all'intraneo deve essere assicurata, in caso di realizzazione concorsuale la stessa posizione che assume in ambito di realizzazione monosoggettiva, non può essere intesa come necessaria esecuzione diretta della condotta tipica, se non a costo di trasformare surrettiziamente qualsiasi reato proprio in un reato di mano propria, almeno sino a che indicazioni diverse non siano tratte dalla stessa tipicità della fattispecie".

dominio sulla dinamica dell'accadimento delittuoso, da inquadrarsi nel paradigma della fattispecie di reato proprio solo laddove l'*intraneus* avesse conservato sul fatto una signoria analoga a quella che avrebbe avuto nella corrispondente ipotesi monosoggettiva.[105]

Ora, tanto la teoria dell'accessorietà che l'indirizzo ermeneutico che fa leva sulla dominabilità del fatto sono il frutto di un'elaborazione scientifica maturata in un contesto, quello tedesco, fortemente diverso dal sistema italiano e, come tali ma si adattano alle soluzioni legislative accolte nel nostro ordinamento giuridico. Pertanto, ci sentiamo di condividere le conclusioni cui perviene il modello della fattispecie plurisoggettiva eventuale e, per questa via, di ritenere ammissibile il concorso anche al cospetto di un contributo esecutivo marginale del soggetto qualificato. Quel che rileva, a nostro parere, è esclusivamente la direzione funzionale delle condotte di partecipazione alla realizzazione dell'offensività

---

[105] La soluzione è sostenuta da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 482 ss., limitatamente all'interpretazione dell'art. 117 c.p. Per approfondimenti ed indicazioni bibliografiche sulle conclusioni della dottrina tedesca in tema di dominio finalistico sul fatto cfr. invece PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,*cit., p. 259 ss. Condivisibili sono le critiche rivolte da quest'ultimo anche all'adozione del criterio del dominio finalistico sul fatto nell'ordinamento italiano (Ibidem, p. 269 ss.; IDEM, *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 336 ss.). Nondimeno, al di là delle normali difficoltà di adattare al nostro modello di partecipazione criminosa una soluzione teorica elaborata in un contesto profondamente diverso, come quello tedesco, il criterio in questione finisce per peccare di indeterminatezza o comunque per risolversi in un inutile sviamento del problema. Se infatti viene interpretato in senso rigorosamente oggettivo, il punto di riferimento più certo diviene nuovamente la realizzazione della condotta tipica ai sensi della fattispecie monosoggettiva di parte speciale, con la conseguenza che la sua applicazione non si discosta di molto dalle risultanze della teoria dell'accessorietà, con tutti i limiti ad essa rimproverati. Considerando al contrario prevalente il profilo soggettivo, oltre alle ovvie difficoltà di accertamento, si delinea il pericolo di costruire una sorta di responsabilità di posizione del soggetto qualificato come paventa anche LATAGLIATA, *Concorso di persone,* cit., p. 593. Sul punto vd. inoltre PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2003, p. 401, secondo il quale il concetto di signoria sul fatto, anche se utile sul piano della dogmatica esplicativa, non può essere utilizzato su quello della dogmatica ricostruttiva in quanto "intrinsecamente distonico".

tipizzata dal legislatore già nella corrispondente ipotesi di reità monosoggettiva: dunque, in linea generale, non riteniamo indispensabile per l'integrazione della fattispecie concorsuale, la realizzazione della condotta esecutiva ad opera dell'intraneo. Ovviamente, la soluzione accolta soffre una deroga in tutti i casi in cui, dall'analisi delle singole disposizioni incriminatici emerga una contraria volontà del legislatore penale ed una correlata esigenza di arricchire l'apporto normativo della qualifica con contribuzioni dell'intraneo apprezzabili sul piano naturalistico. Il riferimento immediato è ai cd. reati di mano propria, ove il significato offensivo del fatto impone l'esecuzione personale della condotta tipica da parte del soggetto qualificato.[106] Ma anche in altri casi, di meno palese soluzione, l'interprete dovrà comunque verificare se la concreta formulazione della disposizione di parte speciale imponga l'insostituibile attività del titolare della qualifica per la concretizzazione dell'offesa tipica. A titolo esemplificativo, la manualistica riporta spesso il caso del pubblico ufficiale che fornendo al compartecipe estraneo le indicazioni necessarie per l'apertura della cassaforte del suo ufficio, gli consenta così di appropriarsi illecitamente delle somme di denaro ivi contenute. L'ipotesi prospettata non è di agevole interpretazione e viene sussunta nell'art 314 c.p. da chi ritenga decisiva l'efficienza organizzativa e strumentale dell'apporto causale del pubblico

[106] Sui cd. reati di mano propria cfr. infra, cap. I, par. 4. Sulla specifica questione del contributo dell'intraneo in queste tipologie di illeciti vd. tra gli altri DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva,* cit., p. 133. L'A., dopo aver sostenuto la piena configurabilità del concorso in caso di esecuzione della condotta tipica ad opera dell'estraneo, precisa comunque che "non è escluso che qualcuno degli elementi formali del tipo monosoggettivo necessario debba esser posto in essere, in particolari ipotesi di reati propri, solo dal soggetto qualificato: indispensabile è, in tali casi, (che soltanto l'esame delle diverse strutture dei tipi necessari dei reati propri può precisare) alla lesione non solo la qualifica del soggetto ed un determinato elemento formale, disgiuntamente fra loro, ma proprio entrambi nella posizione *d'unione*".

ufficiale,[107] ovvero qualificata ai sensi dell'art. 646 c.p., da chi, viceversa, ritiene di far leva sul vincolo che necessariamente lega il solo intraneo al bene protetto.[108] E in ogni caso, per ritenere configurato un illecito proprio nella forma concorsuale occorre comunque un certo grado di infungibilità del contributo del titolare della qualifica: se infatti l'apporto del soggetto qualificato, pur causalmente connesso alla realizzazione del fatto criminoso, è completamente fungibile con quello proveniente da un qualunque altro concorrente estraneo, la relativa ipotesi delittuosa andrà inquadrata nella previsione normativa del reato comune anziché proprio. A titolo illustrativo, sarà responsabile per il reato comune il pubblico ufficiale che, ponendosi alla guida del furgone utilizzato per il delitto, consenta ai compartecipi di appropriarsi di beni appartenenti alla pubblica amministrazione: qui infatti il contributo dell'intraneo non risulta in alcun modo connesso al possesso di una data qualifica, né funzionalmente legato ad una condizione subiettiva peculiare e tale da determinare una forte relazione di affidamento con l'interesse tutelato.

2.3. Necessità di una partecipazione dolosa dell'intraneo al reato proprio.

La problematica relativa alla necessità di un coefficiente doloso dell'intraneo si presenta in termini simmetrici e speculari a quella, appena analizzata, della imprescindibilità o meno dell'esecuzione dell'azione tipica ad opera del soggetto qualificato. Nondimeno, si tratta di ricostruire la tipicità

[107] Così INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 494.
[108] In tal senso LATAGLIATA., voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 590.

oggettiva e soggettiva della fattispecie plurisoggettiva propria, ed ancora una volta, la soluzione al problema risente dei vividi dibattiti dottrinali in tema di concorso di persone nel reato e delle relative interpretazioni risolutive.

In generale, sulla base dei principi che governano la disciplina del concorso, improntati ad un modello unitario di responsabilità penale, non occorre la necessaria partecipazione dolosa di ogni concorrente al fatto: lo si ricava indubbiamente dalle previsioni degli artt. 111, 112, ultimo comma, e 119, secondo comma, c.p., che, ammettendo la punibilità dei compartecipi anche in difetto di imputabilità o colpevolezza di uno di essi, evidentemente prescindono da ogni valutazione squisitamente personale dei profili soggettivi di responsabilità.[109]

Ora, l'indubbia preminenza che l'intraneo assume, già a livello di fattispecie tipica, negli illeciti propri, ha persuaso inevitabilmente gli interpreti ad interrogarsi sull'applicazione in tali casi della regola generale: infatti, la particolare posizione rivestita dal soggetto qualificato rispetto agli altri compartecipi, per espressa scelta del legislatore, potrebbe indurre a ritenere imprescindibile il dolo del medesimo ai fini dell'imputazione solidale del fatto di reato a coloro che vi sono concorsi.[110]

---

[109] Vd. SPASARI, *Dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale al concorso nel medesimo reato. Appunti di dommatica esegetica,* in *Scritti in memoria di R. Dell'Andro,* II, Bari, 1994, p. 930. Il supporto dogmatico alla soluzione è senza dubbio rappresentato dalla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale: a tal proposito cfr. le conclusioni di DELL'ANDRO*, La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale,* cit., p.102 ss.; GALLO M. *Appunti di diritto penale,* III, *Le forme di manifestazione del reato,* cit., p. 153 ss.

[110] Importante è la precisazione di PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 291, che sottolinea come disquisire della partecipazione dolosa dell'intraneo significhi porre l'attenzione non solo sulla consapevolezza che lo stesso dovrebbe avere della propria qualifica, ma sul dolo generalmente inteso, come volizione e rappresentazione dell'intero fatto di reato: "In altri termini, e per esemplificare, non rileva tanto, o meglio soltanto, che l'intraneo sappia di essere titolare della qualifica, (ad esempio di pubblico ufficiale), quanto piuttosto di concorrere alla commissione di un fatto costitutivo di reato proprio".

Come si accennava, anche qui la soluzione al problema dipende dal modello accolto per spiegare il fondamento della responsabilità dei concorrenti in caso di realizzazione concorsuale del fatto criminoso, non potendo neppure soccorrere l'indicazione offerta dall'art. 117 c.p., circoscritta a specifiche ipotesi di realizzazione di un reato proprio.

In particolare, i postulati della teoria dell'accessorietà inevitabilmente richiedono una partecipazione dolosa del titolare della qualifica, almeno nell'impostazione teorica estrema, mutuata dall'ordinamento tedesco e che esige, per la punibilità degli agenti, la commissione di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole.[111] Laddove invece, si preferisca ricorrere all'alternativa "intermedia" che si limita a richiedere l'esistenza di una condotta tipica ed oggettivamente antigiuridica, l'agire doloso dell'intraneo non diviene indispensabile.[112]

La formula estensiva da cui muove la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale conduce al contrario, almeno in linea generale, ad optare per l'irrilevanza dell'atteggiamento psicologico del soggetto qualificato, a condizione, come è ovvio, che il dolo di partecipazione sussista almeno in uno dei concorrenti estranei. La nuova tipicità, che deriva dalla combinazione della singole disposizioni di parte speciale con le norme sul concorso, potrà infatti risultare integrata anche sulla base della fusione del contributo esecutivo dell'intraneo con il coefficiente doloso apportato dall'estraneo. In conseguenza, salvo che non ricorrano gli estremi per l'applicazione dell'art. 117 c.p., anche in assenza di una partecipazione dolosa del

[111] Sul punto cfr. infra, 1., nt. 96. Per una completa spiegazione dei risvolti della teoria dell'accessorietà estrema nell'ordinamento tedesco cfr PELISSERO, op. ult. cit., p. 291 ss.
[112] In questo senso PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 31 ss.

soggetto qualificato i compartecipi risponderanno del reato proprio, purché consapevoli di concorrere alla commissione di un fatto criminoso insieme con il titolare della qualifica prescritta dalla legge.[113]

Analogamente a quanto si è detto a proposito dell'inquadramento del ruolo oggettivo dell'intraneo nella fattispecie concorsuale, si ritiene che, anche in riferimento alla tipicità soggettiva, le soluzioni esposte corrispondano ad indicazioni di massima, cui occorre derogare in presenza di contrarie indicazioni legislative. Pertanto, la partecipazione dell'estraneo ad un fatto non doloso dell'intraneo, generalmente ammessa, deve comunque escludersi in tutti i casi in cui l'offesa all'interesse protetto sia ancorata ad un peculiare disvalore di condotta e, dunque, ad un agire colpevole del soggetto qualificato.[114]

Esempi in proposito sono stati offerti all'interprete dalla categoria forse più ampia di reati propri, ossia i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. Rispetto a questo gruppo di illeciti taluni si sono addirittura spinti sino ad

---

[113] Così DELL'ANDRO, op. cit., p. 136. Interessante è la precisazione di PELISSERO, op. ult. cit., p. 301 che chiarisce come il dolo in questi casi presenti una doppia incidenza, sul piano della colpevolezza ma ancor prima su quello della tipicità del fatto. Su quest'ultimo punto vd. anche DONINI, *Teoria del reato. Un'introduzione,* Padova, 1996, p. 64 ss.

[114] Così DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva,* cit., p. 136 ss. L'A. precisa come laddove dall'esame della fattispecie monosoggettiva di parte speciale emerga che la coscienza e volontà dell'azione da parte del soggetto qualificato è "essenziale alla lesione del bene tutelato", sarà necessario l'atteggiamento doloso dell'intraneo. Nello stesso senso GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso,* cit., p. 110, il quale sottolinea come sia decisiva la valutazione della "[…] natura dell'offesa – contenuto del reato in questione"; INSOLERA, voce *Concorso di persone,* cit., p. 493; MANTOVANI F., *Diritto penale,* cit., p. 564; ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico,* cit., p. 227, che sul punto osserva come nelle ipotesi in cui a costituire l'offesa all'interesse tutelato concorra un particolare disvalore di condotta, per la cui realizzazione è necessaria la dolosa partecipazione di un soggetto qualificato, se quest'ultimo agisce incolpevolmente non si potrà ammettere una responsabilità penale dell'*extraneus* a titolo di concorso nel reato proprio perché, in mancanza di dolo dell'*intraneus*, viene a realizzarsi un fatto che, non essendo in grado di ledere l'interesse tutelato, risulta carente di tipicità.

esigere una costante partecipazione dolosa dell'*intraneus*, basata su di una asserita impossibilità di percepire le relative disposizioni con solo riguardo all'interesse protetto e su di una correlata pregnanza del disvalore di condotta riferito ai titolari della qualifica di pubblico ufficiale.[115]

Ora, pur non potendo aderire acriticamente all'impostazione su indicata, che a nostro parere finisce per estrinsecarsi in una generalizzazione indistinta della categoria, come tale avulsa dall'analisi delle singole disposizioni di parte speciale, nondimeno ci sentiamo di condividere l'opinione di chi ha ritenuto necessaria una compartecipazione colpevole dell'intraneo almeno nel caso di tipizzazione nella fattispecie monosoggettiva di condotte di abuso.[116] Qui infatti il disvalore personale d'azione assume un peso fondamentale ed è

---

[115] Così SEMINARA, *Tecniche normative,* cit., p. 403 ss. *Contra*: INSOLERA, voce *Concorso di persone,* cit., p. 494; ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico* cit., p. 227, per il quale un'analisi delle diverse fattispecie di reato contro la pubblica amministrazione consente di individuarne alcune nelle quali l'interesse tutelato può essere leso anche in caso di partecipazione incolpevole dell'*intraneus.*

[116] Cfr. PAGLIARO, *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione,* in *Dir. pen. proc.,* 1995, p. 979. Controverse invece le soluzioni emerse in tema di peculato. Sul punto pone attenzione all'interesse tutelato MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 564, secondo cui la soluzione al problema della necessità o meno della colpevolezza in capo all'intraneo dipenderebbe dall'interesse che si considera protetto dalla norma incriminatrice di parte speciale. In altre parole, se il bene oggetto di tutela viene identificato nel patrimonio dell'ente pubblico, allora sarebbe sufficiente per l'ascrizione di responsabilità il semplice apporto oggettivo del pubblico ufficiale; se, per converso, oggetto di presidio è considerato il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, la partecipazione dolosa deve essere ritenuta indispensabile. Analogamente PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 299 ss.; ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico,* cit., p. 227. Considera imprescindibile il dolo del pubblico ufficiale invece VENAFRO, voce *Reato proprio,* cit., p. 343. In tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. sono interessanti le osservazioni di DEMURO, *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia,* in *Riv. trim. dir. pen. ec.,* 1998, p. 845. L'A. evidenzia come questi illeciti si caratterizzino come propri non solo dal lato attivo, ma anche da quello passivo ("[…] sono reati propri, oltre che per il ristretto numero dei possibili soggetti attivi, anche e soprattutto per la presenza di un soggetto passivo costante e particolare, quale è la Pubblica amministrazione") e ne individua la caratteristica peculiare nel "[…] rapporto di immedesimazione organica che lega i funzionari pubblici con la Pubblica amministrazione: l'organo impersona l'istituzione, la realizzazione del reato 'spezza' il rapporto organico ed il soggetto si contrappone alla Pubblica amministrazione che diviene soggetto passivo".

espressione della relazione di affidamento intercorrente tra pubblico ufficiale e interesse protetto: rapporto che indubbiamente impone l'accentuazione dell'aspetto personalistico nell'interpretazione della fisionomia degli illeciti in questione.

Ad ogni modo, tornando ad una visuale più generale del problema, i diversi esiti interpretativi, pur nella loro varietà, convergono sulla necessità di vagliare, con riguardo alle singole disposizioni incriminatici, i rapporti tra disvalore di condotta e di evento, per considerare rispettivamente necessaria o trascurabile la compartecipazione colpevole del titolare della qualifica.[117]

---

[117] Così tra gli altri MANTOVANI F., op. ult. cit., p. 564; SEMINARA, *Tecniche normative,* cit., p. 402, secondo cui "[…] è necessario verificare se la qualifica dell'agente, all'interno delle varie disposizioni, riguardi la sua colpevolezza o l'offesa per l'interesse tutelato". In argomento PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 315 ss., adotta soluzioni diverse a seconda della "sottocategoria" di reato proprio preso in considerazione. In particolare, esclude la necessità del dolo del soggetto qualificato per gli illeciti propri a qualifica personale neutra, mentre lo ritiene imprescindibile nei reati caratterizzati da qualifiche "che tipicizzano giudizi di colpevolezza"; non perviene a conclusioni unitarie per gli illeciti propri cd. a qualifica fattuale, ove, ad opinione dell'A., a volte (es. l'incesto) si esige la compartecipazione dolosa mentre in altri casi se ne può prescindere. Quanto infine alla categoria dei cd. reati d'obbligo, in linea generale ritiene fondamentale la partecipazione dolosa ("Ammettere, in questi casi, un concorso dell'*intraneus* non in dolo significherebbe stravolgere la tipicità della fattispecie incriminatrice e far assumere al fatto collettivo una fisionomia complessiva del tutto differente da quella della fattispecie monosoggettiva"); poi opera un ulteriore distinguo tra le ipotesi in cui la qualifica assolverebbe ad una funzione *strumentale* (la relativa tipologia di reati è etichettata dall'A. come reati d'obbligo a funzione 'strumentale'), e quelle nei quali essa svolgerebbe un ruolo *ricognitivo* (si parla di reati d'obbligo a funzione 'ricognitivo strumentale'). Nel primo gruppo di illeciti, il riferimento, a mezzo della qualifica, alla posizione di dovere avrebbe una funzione propedeutica alle esigenze di tutela del bene, identificando essenzialmente un disvalore d'evento, di modo che sul piano dell'imputazione soggettiva, "[…] la partecipazione dolosa dell'*intraneus* non appare rilevante ai fini del disvalore complessivo di cui la fattispecie è espressione ed avrà efficacia solo ai fini della commisurazione della pena". Nei reati d'obbligo a funzione 'ricognitivo strumentale' invece la qualifica inciderebbe sull'economia complessiva del disvalore della fattispecie, così che "[…] il dovere svolge una importante funzione ricognitiva di un bene, del quale è elemento costitutivo la consapevolezza di violare i doveri di cui il titolare è investito". Sul punto PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto,* cit., p. 73 ss., ritiene che la necessità o meno del dolo dell'intraneo dipenda dal riflettersi oppure no della qualifica sui momenti effettuali che entrano nella struttura del fatto di reato. Secondo l'A. un tipico esempio di reato proprio nel quale non si

In altre parole, sia pur con accenti diversi, si dice che il coefficiente psicologico in capo all'intraneo, non richiesto per fattispecie costruite esclusivamente sulla lesione del bene, assume invece un ruolo decisivo ogni qual volta si riscontri nella struttura della norma, una componente personalistica che, in termini di violazione del dovere, informi di se il significato logico giuridico della tutela penale. Pertanto, laddove la tipicità della fattispecie sia arricchita di un peculiare disvalore d'azione, non può ammettersi il concorso dell'intraneo non in dolo.

2.4. Reato proprio e incapacità dei concorrenti. Rapporti tra l'art. 48 e l'art. 110 c.p.

A questo punto dell'analisi, resta da affrontare un ulteriore problema, relativo al rapporto tra la disciplina del concorso e l'art. 48 c.p. in materia di reati propri. La disposizione in parola regola la commissione di un reato per induzione in errore, e consente di imputare il fatto realizzato dall'ingannato direttamente al determinatore.

Come è noto, nell'ordinamento italiano, per espressa previsione legislativa, è indubbia la possibilità di qualificare come concorrente anche il soggetto non imputabile o non punibile a cagione di una condizione o qualità personale,[118] e questo rende particolarmente spinosa la comprensione dei rapporti tra l'art. 48 c.p. e la disciplina concorsuale. Sulla

---

richiederebbe la conoscenza della qualifica da parte dell'*intraneus,* sarebbe costituito dal delitto di bancarotta, dove la qualità di "fallito" potrebbe dipendere anche da una sentenza emanata posteriormente al compimento di fatti integrativi del delitto, e dunque alla consumazione del reato. Così PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta,* Palermo, 1957, p. 56 ss.

[118] Ci si riferisce chiaramente al combinato disposto degli artt. 111, 112, ult. co. e 119 c.p. Cfr. sul punto GALLO M., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, cit., p. 31 ss.

questione il panorama dottrinale appare particolarmente composito ma comunque inquadrato all'interno di due linee interpretative fondamentali.

La prima che, risentendo chiaramente degli influssi degli studi d'oltralpe, riconduce la determinazione in errore alla figura dell'autore mediato[119] [120]. La seconda che, al contrario, rifiutando la ricezione del concetto di reità mediata, poco consono alla

---

[119] Così LATAGLIATA., voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 578; MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato,* in *Studi in memoria di G. Delitala,* II, Milano, 1984, p. 839. In termini parzialmente diversi SEMINARA, *Tecniche normative,* cit., p. 367 ss., il quale escludendo il concorso, ritiene si tratti di un'ipotesi di esecuzione monosoggettiva ove autore del fatto risulta esclusivamente l'ingannatore. Secondo l'A. la nozione di autore si basa sull'effettivo dominio sul fatto, di tal che "è autore colui il quale, personalmente e consapevolmente, realizza tipicamente l'atto produttivo dell'evento, ovvero sfrutta la condotta di un altro soggetto costringendolo fisicamente, inducendolo in errore o ponendolo in stato di incapacità di intendere o di volere". In quest'ottica il *deceptus* degrada a *longa manus* del *decipiens*, che risulta autore unico del fatto criminoso. In senso critico PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 308 ss., secondo cui l'impostazione, pur avendo il pregio di conferire all'art. 48 c.p. un fondamento autonomo rispetto alla teoria del concorso, risulta troppo ancorata ai dettami della dottrina d'oltralpe, non esportabile nel sistema italiano, ove non è offerta una definizione di autore, ma al contrario si adotta un modello basato sull'equiparazione, a livello sanzionatorio, delle condotte dei compartecipi.

[120] La figura dell'autore mediato è stata creata dalla dottrina tedesca per colmare le lacune di tutela derivanti dall'accoglimento della teoria dell'accessorietà nella sua accezione estrema (in tema di origini storiche della figura cfr. ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 150 ss. e la letteratura ivi contenuta). Alcuni autori ritengono di poter rinvenire ipotesi di reità mediata negli artt. 46, 48, 54, ult. co., 86 e 111 c.p. (cfr. tra gli altri MORSELLI, *Note critiche,* cit., p. 422 ss., che esclude però i casi di cui all'art. 86 e 111 c.p.). Ad ogni modo, la maggioranza degli interpreti esclude il ricorso alla figura in quanto non necessaria in un sistema positivo, come quello italiano, che, sulla base degli artt. 111, 112, ult. co. e 119 c.p., considera concorrente anche il soggetto non imputabile e non punibile, tanto più che il meccanismo di circostanze aggravanti previsto negli art 111 e 112 c.p. consente comunque di garantire la giusta risposta sanzionatoria all'operato di chi si serva dell'altrui stato incolpevole o di incapacità (così GALLO M., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, cit., p. 73; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato,* Milano, 1973, p. 190; SINISCALCO, voce *Autore mediato,* in *Enc. dir.,* IV, 1959, p. 443 ss.). In particolare PADOVANI, op. ult. cit., p. 53, ha evidenziato come l'applicazione del concetto di autoria mediata potrebbe addirittura condurre a risultati opposti a quelli cui si perviene nell'ordinamento tedesco, consentendo un trattamento sanzionatorio più mite di quello derivante dall'applicazione dei principi generali, mentre altri interpreti (vd. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato,* cit., p. 56; SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato,* cit., p. 129 e 350 ss.) rilevano la contraddittorietà del ricorso alla figura. Considerare penalmente rilevante l'azione dell'esecutore, implica infatti una necessaria permanenza del significato penalistico dell'azione che rende equivoco il ricorso al concetto di reità mediata; ritenere al contrario assente una condotta penalmente rilevante dell'esecutore, strumento dell'*Hintermann*, significa considerare quest'ultimo autore vero e proprio del fatto.

disciplina concorsuale delineata dal codice Rocco, individua la portata innovativa della disposizione in esame nell'apporto derogatorio che le è proprio, rispetto ai principi generali in tema di concorso di persone nel reato: in altre parole, la norma consentirebbe, in caso di determinazione in errore, di evitare le conseguenze derivanti dall'applicazione dell'art. 110 c.p., e di imputare al *decipiens* il fatto commesso dal *deceptus.* Con particolare riguardo ai reati propri, l'articolo avrebbe inoltre un'importante funzione incriminatrice, oltre che di disciplina, relativamente alle ipotesi in cui la lesione dell'interesse protetto sia ancorata ad un imprescindibile apporto colpevole dell'intraneo. Nei casi in questione, infatti, la tipicità della fattispecie non risulta integrata in assenza di una compartecipazione dolosa del soggetto qualificato, con conseguente esclusione di responsabilità dei concorrenti. L'art 48 c.p. invece, in chiave derogatoria, consentirebbe la punibilità del *decipiens* ogni qual volta la mancanza di dolo del titolare della qualifica sia derivata da inganno.[121] In quest'ottica, la disposizione dà quindi luogo ad un'ipotesi speciale di concorso di persone nel reato che, in assenza di specifiche previsioni, sarebbe stata certamente ricompresa nella disciplina generale di cui all'art. 110 c.p., con importanti conseguenze anche in tema di errore. In particolare, nei reati a qualifica fondante l'art. 48 c.p., attraverso il richiamo all'art. 47 c.p., escluderebbe la responsabilità dell'intraneo ingannato per difetto di dolo; in quelli a qualifica differenziale, ove muti il titolo di reato,

[121] In tal senso GALLO M., *Appunti di diritto penale,* III, cit., p. 184 ss. Analogamente FROSALI, *Le ipotesi tipiche di "responsabilità per causa mediata"*, in *Scuola positiva,* 1951, p. 402; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato,* cit., p. 115 ss. In senso parzialmente difforme PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 313 che comunque esclude il riconoscimento all'art. 48 c.p. di una funzione incriminatrice vicaria a quella dell'art. 110 c.p.

opererebbe invece in deroga all'art. 117 c.p. In altri termini, il *deceptus*, anziché rispondere del reato proprio al pari del *decipiens,* secondo i dettami dello stesso art. 117 c.p., sarebbe responsabile esclusivamente del reato comune se rispetto allo stesso versi in dolo ex art. 47, secondo comma c.p. La soluzione però, giova precisare, riguarderebbe le sole ipotesi di determinazione in errore, e non quelle di sfruttamento di una situazione di errore preesistente, che rimarrebbero assoggettate alle regole generali e, in caso di mutamento del titolo, all'applicazione dell'art. 117 c.p. che impone all'intraneo, in ossequio al principio di unitarietà dei titoli di responsabilità, la punibilità per il reato proprio commesso, anziché per la corrispondente fattispecie di reato comune.[122]

Ora, le indubbie difficoltà che derivano dall'adattare alla disciplina italiana soluzioni nate nel sistema tedesco che, come più volte abbiamo detto, risulta ancorato a presupposti

---

[122] Vd. GALLO M., *Appunti di diritto penale,* III, cit., p. 190; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato,* cit., p. 98. *Contra*: LATAGLIATA., voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 578; SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato,* cit., p. 368, nt. 84, secondo cui "per evitare l'irrazionale diversità di disciplina conseguente a tale interpretazione potrebbe osservarsi come l'art. 48 c.p., riferendosi alla determinazione in errore "sul fatto che costituisce il reato", pone un rapporto tra l'attività determinatrice e lo stato di errore del *deceptus* sulle conseguenze della propria condotta, lasciando impregiudicata la questione se l'errata percezione della realtà sia preesistente o successiva alla determinazione" Critico rispetto a quest'ultima soluzione PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 309, nt. 53, che evidenzia sia le difficoltà di adeguamento dell'interpretazione alla rubrica e alla prima parte della norma, che stabiliscono un'indubbia relazione tra determinazione in errore ed inganno altrui, sia i limiti che comunque deriverebbero dall'eventuale accoglimento della tesi. "Anche a voler seguire questa interpretazione, questa consentirebbe di includere solo i casi di sfruttamento di un preesistente errore indotto da terzi, ma non i casi in cui l'errore non sia dipeso da una condotta umana: così facendo, però, si sana una disparità di trattamento e se ne apre un'altra". L'A., dal canto suo, ritiene irragionevole la divergenza di trattamento tra le due situazioni di sfruttamento e determinazione in errore, non basata su valide ragioni giuridiche o criminologiche. Sotto il primo profilo infatti, la divergenza di condotte non può giustificare un diverso trattamento sanzionatorio in termini di ragionevolezza e, anche a livello criminologico, il maggior grado di pericolosità di chi determini taluno in errore, anziché limitarsi a sfruttare una situazione di errore preesistente, non è comunque tale da fondare una risposta sanzionatoria così inadeguatamente diversa. Sulla questione cfr. anche CIANI, *Autore mediato e reato proprio,* in *Cass. pen.*, 1997, p. 1720.

profondamente diversi da quelli fatti propri dall'ordinamento italiano in materia concorsuale, ci inducono a ritenere preferibile la soluzione offerta dai fautori della fattispecie plurisoggettiva eventuale o comunque da coloro che, per altre vie, escludono il ricorso all'autoria mediata e riconducono l'art. 48 c.p. ad una ipotesi speciale di concorso di persone nel reato.

Quanto poi all'ipotesi inversa, del soggetto qualificato che "si serve" dell'estraneo incolpevole per la commissione di un fatto di reato, l'accoglimento della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale ci porta a concludere, almeno in linea generale, per l'ammissibilità del concorso. Ciò in quanto "l'intraneo contribuisce, attraverso la propria qualifica personale, a ricomporre lo schema degli elementi essenziali alla lesione in massima parte posti in essere dall'estraneo incapace ed incolpevole".[123]

[123] Così DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 137.

CAPITOLO III

IL MUTAMENTO DEL TITOLO DI REATO

SOMMARIO: 1. L'art. 110 come referente normativo delle fattispecie di reato proprio. 2. L'unità del titolo di reato. 3.1. La natura giuridica dell'art. 117 c.p.: un'ipotesi di responsabilità oggettiva. 3.2. *(segue)* L'esclusione delle qualifiche soggettive dall'oggetto del dolo e l'interpretazione dell'art. 117 c.p. come ipotesi di responsabilità dolosa. Critica. 3.3. *(segue)* La necessaria consapevolezza della qualifica dell'intraneo come condizione per la punibilità dell'estraneo a titolo di reato proprio. La posizione di Latagliata. Critica. 3.4. *(segue)* Le qualifiche soggettive come aggravanti del reato comune e la conseguente applicazione estensiva dell'art. 59 c.p.v. Critica. 3.5. *(segue)* Il requisito implicito della conoscibilità della qualifica. 3.6. *(segue)* L'art. 117 c.p. quale ipotesi di responsabilità anomala e l'art. 45 c.p. come parametro di riconduzione a costituzionalità di ogni caso di responsabilità oggettiva. 4. L'art. 117 e la partecipazione dolosa dell'intraneo. 5. Rapporti tra gli artt. 116 e 117 c.p. 6. L'applicazione dell'attenuante facoltativa. 7. L'art. 117 c.p. e le prospettive di riforma.

1. L'art. 110 come referente normativo delle fattispecie di reato proprio.

Come sostiene la maggioranza degli interpreti, l'art. 117 c.p. non esaurisce la materia del concorso di persone nel reato proprio.[124] La norma contempla infatti ipotesi specifiche di

[124] Così INSOLERA, *Concorso di persone* cit., p. 491; ID., *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1998, p. 450. L'A. sottolinea come il problema interpretativo dell'art. 117 c.p. si collochi su un

partecipazione criminosa, caratterizzate da circoscritti e stringenti presupposti e vi ancora una peculiare regolamentazione, come tale a carattere derogatorio e dunque eccezionale. La disposizione, come vedremo, si applica infatti ai soli casi di illecito proprio a qualifica cd. differenziale, ove muti il titolo del reato e, a nostro sommesso giudizio, difetti anche la rappresentazione della qualifica da parte dell'estraneo.[125]

Norma cardine del sistema concorsuale resta ancora l'art. 110 c.p. che conserva la sua portata generale e regola ogni caso di realizzazione plurisoggettiva di un fatto di reato assolvendo anche in presenza di illeciti propri le classiche funzioni di disciplina ed estensione della punibilità.[126] Da un lato consente infatti l'incriminazione di condotte che, singolarmente considerate, non integrerebbero gli estremi delle fattispecie descritte nella parte speciale; dall'altro, stabilito il principio della pari responsabilità dei concorrenti, fa salve le disposizioni successive che consentono di graduare la pena in rapporto al reale contributo apportato da ciascun compartecipe e tra le quali deve senza dubbio essere ricompreso l'art. 117 c.p.[127]

---

piano distinto rispetto a quello più generale del concorso nel reato proprio: segnatamente, la disposizione, disciplinando una ipotesi di partecipazione peculiare sotto il profilo della determinazione dell'oggetto del dolo, rivelerebbe una portata derogatoria rispetto ai principi generali che governano l'elemento soggettivo nel concorso. Nello stesso senso GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso* cit., p. 104 ss.; GROSSO, in GROSSO – NEPPI – MODONA – VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato,* Torino, 2002, p. 320; MANTOVANI F., *Diritto penale* cit., p. 563.

[125] Vd. infra, 3.6.

[126] Sulle funzioni dell'art. 110 c.p. cfr. tra gli altri DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale,* cit., p. 56 ss.; GALLO M., *Appunti di diritto penale,* III, cit., p. 135 ss.; ID., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, p. 7 ss.; MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale,* Milano, 1965, p. 736; SPASARI, *Dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale al concorso nel medesimo reato,* cit., p. 918.

[127] Vd. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 20, secondo cui l'art. 117 c.p. avrebbe tanto un valore dichiarativo che precettivo. Dichiarativo rispetto alla possibilità di ammettere un concorso dell'estraneo nel reato proprio, precettivo con riguardo alla disciplina stabilita in caso di mutamento del titolo di reato per effetto della presenza di determinate qualifiche soggettive.

Quest'ultima norma concerne dunque solo specifici casi di concorso nel reato proprio, e costituisce una deroga parziale ai principi generali in tema di concorso.[128]

L'art. 110 c.p. rappresenta pertanto il referente normativo del concorso di persone nel reato proprio e ne regola le condizioni di ammissibilità secondo i principi generali. In conseguenza, oltre a tutti i requisiti ordinariamente richiesti dalla norma per la sussistenza del concorso,[129] sarà necessaria la dolosa partecipazione dell'estraneo, e dunque l'imprescindibile conoscenza delle qualità personali del soggetto qualificato, versandosi altrimenti in una ipotesi di carenza di dolo.[130]

Del resto, attribuire al contrario portata esaustiva all'art. 117 c.p., significherebbe, a rigore, ammettere una partecipazione concorsuale al reato proprio solo rispetto ad illeciti a qualifica differenziale, escludendola per quelli cd. a qualifica fondante, in chiaro contrasto con le soluzioni normalmente accolte dagli interpreti e suffragate dal diritto positivo.[131]

2. L'unità del titolo di reato.

La previsione di cui all'art. 117 c.p., e la disposta estensione ai compartecipi del titolo di reato proprio che riguardi soltanto taluni di essi, trova fondamento secondo la maggioranza degli interpreti nel quadro della concezione unitaria dell'illecito

---

[128] Per maggiori approfondimenti vd. infra, 5.

[129] Per una panoramica dei requisiti richiesti per il concorso cfr. GRASSO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale,* cit., p. 150 ss.

[130] Salvo non ritenere le qualifiche soggettive estranee all'oggetto del dolo. Sulla questione vd. infra Cap. I, par. 3. e i riferimenti bibliografici ivi riportati.

[131] Così correttamente PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 22 ss. In proposito, l'orientamento che attribuisce rilevanza generale all'art 117 c.p. coerentemente esclude il concorso dell'estraneo nei reati propri cd. a qualifica fondante. Vd. ad es. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale,* Milano, 2005, p. 639 ss.

concorsuale: anziché differenziare la responsabilità dei vari concorrenti, chiamando alcuni di essi a rispondere di reato proprio e altri della corrispondente fattispecie comune, si è uniformato il titolo di responsabilità e, conseguentemente, si è estesa ad ogni compartecipe l'applicazione della fattispecie speciale sotto il profilo della qualifica del soggetto attivo.[132] In altre parole, alla base della scelta legislativa vi è certamente la necessità di evitare che alcuni concorrenti siano puniti per un reato ed altri a diverso titolo unicamente per l'interferenza nella realizzazione del fatto di particolari qualità personali di un compartecipe o determinati rapporti intercorrenti tra costui e la persona offesa.

Per suffragare l'asserita imprescindibilità dell'unitarietà del titolo, dogma che costituisce il fondamento della previsione di cui al 117 c.p., si fa leva su argomenti letterali e sistematici. In primo luogo non trascurabile, si dice, [133] è l'utilizzo, nel testo dell'art. 110 c.p., del termine "reato" anzichè "fatto": in quest'ottica, dato anche l'estremo rigore del legislatore del '30 nella redazione delle norme, dall'utilizzo di tale terminologia si potrebbe dedurre la riferibilità della disposizione, e delle conseguenze sanzionatorie da essa contemplate, non solo al fatto materiale, ma al "reato", al completo di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi.[134] Ma ciò che maggiormente convince gli

---

[132] Vd. per tutti GRASSO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 228.

[133]Aderisce all'impostazione FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 470 ss. Analogamente RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato,* Milano, 1949, 124.

[134] In senso critico, PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 27, che taccia l'argomento di eccessivo formalismo ed aggiunge, a nostro parere correttamente, che l'unità deve essere in ogni caso riferita al fatto materiale e non anche alla volontà dei concorrenti. "Ancorare l'unitarietà del disvalore all'offensività del fatto implica, infatti, il rifiuto delle teorie soggettivistiche del concorso, che pongono in primo piano il tratto unificante della volontà dei concorrenti". In linea con questa impostazione è la ricostruzione offerta da PAGLIARO, *Principi,* cit., p. 522 e *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, cit., p. 14

interpreti che avallano il dogma dell'unità del titolo del concorso, è la consonanza dell'art. 117 c.p. in termini di disciplina con l'attiguo art. 116 c.p. che, per ragioni di prevenzione generale, prevede espressamente un'ipotesi di concorso anomalo e di estensione anche al compartecipe nolente della responsabilità per il reato diverso eventualmente realizzato.[135] In questo caso, si afferma, il legislatore ha chiaramente voluto riconoscere la responsabilità dei concorrenti a diverso titolo. Se ne deduce che la punibilità a titoli subiettivi distinti in ambito concorsuale costituisca un'eccezione, come tale oggetto di previsione esplicita, e non la regola: "un'interpretazione in senso contrario rappresenterebbe una forzatura del principio di legalità".[136] Senza contare la volontà del legislatore storico, che chiaramente improntava la disciplina concorsuale all'identità del titolo di reato ai fini dell'ascrizione di responsabilità per l'illecito plurisoggettivo, in specie per le previsioni di cui agli artt. 116 e 117 c.p.

Ora, è senza dubbio evidente che per il codificatore del '30 la configurazione unitaria del concorso postulasse l'unitarietà del

---

ss., secondo cui dal combinarsi delle disposizioni sul concorso nascerebbero più fattispecie differenziate, in relazione al numero dei concorrenti, identiche nel nucleo materiale tipico, ma diverse quanto all'atteggiamento psichico di ogni partecipe. Per maggiori chiarimenti sulla tesi vd. infra, cap. II, par. 1, nt. 96.

[135] Sui rapporti tra art. 116 e 117 c.p. vd infra, 5. Per ora è sufficiente sottolineare come l'art. 116 c.p. costituisca, almeno nella volontà del legislatore storico, una tipica ipotesi di responsabilità oggettiva, al pari dell'art. 117 c.p. Non è mancata comunque una ricostruzione in chiave soggettiva della disposizione in parola, volta a costituzionalizzarne la portata in ossequio al principio di colpevolezza sancito dalla Carta Costituzionale e ribadito dalla consulta (Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*,I, 1990, p. 415). La Suprema Corte ha infatti confermato che in tema concorso di persone nel reato, per aversi concorso anomalo ex art. 116 c.p., non basta la sussistenza di un contributo causale materiale al fatto, ma è necessario che l'evento diverso, ascritto alla responsabilità del compartecipe, sia da questi concretamente prevedibile come possibile evoluzione della fase esecutiva dell'originario proposito criminoso (vd. ex multis Cass. pen., 23 febbraio 1995, n. 3381 in *Cass. pen.,* 1996, p. 1129).

[136] Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale,* cit., 471. Per questa via l'A. chiaramente esclude il concorso doloso in delitto colposo.

titolo di responsabilità dei compartecipi, come emerge con chiarezza dai lavori preparatori: "il Progetto, in conformità alle conclusioni della più autorevole dottrina, accoglie la soluzione dell'applicabilità del titolo di reato a tutti i compartecipi, poiché tale soluzione si adegua al carattere unitario, che viene riconosciuto ed affermato al reato commesso con la presenza di più persone".[137]

Tuttavia pur riconoscendo il pregio dell'impostazione e la "forza" degli argomenti letterali e storici richiamati, a nostro parere, la complessità delle problematiche sottese non consente comunque un acritico accoglimento del "dogma dell'unitarietà del titolo" così come prospettato.[138]

In primo luogo, la ricostruzione degli art. 116 e 117 c.p. in termini di eccezionalità rispetto all'imputazione dolosa, necessiterebbe, a fronte dell'evidente aggravio sanzionatorio che ne deriva al concorrente inconsapevole (che, come detto, costituirebbe una deroga ai criteri generali di imputazione per concorso) quanto meno di una giustificazione dogmatica pregnante e non potrebbe basarsi esclusivamente su motivazioni di politica criminale, quali quelle che richiamano il sentito allarme sociale sotteso alle previsioni in parola, e in particolare alla disposta responsabilità per l'evento diverso da quello voluto.[139]

---

[137] Così *Relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco,* in *Lavori preparatori,*V, p. 175.

[138] Evidenzia la scarsa rilevanza del richiamo alla volontà del legislatore storico PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 28, che ribadisce la non vincolatività per l'interprete delle opzioni dogmatiche accolte dai redattori del testo, poco rilevanti ai fini di una interpretazione sistematica delle disposizioni codicistiche.

[139] La ricostruzione in termini di eccezionalità della previsione di cui al 116 c.p. rispetto all'imputazione dolosa avrebbe comunque il pregio di giustificare la richiesta sussistenza del rapporto causale tra condotta e evento, espressa con chiarezza nell'utilizzo del verbo "cagionare", ed in genere non necessaria, secondo la prevalente dottrina, ex art. 110. c.p. Sulla questione relativa alla soglia minima del contributo causale richiesto per la punibilità dei compartecipi vd. infra, nt. 100.

Ciò senza contare che l'asserita necessaria unitarietà del titolo di responsabilità di tutti i concorrenti, costituirebbe un insormontabile ostacolo alla configurabilità di un concorso doloso in fatto colposo, imposto invece da ragioni di coerenza sistematica. Dovendosi infatti ammettere, ex art. 112, ult. co., c.p., la punibilità dell'istigazione dolosa a un fatto incolpevolmente realizzato, non ci si può esimere, se non incorrendo in evidenti contraddizioni, dal ritenere applicabili le disposizioni sul concorso, in funzione incriminatrice e di disciplina, anche alla più grave ipotesi di realizzazione colposa del fatto ad opera dell'istigato.[140]

Pertanto, a fronte di quanto evidenziato, a nostro parere sarebbe opportuno ridimensionare il principio dell'unitarietà del concorso ed interpretare il termine "reato" di cui al 110 c.p. nella sua accezione naturalistica e offensiva. In altre parole, l'identità del titolo di reato dovrebbe riferirsi al solo profilo oggettivo della fattispecie, e non anche alla complessità degli elementi oggettivi e soggettivi che contribuiscono a comporla.[141] Del resto, diversamente opinando, il principio non avrebbe capacità di tenuta ne rispetto alla cd. teoria delle fattispecie plurisoggettive

---

[140] Sul punto vd. GRASSO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 227 ss.; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo,* Milano, 1988, p. 229 ss. Riconduce i casi di concorso doloso in fatto colposo all'istituto dell'autoria mediata FIORE C.- FIORE S., *Diritto penale. Parte generale,* Torino, 2008, p. 518. *Contra*: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale,* cit., p. 470 ss., secondo cui dall'inammissibilità di un concorso doloso in fatto colposo non deriverebbero insormontabili vuoti di tutela. Sul punto replica CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato,* Milano, 2009, p. 119 ss, che ravvisa gravi lacune normative in relazione ai reati cd. a forma vincolata: "Ora, ciò appare vero nel caso in cui il reato commesso sia causale puro, dato che la punibilità di tutti i protagonisti della vicenda criminosa, ivi compreso il concorrente doloso, è assicurata, sulla base della fattispecie incriminatrice monosoggettiva, dalla peculiare caratteristica dei reati a forma libera, che consente di attribuire tipicità (e punibilità) a qualsiasi condotta (colpevole) causalmente collegata con l'evento. Ma nei reati a forma vincolata il concorrente atipico – e cioè, nel caso qui in esame quello che ha operato con dolo – non sarebbe punibile se non nell'ambito di una partecipazione criminosa, che in tal caso assume funzione incriminatrice".

[141] Cfr. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa,* Milano, 1999, p. 100.

differenziate, che si caratterizza al contrario per l'asserita scissione dell'unità del reato concorsuale, ne in relazione ai modelli teorici unitari di concorso. Non a caso, gli stessi fautori della teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale non escludono che i concorrenti, pur nell'ambito dell'unitaria offesa provocata all'interesse protetto, rispondano secondo distinti criteri di imputazione soggettiva.[142]

3.1. La natura giuridica dell'art. 117 c.p.: un'ipotesi di responsabilità oggettiva.

La dottrina, pur generalmente concorde nell'attribuire all'art. 117 c.p. una portata applicativa limitata alle sole ipotesi di mutamento del titolo di reato e, dunque relativa ai soli illeciti propri a qualifica differenziale, si divide nella ricerca del fondamento sostanziale e della natura giuridica della disposizione.

È indubbio che tra le previsioni normative che contemplano rispettivamente un reato comune e la corrispondente fattispecie propria sussista un rapporto di specialità e che, pertanto, le qualifiche svolgano, in caso di mero mutamento del titolo, un ruolo differenziale tra le disposizioni applicabili. In quest'ottica l'art. 117 c.p. detterebbe un criterio risolutivo del contrasto apparente tra le norme coinvolte (che prevedono la fattispecie comune e la relativa ipotesi propria), concludendo per

[142]Particolarmente chiaro sul punto è DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 111: "il rispondere dell'unitaria offesa provocata all'interesse tutelato attraverso la realizzazione della figura plurisoggettiva eventuale non esclude, peraltro, che ciascun concorrente risponda della lesione stessa secondo i propri presupposti soggettivi d'imputazione". Ad analoghe conclusioni pervengono i sostenitori della teoria dell'accessorietà, ed in particolare LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 580 e PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit., p. 82 ("una volta che l'accessorio desume dal principale la qualificazione del fatto, non importa se il titolo di responsabilità è diverso").

l'applicazione di quella che richiede per l'integrazione del fatto l'elemento specializzante della qualifica soggettiva.[143] Ad ogni modo, se la portata dell'articolo 117 c.p. si riducesse alla risoluzione del concorso apparente, la diposizione si rivelerebbe inutile o quanto meno superflua, soccorrendo a questo proposito già il criterio cd. della specialità in astratto. Ora, poiché il principio di conservazione degli atti normativi è canone fondamentale di ermeneutica giuridica, è chiaro che ad ogni diposizione, e dunque anche al 117 c.p., deve essere attribuito un significato razionale nell'economia del sistema.

Secondo la maggioranza degli interpreti[144] la portata innovativa della disposizione in parola risiederebbe nella capacità derogatoria che le è propria rispetto agli ordinari e generali canoni che governano l'imputazione dolosa in ambito concorsuale. In altre parole, l'art. 117 c.p. consentirebbe la parificazione in chiave oggettiva della responsabilità dei concorrenti, e dunque anche dell'estraneo ignaro della qualifica

---

[143] Sul punto cfr. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., p. 31 ss.

[144] Vd. tra gli altri BETTIOL, *Sul reato proprio* cit., p. 87, che definisce l'art. 117 c.p. come "una deviazione dai principi generali sul dolo e sulla colpa"; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., p. 111; DE VERO G., *Compartecipazione e personalità della responsabilità penale,* in *Studium iuris,* 1998; GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 251; GROSSO, voce *Responsabilità penale,*in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968, p. 711; INSOLERA, *Concorso di persone* cit., p. 492, per il quale "ritenere necessaria la consapevolezza dell'altrui posizione soggettiva, anche nel caso di modifica del *nomen juris*, e perciò quando esista una illiceità 'di base' del fatto che accomuna tutti i compartecipi, priva di significato l'esplicita previsione dell'art. 117 c.p., non potendosi più tracciare un ragionevole confine tra l'ultima norma e l'ordinario operare dell'art. 110 c.p."; MANTOVANI F., *Diritto penale* cit., p. 563 ss.; MOCCIA S., *Il problema della responsabilità oggettiva tra principio di tipicità e principio di colpevolezza,* in *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte Costituzionale,* a cura di G. Giostra e G. Insolera, Milano, 1998, p. 28; PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 34 ss., che precisa, tra l'altro come "in questa prospettiva, l'attenuante prevista avrebbe il chiaro significato di recuperare sul piano sanzionatorio l'avvenuta imputazione oggettiva di un reato più grave, sul modello dell'analoga riduzione di pena prevista dal secondo comma dell'art. 116 c.p." e ancora che " il criterio di distinzione tra gli artt. 110 e 117 è dunque costituito dal tipo di imputazione, soggettiva nel primo caso e oggettiva nel secondo"; RIZ, *Lineamenti di diritto penale. Parte generale,* Padova, 2001, p. 389; VENAFRO, voce *Reato proprio*, cit., p. 334.

subiettiva richiesta per l'integrazione della fattispecie propria. Infatti, l'*extraneus* che non conosce della qualità personale dell'*intraneus* dovrebbe, di regola, rispondere del solo reato comune ex art. 110 e 47, co. 2, c.p.: l'eccezionalità dell'art. 117 c.p. sta proprio nel disporre, al contrario, che l'estraneo, in dolo soltanto rispetto all'illecito comune, risponda della correlata ipotesi di reato proprio pur ignorando il presupposto essenziale per l'applicazione della fattispecie qualificata. Si tratterebbe, pertanto, di un tipico caso di responsabilità anomala ove il titolo d'imputazione finisce per scindersi dal nesso psicologico che lega l'estraneo alla realizzazione del reato proprio.

L'orientamento, a nostro sommesso parere condivisibile, sia pur con le dovute precisazioni,[145] è suffragato da validi argomenti di carattere storico e sistematico.

In primo luogo viene in rilievo la volontà del legislatore. Non vi è dubbio infatti che nelle intenzioni dei compilatori del codice la disposizione costituiva un'ipotesi di responsabilità oggettiva, basata sulla sola sussistenza del nesso eziologico tra condotta dei compartecipi ed offesa realizzata. Lo si evince, tra l'altro, dai Lavori Preparatori che, con ispirazione repressiva e comunque in ossequio al dogma dell'unità del titolo di reato, escludono con chiarezza la necessità di un coefficiente doloso per l'ascrizione di responsabilità del "fatto proprio" al compartecipe estraneo.[146] Senza contare la collocazione "topografica" della norma, ricompresa tra gli articoli 116 e 118 c.p. che, almeno nella

---

[145] Cfr. infra 3.6.

[146] In *Atti della Commissione parlamentare chiamata a dare il proprio parere sul progetto di un nuovo codice penale,* Lav. Prep., p.180 ss. si legge: "è indifferente che i partecipi conoscano le condizioni, le qualità personali, i rapporti suddetti. Codesto requisito non è richiesto dall'articolo in esame, né avrebbe potuto esserlo. Quell'unità di qualificazione giuridica, che il legislatore vuole imprimere all'unico fatto, sarebbe stata compromessa nella maggior parte dei casi, se l'efficienza della norma fosse dovuta dipendere, in pratica, dalla scienza o meno, delle condizioni e degli altri elementi di cui è cenno".

disciplina originaria, contemplavano casi di pura responsabilità oggettiva. E' infatti metodologicamente difficile da spiegare, data anche la precisione tecnica del codice Rocco, la previsione di un'ipotesi di imputazione "soggettiva", inserita all'interno di un sistema di norme relative invece a casi di responsabilità anomala. Appare logico al contrario ritenere che l'art. 117 c.p. si inserisca in una triade che individua e regola le situazioni in cui, in chiave derogatoria rispetto ai principi in tema di imputazione dolosa in ambito concorsuale, si è ritenuto di disporre la punibilità dei compartecipi sulla sola base del nesso causale che lega la condotta da essi tenuta all'evento dannoso realizzatosi.

Inoltre, a ben riflettere, se così non fosse, e se dunque si richiedesse, anche per l'applicazione del 117 c.p. la rappresentazione delle qualifiche personali, la disposizione ridurrebbe eccessivamente la propria portata applicativa. La funzione incriminatrice continuerebbe infatti ad essere espletata dall'art. 110 c.p., norma di copertura di tutte le forme di concorso nel reato proprio,[147] e all'art. 117 residuerebbe la sola funzione di disciplina in relazione alla previsione dell'attenuante facoltativa applicabile ai concorrenti estranei.[148] Inoltre, per questa via, diverrebbe difficilmente comprensibile la scelta di applicare l'attenuante stessa al solo caso di realizzazione concorsuale di reati propri a qualifica cd. differenziale.

---

[147] Il criterio discretivo tra la previsione dell'art. 110 e quella di cui al 117 c.p. non risiede infatti nell'applicazione del primo ai soli illeciti a qualifica fondante e del secondo ai reati propri a qualifica differenziale. Referente normativo della disciplina del concorso resta comunque l'art. 110 c.p., mentre il 117 c.p. si applica in chiave derogatoria ai soli casi di mutamento del titolo, quando però il concorrente estraneo, in dolo rispetto al reato comune, ignori la qualifica soggettiva dell'intraneo. Vd. per tutti GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 253.

[148] L'art. 117 c.p. prevede infatti l'applicazione di un'attenuante facoltativa nel caso in cui il reato proprio di cui i concorrenti rispondono sia più grave di quello comune. Per un'analisi delle questioni interpretative circa l'ambito di operatività dell'attenuante cfr. infra, 6.

Ad ogni modo, l'argomento più forte a sostegno della natura oggettiva della responsabilità prevista all'art. 117 c.p. può ricavarsi, a nostro parere, da un'attenta lettura dell'art. 1081 cod. nav. La norma stabilisce infatti che "fuori del caso regolato nell'art. 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. Tuttavia il giudice può diminuire la pena rispetto a coloro per i quali non sussiste la predetta qualità".[149] Ora, quest'ultima disposizione, tra l'altro cronologicamente posteriore rispetto all'art. 117 c.p., richiede espressamente una compartecipazione psicologica per l'ascrizione di responsabilità al concorrente estraneo, "fuori dal caso regolato dall'art. 117 del codice penale".[150] E' pertanto agevole desumere *a contrario* che nel caso di mutamento del titolo, regolato anche con riguardo ai reati della navigazione dal 117 c.p. vista la clausola di riserva, non occorra la conoscenza

[149] Per maggiori approfondimenti in tema di reati della navigazione cfr. PADOVANI, voce *Reati della navigazione,* in *Enc. dir.,* XXXVIII, 1987, p. 1193; RIVELLO, voce *Reati marittimi e aeronautici,* in *Dig. Disc. pen.,* XI, p. 114 ss.

[150] Sul punto PADOVANI, voce *Reati della navigazione,* cit., p. 1200 ss., chiarisce come la disposizione, richiamando la necessità di un coefficiente di colpevolezza relativo alla qualifica personale dell'intraneo, bandirebbe ogni forma di responsabilità oggettiva implicita "in un accertamento del nesso psichico disinvoltamente ispirato alla logica del *dolus in re ipsa*". A questo proposito, è appena il caso di osservare che l'art. 1081 cod. nav., ribadendo i principi generali in tema di imputazione dolosa, svolge esclusivamente una funzione di disciplina, con riferimento ai presupposti di applicazione della prevista attenuante. Quest'ultima, chiaramente, non trova la sua *ratio* come invece potrebbe dirsi rispetto a quanto disposto dall'art. 117 c.p., nella natura oggettiva della responsabilità dell'estraneo (che invece per essere ritenuto responsabile deve avere conoscenza delle qualità personali del soggetto qualificato), e nella correlata necessità di riequilibrare la risposta sanzionatoria, ma esclusivamente nel minor disvalore del comportamento tenuto dal concorrente ignaro della qualifica rivestita dall'intraneo. Così PADOVANI, op. ult. cit., p. 1201.

della qualifica ma sia sufficiente che l'*extraneus* versi in dolo rispetto al solo reato comune.[151]

In conclusione, alla luce delle considerazioni che precedono, appare chiaro che l'art. 117 c.p. preveda, quanto al concorrente estraneo, un difetto di congruenza tra il voluto e il realizzato e configuri un'ipotesi di responsabilità anomala. L'"anomalia" infatti sta proprio nella divergenza tra fatto imputato (reato proprio) e fatto voluto (reato comune) e pone, senza dubbio, problemi di compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale sancito all'art. 27 della Carta Costituzionale.

---

[151] Della stessa opinione GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 252; INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 492; PADOVANI, voce *Reati della navigazione,* cit., p. 1200; PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 39, secondo cui l'applicazione del 117 c.p. anche ai reati della navigazione in caso di mutamento del titolo "ribadisce l'efficacia extracodicistica del principio dell'unità del titolo di reato sopra lo stesso principio di imputazione soggettiva espresso dall'art. 1081 cod. nav."; VENAFRO, voce *Reato proprio,* cit., p. 345. *Contra:* LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 589, nt. 25, secondo cui il richiamo all'art. 1081 cod. nav. non vale ad escludere la necessità di un coefficiente psicologico per la punibilità dell'estraneo. "E' appena il caso di avvertire che la riserva contenuta nel comma I di questo articolo ("fuori del caso regolato nell'art. 117 c.p.") non presuppone affatto un rapporto di regola ad eccezione tra le norme dell'art. 1081 cod. nav. e dell'art. 117 c.p., ma ha la sola funzione di estendere espressamente alle ipotesi di incriminazione *ex novo* di una condotta collettiva altrimenti lecita la disciplina fissata nell'art. 117 c.p. per il "mutamento del titolo di reato". Sul rapporto regola eccezione esistente tra la due disposizioni cfr ancora PADOVANI, op. cit., p. 1201, che intende la portata del richiamo al 117 c.p. in senso restrittivo e circoscritto alle ipotesi in cui il mutamento del titolo sia dovuto esclusivamente alla richiesta qualifica soggettiva. L'A. individua infatti una serie di reati della navigazione, (es. la pirateria) ove il mutamento del titolo dipende, oltre che dalla qualità personale di uno dei concorrenti, anche da fattori ulteriori che incidono sul significato dell'offesa. Rispetto a queste figure criminose non varrebbe il richiamo al più severo regime di imputazione previsto dal 117 c.p. perché sarebbe quanto meno iniquo far rispondere di una fattispecie propria l'estraneo che, non conoscendo la qualifica, in realtà ignora tutta una serie di altri requisiti che da essa dipendono e sui quali si innesta il significato offensivo del fatto commesso. Per un'interpretazione singolare del rapporto tra gli artt. 1081 cod. nav. e 117 c.p. vd. anche CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale,*cit., p. 641, secondo cui poiché l'art. 1081 cod. nav. "richiede la conoscenza della qualità personale, dopo aver introdotto una clausola di riserva rispetto all'art. 117, vuol dire che l'art. 117 deve abbracciare entrambi i casi (conoscenza e non conoscenza della qualifica)" infatti, continua l'A., "se l'art. 117 si potesse applicare soltanto a chi non conosce la qualifica, la clausola di riserva stessa non avrebbe senso, dato che le due norme avrebbero ciascuna un ambito applicativo diverso".

E' proprio questa la ragione che ha spinto alcuni autori ad interpretare diversamente la disposizione tentando un recupero, parziale o totale, del principio di colpevolezza e richiedendo un coefficiente minimo di conoscibilità della qualifica per l'imputazione del reato proprio al concorrente estraneo. Nelle pagine che seguono non ci si può dunque esimere dal passare in rassegna le varie teorie che consentono, per diverse vie, una lettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 117 c.p.: tesi che talvolta negano in radice la natura oggettiva della responsabilità prevista all'art. 117 c.p., e in altri casi richiedono invece, nel rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, la consapevolezza o quanto meno la conoscibilità dell'altrui posizione soggettiva per l'imputazione a titolo di reato proprio.

3.2. *(segue)* L'esclusione delle qualifiche soggettive dall'oggetto del dolo e l'interpretazione dell'art. 117 c.p. come ipotesi di responsabilità dolosa. Critica.

Suggestiva sul piano dommatico è la soluzione avanzata da autorevole dottrina secondo cui l'art. 117 c.p. non porrebbe alcun problema di costituzionalità configurando una responsabilità non oggettiva, ma al contrario, dolosa.[152]

L'opinione si fonda su una ricostruzione dell'oggetto del dolo non comprensiva delle qualità personali del soggetto attivo[153] (come anche dell'identità del soggetto passivo) e, coerentemente, si basa sul rilievo che la divergenza tra il voluto e il cagionato

---

[152] L'opinione è espressa da GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso,* cit., p. 108 ss.

[153] Secondo GALLO M., voce *Dolo (dir. pen.),* cit., p. 763, il fatto risulta composto esclusivamente "dalla condotta, dalle note che la qualificano, eventualmente dalle conseguenze giuridicamente rilevanti della condotta, nonché …. dalla mancanza di situazioni scriminanti", e le qualifiche personali ne costituirebbero soltanto un mero presupposto. Per maggiori approfondimenti vd. infra, cap. 1, par.3.

che cada su un elemento concreto non corrispondente al alcun requisito del fatto tipico non impedisce come tale l'imputazione a titolo di dolo.

Le soluzioni sono identiche sia nel caso di realizzazione monosoggettiva (si pensi, quanto al soggetto passivo, all'irrilevanza ai fini dell'addebito a titolo di dolo del cd. *error in persona*),[154] che nelle ipotesi contemplate dagli art. 116 e 117 del codice penale. Qui infatti il legislatore avrebbe delineato il dolo in modo tale da espungere dal suo oggetto "tutte le note che attribuiscono ad un fatto il requisito della tipicità rispetto ad una determinata figura di reato, ferma restando solo l'esigenza che il fatto previsto e voluto corrisponda da sempre ad una fattispecie penale".[155] Per questa via, la correlazione tra il rappresentato e il realizzato non è pertanto eliminata, ma si basa su un unico e distinto requisito, ovvero quello della "natura di offesa penalmente rilevante che devono presentare tanto il fatto voluto quanto quello posto in essere":[156] ecco che il dolo dell'estraneo opera come parametro di imputazione dell'offesa, sia pur diversa da quella originariamente rappresentata.

La ricostruzione, sia pur autorevolmente sostenuta, non va certamente esente da critiche.

In primo luogo la sostituzione al fatto tipico della genericità di un'offesa penalmente rilevante finisce per celare sotto il vetusto principio del *dolus generalis* un caso di responsabilità evidentemente oggettiva.[157] Infatti, il concetto di dolo generale è

---

[154] Vd ancora GALLO M., voce *Aberratio ictus,* in *Enc. dir.*, I, 1958, p. 68.
[155] Così GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso,* cit., p. 109.
[156] *Ibidem.*
[157] Sul punto cfr. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto,* cit., p. 121 e 130, che tra l'altro afferma: "la formula del dolo generale non era altro se non una particolare versione, in termini imperativistici, del principio "*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*". In termini analoghi MARINUCCI, *Non c'è dolo*

profondamente distinto da quello invece accolto nel nostro ordinamento, che ai fini dell'imputazione dolosa del reato richiede la necessaria identificazione tra la struttura oggettiva del fatto concretamente realizzato e i contenuti del coefficiente psicologico, e non si accontenta di una generica riconduzione del risultato raggiunto alla (diversa) volontà che *ab origine* muoveva l'agente alla condotta.

Inoltre, a nostro parere, l'intero impianto ermeneutico si basa su di una falsa premessa ossia sull'esclusione delle qualifiche soggettive dall'oggetto del dolo. Come si è cercato di dimostrare nelle pagine che precedono,[158] le qualità personali costituiscono elementi del fatto, globalmente inteso, e devono necessariamente formare oggetto di rappresentazione. È infatti evidente che la qualifica (o meglio la posizione su cui essa si fonda), consentendo talvolta il mutamento del titolo di reato e in altri casi addirittura segnando il confine tra il lecito ed il penalmente rilevante, incide sul disvalore del fatto e costituisce un elemento essenziale della fattispecie che come tale deve necessariamente essere rappresentato.

Per questa ragione non può essere condivisa neppure l'opinione di chi, sempre presupponendo l'esclusione delle qualifiche dall'economia del fatto, e dunque dall'oggetto del dolo, riconduce la disciplina dell'errore sulle qualità del soggetto attivo all'art. 5 del codice penale.[159] L'assunto di base è che l'art. 117 c.p. costituirebbe una riproposizione in ambito

---

senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1991, p.36, secondo cui il dolo viene così "stravolto nel suo oggetto" attraverso "l'infiltrazione del nemico storico della colpevolezza, il *versari in re illicita*". In tema di *dolus generalis* cfr. anche GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 219.

[158] Vd. infra, cap. I, par. 3.

[159] La conclusione è sostenuta da MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, cit., p. 774 ss.

concorsuale del principio dell'irrilevanza dell'errore sull'antigiuridicità penale del fatto e, pertanto, determinerebbe un'estensione dell'ambito operativo dell'art. 5 c.p. ai casi di realizzazione plurisoggettiva di fatti di reato:[160] ciò in quanto la sussistenza di condizioni o qualità personali di taluno dei concorrenti non comporterebbe un mutamento del fatto concreto ma soltanto una diversa qualificazione giuridica del medesimo.

Ora, come più volte ribadito, a nostro sommesso giudizio le qualifiche costituiscono elementi essenziali della fattispecie di tal che una deviazione che cada su di esse non può essere acriticamente ricondotta alla disciplina dell'errore sul precetto. Le qualità personali del soggetto attivo infatti non determinano una mera riqualificazione formale del fatto, ma ne modificano il disvalore, come conferma la stessa variazione quantitativa di pena prevista all'art. 117 c.p., che non avrebbe ragion d'essere se le qualifiche non incidessero sull'offesa compiuta.[161] Del resto lo stesso sostenitore della tesi ne evidenzia i limiti e ne riduce la portata innovativa, nel momento in cui ancora l'applicazione dell'art. 5 c.p. al difetto di incidenza della qualifica sul fatto e ritiene invece applicabili gli ordinari principi in tema di errore ogni qualvolta, trattandosi di illeciti cd. pseudo propri, la

---

[160] *Ibidem:* "Quali che siano le ragioni anche di politica criminale che hanno ispirato il legislatore nel dettare l'art. 117 c.p., su un piano sistematico ci si trova in presenza di un'*estensione dell'ambito operativo dell'art. 5 c.p.* che viene a questo punto nella sostanza fatto operare anche quando l'errore o l'ignoranza sulla destinatarietà della norma penale abbia per oggetto la posizione del terzo soggetto, se partecipe al reato".

[161] Analogamente PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 43 ss.: "Se il nostro codice prevede tra le circostanze aggravanti l'art. 61 n. 9, nel quale la qualifica rileva nella misura in cui sia espressione di un abuso di poteri o di una violazione dei doveri derivanti dalla sua titolarità, allora a maggior ragione ciò dovrebbe valere rispetto ai fatti costitutivi di una autonoma fattispecie di reato, nella quale è proprio la qualifica a rappresentare un elemento essenziale della fattispecie e non una mera graduazione circostanziale dell'illecito". L'A. inoltre taccia la prospettazione di eccessivo formalismo e ritiene che la ricostruzione finisca erroneamente per interpretare il principio di colpevolezza alla luce del diritto positivo e non viceversa.

qualifica finisca per riverberarsi sul fatto oggettivo di reato.[162] Ciò tanto più che la più ampia categoria di fattispecie ad autoria riservata, ovvero i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, costituirebbero secondo l'indicata classificazione illeciti cd. pseudo propri, come tali non riconducibili alla regolamentazione dettata dall'art. 5 del codice penale.

Deve comunque darsi atto che, alla luce della rilettura in chiave costituzionale dell'art. 5. c.p. successiva alla sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale, la tesi esposta consentirebbe il pieno rispetto del principio di colpevolezza. Invero, in quest'ottica, l'art. 117 c.p., interpretabile alla luce della *ratio* ispiratrice dell'art. 5 c.p., sancirebbe la punibilità del concorrente estraneo per il reato proprio nei soli casi di errore evitabile sulla qualifica, lasciando altrimenti residuare, in caso di inevitabilità dell'errore o dell'ignoranza, la sola responsabilità per il reato comune, ossia per l'unica fattispecie che al soggetto non qualificato era dato rappresentarsi alla luce dei dati conoscibili.

3.3. *(segue)* La necessaria consapevolezza della qualifica dell'intraneo come condizione per la punibilità dell'estraneo a titolo di reato proprio. La posizione di Latagliata. Critica.

Nel panorama scientifico italiano il problema della natura giuridica dell'art. 117 c.p. è stato dibattuto con soluzioni radicalmente difformi: taluni, come abbiamo visto, ravvisano con dovizia di argomentazioni nella figura del mutamento del titolo

[162] Costituiscono reati pseudo propri quelle fattispecie in cui la qualifica soggettiva si riflette sul fatto di reato. Per approfondimenti cfr. infra, cap. I, par.1.

di reato una tipica ipotesi di responsabilità oggettiva;[163] letture diametralmente opposte confermano invece la necessarietà della cognizione della qualifica soggettiva, quale condizione per la punibilità dell'estraneo a titolo di reato proprio.

A quest'ultimo proposito, un illustre autore individua nella norma in esame una conferma dei principi generali in tema di elemento soggettivo e conclude pertanto per la imprescindibilità della conoscenza, o quanto meno conoscibilità, della qualità personale dell'intraneo, elemento in assenza del quale il concorrente non qualificato potrebbe rispondere solo del reato voluto, ossia dell'illecito comune ex art. 47, co. 2, c.p.[164] In altre parole, l'art. 117 c.p. non costituirebbe in alcun modo una deroga agli ordinari criteri di imputazione soggettiva, ma al contrario, sarebbe espressione del principio generale di cui all'art. 42 c.p., la cui disciplina, in assenza di eccezioni espresse ed in equivoche, dovrebbe ritenersi integralmente richiamata.[165] Pertanto, il requisito psicologico della cognizione della qualifica diviene indispensabile per affermare la punibilità del concorrente estraneo per il reato proprio realizzato. Ciò anche perché, contrariamente opinando, si dice, si arriverebbe a conclusioni paradossali o quanto meno inique: mentre l'intraneo, in applicazione delle consuete regole in tema di elemento soggettivo, potrebbe invocare a propria scusa l'ignoranza o l'errore, in ordine alle sue qualità o condizioni, ciò sarebbe invece escluso per l'estraneo, la cui responsabilità

---

[163] Vd. infra, 3.1.

[164] Il riferimento è a LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 588 ss.

[165] *Ibidem*. Per questa ragione l'A. considera "assolutamente arbitraria" l'opinione che fa derivare l'irrilevanza dell'elemento oggettivo dal mancato espresso richiamo nell'art. 117 c.p. della necessaria conoscenza della qualifica: "si deve dire, al contrario, che la posizione dell'art. 117 c.p. tra le norme sul concorso di persone ha il preciso significato di riaffermare la necessità che i concorrenti "estranei" conoscano la situazione di specialità che determina il mutamento del titolo di reato".

prescinderebbe dalla loro conoscenza. Ne varrebbe, si osserva ancora, il paragone con l'art. 1081 cod. nav., la cui riserva all'art. 117 c.p. non presupporrebbe una rapporto di regola eccezione tra le disposizioni, ma avrebbe il solo fine di estendere la disciplina dettata per il mutamento del titolo ad ipotesi di incriminazione *ex novo* di una condotta collettiva altrimenti lecita.[166]Anzi, a suffragio dell'impostazione, si invoca un argomento, che individua negli artt. 65 e 66 c.p. Zanardelli i precedenti storici dell'attuale articolo 117 c.p. Le norme richiamate subordinavano al dato della conoscenza gli aggravamenti di pena derivanti tanto da circostanze in senso tecnico che da elementi costitutivi di un autonomo titolo di reato,[167] mentre il legislatore del '30 ha distinto le due ipotesi: ha riservato alle circostanze in senso tecnico un regime di imputazione integralmente oggettivo, nella formulazione anteriore alla l. 19/1990, mentre ha disciplinato nel 117 c.p. il caso del mutamento del titolo, senza fornire indicazioni in ordine alla necessarietà o meno dell'elemento subiettivo della conoscenza della qualifica. Ciò varrebbe, si dice, quale implicito richiamo ai principi generali di cui al 42 c.p.[168] In conclusione secondo l'esposta interpretazione, i compartecipi estranei potrebbero rispondere a titolo di reato proprio, tanto a qualifica fondante che differenziale, solo ed esclusivamente sull'assunto della conoscenza, al momento della commissione del fatto, della qualità personale posseduta dal concorrente intraneo:

---

[166] *Idem*, p. 589, nt. 25.

[167] L'art. 65 c.p. Zanardelli disponeva: "le circostanze o le qualità inerenti alla persona, permanenti o accidentali, per le quali si aggrava la pena di alcuno di quelli che sono concorsi nel reato, ove abbiano servito ad agevolare l'esecuzione, stanno a carico anche di coloro che le conoscevano nel momento in cui vi sono concorsi". Analogamente l'art. 66 c.p. Zanardelli stabiliva: "le circostanze materiali che aggravano la pena, allorché facciano mutare il titolo di reato, stanno a carico anche di coloro che le conoscevano al momento in cui sono incorsi nel reato".

[168] IDEM, p. 588.

la circostanza che il legislatore abbia disciplinato nell'art. 117 c.p. il solo caso di mutamento del titolo si spiegherebbe semplicemente con la derivazione storica della su indicata norma dall'art. 66. c.p. Zanardelli.[169]

La tesi esposta, sia pur egregiamente argomentata, non ci pare per la verità soddisfacente.

Non convince in primo luogo il richiamo agli artt. 65 e 66 Zanardelli quali antecedenti normativi dell'art. 117 c.p. L'art. 65 infatti, menzionando le sole "circostanze...per le quali si aggrava la pena" sembrava far riferimento ad elementi circostanziali in senso tecnico e non già a requisiti della fattispecie incidenti sull'offesa e tali da determinare la costituzione di un differente titolo di reato. Depone in tal senso anche il confronto con il successivo art. 66, ove veniva disciplinata la comunicabilità degli effetti delle "circostanze materiali che aggravano la pena, ancorché facciano mutare il titolo di reato" inciso, quest'ultimo, non a caso assente nella norma che immediatamente lo precede. D' altro canto, l'art. 66 ad un'attenta lettura pareva riferirsi, più che all'ipotesi prevista dall'attuale art. 117 c.p., al caso in cui dalla "circostanza materiale" derivasse un differente e autonomo reato rispetto a quello voluto, per varianti individuali al piano comune, e dunque, al caso ad oggi contemplato nell'art. 116 c.p. La conclusione è avallata, tra l'altro, dal confronto con i lavori

---

[169] LATAGLIATA, cit., p. 588 ss. ritiene dunque, giova ripetere, che l'estraneo ignaro della qualifica richiesta per la configurabilità del reato proprio risponda del solo corrispondente reato comune. A questo proposito, supera anche l'obiezione nascente dalla conseguente violazione del dogma dell'unità del titolo di reato: "questa obiezione sarebbe valida solo se si potesse parlare di "reato" nel concorso anche quando fa difetto l'elemento psicologico, vale a dire se il concorso fosse configurabile sul piano della sola parte materiale del fatto tipico". Dalle conclusioni che trae deriverebbe inoltre una diversa interpretazione dell'ultima parte della norma, che rinvierebbe per la concessione dell'attenuante all'analisi, caso per caso, del ruolo svolto dal concorrente (e esso sia di correità o di mera complicità). Per maggiori chiarimenti vd. anche LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato,* Pompei, 1964, p. 214 ss.

preparatori, ove si faceva menzione delle circostanze che "mutano la natura del delitto o formano per se medesime un delitto diverso", rispetto all'ipotesi poi disciplinata nel testo definitivo dell'art. 66.[170] Quanto ora detto, fa propendere per una diversa interpretazione degli artt. 65 e 66 Zanardelli, che, lungi dal riferirsi alla rilevanza delle qualifiche nell'economia del fatto, sembrano invece costituire i precedenti normativi degli attuali articoli 118 e 116 c.p.[171]

Ad ogni modo, anche a voler ammettere la derivazione storica dell'art. 117 c.p. dai citati artt. 65 e 66 Zanardelli, ragioni di logica ermeneutica comunque contrasterebbero con la asserita necessità di un'imputazione "soggettiva" del fatto al compartecipe non qualificato.

Senza dubbio infatti la tesi non tiene in giusto conto il rapporto che sussiste tra le norme in materia di concorso. Invero, come più volte chiarito, la disposizione che costituisce il referente normativo di ogni ipotesi di realizzazione concorsuale di un reato proprio è l'art. 110 c.p., mentre il 117 concerne la sola variante di consumazione plurisoggettiva del fatto che determini anche un mutamento del titolo. Ora, un'interpretazione che ancori le due norme agli stessi parametri di imputazione soggettiva, renderebbe di fatto l'art. 117 c.p. una mera e oltretutto parziale ripetizione legislativa di quanto disposto dal 110 c.p., da sottoporre, per l'evidente superfluità, ad interpretazione abrogante. L'art. 117 in altre parole diverrebbe una disposizione assolutamente inutile, posto che l'esigenza di

---

[170] Sul punto infatti i vari progetti al codice penale si riferivano tutti a "circostanze materiali che mutano la natura del reato, o che costituiscono esse medesime un reato diverso"(cd. Progetto Vigliani del 1874), a "circostanze materiali [che] costituiscono per se stesse un reato (cd. Progetto Mancini del 1876) ovvero a "circostanze materiali [che] mutano la natura del delitto o formano per se medesime un delitto diverso (Progetto Zanardelli del 1887).

[171] Analogamente PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 51 ss.

un coefficiente psichico per l'ascrizione di responsabilità del fatto commesso al compartecipe è già prescritta per ogni ipotesi di realizzazione in concorso dall'art. 110 c.p. E' evidente che, per attribuire all'art. 117 una portata rilevante nel sistema, l'interprete deve conferire alla norma in via argomentativa un significato ed un ruolo sistematico diverso da quello dell'art. 110, del quale il 117 stesso non può costituire, salvo andar contro ad ogni coerenza ermeneutica, una parziale ripetizione. A ciò si aggiunga che, così opinando, non troverebbe neppure logica spiegazione la previsione dell'attenuante per il concorrente non qualificato, a nostro parere da applicarsi, come in seguito si vedrà, al solo compartecipe ignaro delle condizioni soggettive dell'intraneo.

Da ultimo, non appare persuasivo neppure l'argomento che fa leva sull'art. 1081 cod. nav., considerato quale norma estensiva della disciplina dettata per il mutamento del titolo ai casi di reato proprio della navigazione a qualifica fondante: invero, ai fatti che assumono la connotazione di illiceità solo in ragione delle qualità personali di taluno dei soggetti attivi, si applicano le consuete regole in tema di imputazione soggettiva di cui all'art. 110, di tal che un'estensione a tali situazioni della disciplina dettata dal 117 c.p. appare inutile o quanto meno superflua.

3.4. *(segue)* Le qualifiche soggettive come aggravanti del reato comune e la conseguente applicazione estensiva dell'art. 59 cpv. c.p. Critica.

Un ulteriore tentativo di spiegazione dommatica dell'art. 117 c.p. che merita di essere menzionato inquadra diversamente le

condizioni o qualità personali a seconda che si faccia riferimento al concorrente qualificato ovvero all'estraneo. Detto in altri termini, le qualifiche, che nell'ottica dell'intraneo costituirebbero elementi essenziali del reato proprio realizzato, assurgerebbero invece per *l'extraneus* a circostanze aggravanti della corrispondente fattispecie di reato comune che sarebbe stata integrata in assenza di elementi personali modificativi del titolo. [172]

Pertanto, si imporrebbe un coordinamento tra l'art. 117 c.p. e i criteri di imputazione delle circostanze aggravanti, modificati, come è noto, dalla l. 19/90, in ossequio ai principi in tema di colpevolezza sanciti dalla Corte Costituzionale.[173] Ad oggi infatti, fermo il regime di imputazione oggettiva già disposto per le circostanze attenuanti, per il riconoscimento delle aggravanti ex art. 59 cpv. occorre un coefficiente soggettivo rispettivamente costituito o dalla loro effettiva conoscenza o dalla loro colpevole ignoranza, da estendersi anche alle qualifiche soggettive, considerate come elementi aggravanti del reato comune che, in difetto di esse, avrebbe avuto a realizzarsi.

---

[172] La teoria è stata prospettata da RAMACCI, *Corso di diritto penale,* Torino, 2005, p. 526 ss. La tesi finisce in realtà per confondere, a nostro sommesso giudizio, le qualifiche soggettive che compaiono come elementi essenziali della fattispecie tipica monosoggettiva, con i casi in cui le stesse operano come elementi circostanziali. Delle condizioni o qualità personali dell'autore unitamente ai rapporti tra il colpevole e l'offeso si fa menzione, infatti, non solo nell'art. 117 c.p. ma anche nell'art. 70 c.p.: nel primo è possibile desumere la loro rilevanza come elementi fondanti la punibilità per un'autonoma fattispecie in virtù del riferimento al mutamento del titolo di reato; nel secondo sono, invece, incluse tra le circostanze soggettive disciplinate dall'art. 118 c.p. (PELISSERO, op. cit., p. 19). "In tal modo, al diverso significato che un elemento di volta in volta assume, corrisponde una diversa efficacia penale, una diversa collocazione nel quadro del reato" (PEDRAZZI, op. cit., p. 19 e ss., il quale sottolinea che il dubbio sulla natura dei requisiti che fanno mutare il titolo di reato è stato risolto dal legislatore con l'art. 117 c.p., "definendoli appunto elementi essenziali, costitutivi del fatto lesivo, e non circostanze, come il loro effetto, in sostanza modificativo, potrebbe far pensare").

[173] Il riferimento è chiaramente a Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it.,* 1988, p. 686 ss. Per maggiori approfondimenti cfr. anche infra, 3.5. e nt. 176.

Dall'esposto ragionamento deriva, in conclusione, l'abrogazione implicita dell'art. 117 c.p. nella parte in cui non esclude il mutamento del titolo di reato nei confronti del concorrente incolpevolmente ignaro della sussistenza di una qualifica differenziale.

La tesi, pur avendo l'indubbio merito di ricondurre in via interpretativa l'art 117 al principio di colpevolezza, si presta a logiche obiezioni.

In primo luogo la disciplina delle circostanze, dettata agli artt. 59 – 70 c.p. è radicalmente difforme da quella prevista per gli elementi essenziali e risulta perciò difficile ipotizzare che uno stesso requisito della stessa fattispecie possa assumere alternativamente il ruolo di elemento circostanziale e costitutivo. Tra l'altro, al di là del dibattito in merito ai criteri distintivi tra elementi essenziali e circostanze, queste ultime possono essere di volta in volta individuate o avendo riguardo alla semantica legislativa, oppure in base ad ulteriori parametri sistematici quali, a titolo esemplificativo, le classificazioni indicate in rubrica ovvero le tecniche di determinazione della pena. Ora, nell'art. 117 non vi è alcun riferimento, testuale o implicito, da cui desumere la natura circostanziale del dato qualificante e un elemento di fattispecie, salvo che non risulti univocamente la volontà del legislatore di disciplinarlo come circostanza, deve essere considerato, come regola, essenziale.[174]

Ma il discorso va spinto ancora oltre. Infatti, a nostro sommesso giudizio, la modificazione del titolo di reato non può

[174] In questo senso vd. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il " realizzato"*, cit., p. 33 ss. L'A., dopo aver esposto e criticato con dovizia di argomentazioni le varie tesi elaborate in dottrina per distinguere circostanze ed elementi costitutivi, ha concluso per l'accoglimento di un criterio formale e fondato su indicazioni esplicite o implicite offerte dall'ordinamento positivo ("parametri non necessariamente espliciti ma anche indirettamente desumibili in via di interpretazione sistematica").

mai discendere dalla sussistenza di un elemento circostanziale, che invece produce conseguenze solo sul piano degli effetti sanzionatori. Deriva al contrario dalla presenza di dati che incidono sull'offesa, generando fattispecie strutturalmente diverse e non semplicemente autonome forme di manifestazione di uno stesso reato. La fattispecie circostanziata infatti, pur essendo prevista da una norma diversa e funzionalmente autonoma da quella che contempla il cd. reato – base, non costituisce comunque un autonomo titolo di reato, ma determina solo variazioni quantitative o qualitative sulla forbice edittale della pena da applicare. Se così non fosse, non si spiegherebbe coerentemente la diversità di disciplina delle circostanza rispetto agli elementi costitutivi.[175] E' pertanto normativamente errato applicare alle qualifiche soggettive, ossia ad elementi a nostro avviso essenziali, e comunque, per volere del legislatore, modificativi del titolo di reato, la disciplina dettata per le aggravanti. D'altra parte non è un caso che la riforma, intervenuta sugli artt. 59 e 118 c.p. in tema di circostanze, non si sia spinta a revisionare il 117: segno che la disposizione non concerne dati circostanziali, ma elementi costitutivi che, per ragioni di politica legislativa, sono stati volutamente sottratti all'ordinaria disciplina in tema di imputazione soggettiva.

3.5. *(segue)* Il requisito implicito della conoscibilità della qualifica.

La strada percorsa dalla dottrina appena esaminata, sia pur criticabile, ha l'indubbio pregio di tenere in giusto conto la necessità di interpretare l'art. 117 c.p. alla luce del

[175] IDEM, p. 29 ss.

riconoscimento della rilevanza costituzionale del principio di colpevolezza, così come enunciato nell'art. 27 Cost. e poi meglio specificato dalla Consulta nell'ormai epocale sentenza 364 del 1988.[176] Come è noto, nella pronuncia indicata, la Corte attribuiva dignità costituzionale al principio di colpevolezza, inteso come rimproverabilità dell'autore del fatto e ribadiva l'esigenza che "gli elementi più significativi" della fattispecie fossero sorretti da un coefficiente minimo di imputazione soggettiva, a garanzia della riferibilità psichica del fatto tipico all'agente. "Elementi significativi" poi successivamente individuati in quelli "che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie" ossia tali da incidere sull'offensività del fatto realizzato.[177] In tal modo la Corte, pur non ritenendo sussistente ex art. 27 Cost. un divieto tassativo di responsabilità anomala, ha comunque escluso un'imputazione integralmente oggettiva del fatto ed ha attribuito al criterio in questione un ambito applicativo residuale e circoscritto agli elementi cd. "meno significativi" della fattispecie, dai quali in altre parole non sia possibile far derivare

---

[176] Cfr. Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, cit.: "A conclusione del primo approccio interpretativo del disposto di cui al primo comma dell'art. 27 Cost., deve, pertanto, affermarsi 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". Per un'analisi della pronuncia vd. tra gli altri DE FELICE, *Giudizio di rimproverabilità ex art. 5 cp. e colpevolezza del reo alla luce della Sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88"*, in AA.VV. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza,* 1989, p. 205 ss.; GUARDATA, *L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte costituzionale: prime impressioni (nota a sent. Corte cost. 24 marzo 1988 n. 364, Marchegiani e altro),* in *Cass. pen.,* 1988, p. 1152 ss.; MANTOVANI F., *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. It. dir. proc. pen.,* 1990, p. 379 ss.; MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/88*, in *Riv. It. dir. proc. pen.,* I, 1996, p. 223 ss.; PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5, c.p.*, in *Leg. Pen.,* 1988, p. 449 ss.; PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza,* in *Riv. It. dir. proc. pen.,* 1988, p. 920 ss.; PULITANO', *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza,* in *Riv. It. dir. proc. pen.,* 1988, p. 686 ss.

[177] Così Corte Cost. 30 novembre – 13 dicembre 1988, n. 1085, in *Riv. It. dir. proc. pen.,* 1990, p. 298, con nota di VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza.*

la natura e la riconoscibilità del fatto come illecito ed offensivo dell'interesse protetto.[178]

Ora, come più volte è stato ribadito, a nostro parere le qualifiche soggettive costituiscono elementi oggettivi del fatto ma, al di là del ruolo che la dottrina intende attribuire alle stesse nella struttura del reato, è in ogni caso indubbia la portata "significativa" che comunque rivestono: la si desume dalla semplice circostanza che la loro presenza determina talvolta un mutamento del titolo del reato e in altri casi addirittura fonda l'illiceità di un fatto altrimenti lecito.

Pertanto, nel rispetto dei dettami della Corte Costituzionale, è chiaro che le condizioni e qualità personali dell'agente, tanto in ipotesi di realizzazione monosoggettiva che concorsuale del fatto, non possono essere imputate a titolo puramente oggettivo. In altre parole, pur configurando l'art. 117 c.p. una tipica ipotesi di responsabilità anomala, è chiaro che la rilevanza costituzionale attribuita al principio di colpevolezza impone comunque all'interprete la ricerca di un correttivo in grado di "salvare" la norma da un'altrimenti inevitabile dichiarazione di illegittimità.

Questa esigenza ha indotto un'autorevole dottrina ad attribuire rilevanza immediatamente precettiva all'art. 27 Cost., così come interpretato dalla Consulta.[179] In tal modo alle

---

[178] Sul rapporto tra responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza vd. tra gli altri BELLINI, *Responsabilità oggettiva: spunti per una teoria ricostruttiva,* in *Riv. pen.,* II, 2003, p. 803 ss.; DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza,* in *Riv. It. dir. proc. pen.,* III, 2000, p. 863 ss.; MAGLIO, *La responsabilità oggettiva,* in *Riv. pen.,* II, 2002, p. 521 ss.; MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* II, 2003, p. 363 ss.; PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità oggettiva: aspetti di politica criminale e elaborazione dogmatica,* in *Riv. It. dir. proc. pen.,*1988, p. 387.

[179] MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006, p. 364 ss. In senso critico CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato,* cit., p. 259 ss., secondo cui "così opinando (…) si da vita ad una ipotesi di responsabilità comunque *anomala,* lesiva del principio costituzionale di proporzione, poiché a fronte di una colpevolezza dell'estraneo qualificabile

affermazioni di principio addotte dalla Corte in materia di inescusabilità della legge penale viene attribuita un'efficacia più ampia, valevole per l'intero sistema di norme e tale da vincolare il giudice nella lettura delle disposizioni che ad oggi ancora prevedono ipotesi di responsabilità oggettiva. Norme tutte, ivi compreso l'art. 117 c.p., da interpretare ed applicare "come se già contenessero il limite della colpa".[180] Per questa via, l'estraneo potrebbe rispondere a titolo di reato proprio solo in caso di ignoranza o errore colpevole sulla qualifica soggettiva del concorrente: nell'esempio di scuola del concorso in peculato, il privato potrebbe rispondere ex art. 314 c.p. solo a condizione che la qualifica di pubblico ufficiale del compartecipe fosse "ad un uomo ragionevole" nella sua stessa situazione quanto meno conoscibile.

Tra le varie soluzioni avanzate, quest'ultima è di certo quella degna di maggior pregio, in quanto consente un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 117 c.p. e, più in generale, di tutte le fattispecie ad oggi strutturate in termini di responsabilità oggettiva; ma è indubbiamente basata su un postulato da provare, ossia sulla riconducibilità di ogni forma di responsabilità anomala al limite implicito della colpa che, con particolare riguardo al mutamento del titolo, non è agevole rinvenire. Anzi, al contrario, la fattispecie, sulla base di un'esegesi letterale e di un'interpretazione storica, sembra invece prescindere completamente da ogni riferimento a coefficienti psichici, totalmente sacrificati al dogma dell'unitarietà del titolo di reato.

---

in termini di *colpa*, la pena che gli viene irrogata è comunque a titolo di concorso *doloso* nel reato proprio".

[180] *Ibidem*.

Pertanto, sembra preferibile ricercare il correttivo che consenta la riconduzione a costituzionalità della disposizione in esame e, in genere, dei casi di responsabilità anomala nelle indicazioni offerte dalla legge. In questo senso, a nostro parere, può venire in soccorso l'art. 45 c.p., inteso quale "limite del giudizio di colpevolezza".[181]

3.6. *(segue)* L'art. 117 c.p. quale ipotesi di responsabilità anomala e l'art. 45 c.p. come parametro di riconduzione a costituzionalità di ogni caso di responsabilità oggettiva.

Nelle pagine che precedono[182] abbiamo cercato di dimostrare come l'art. 117 c.p. configuri un tipico caso di responsabilità anomala. Invero, per effetto della disposizione il concorrente estraneo in dolo solo rispetto al reato voluto (comune), è punito invece per la corrispondente figura di reato proprio realizzato pur ignorando la qualità personale del compartecipe, che costituisce il presupposto essenziale per l'applicazione della fattispecie qualificata.

Si tratta indubbiamente di una forma già delimitata di responsabilità oggettiva, in quanto circoscritta ad ipotesi di mutamento del titolo (ossia a casi in cui il fatto commesso anche in difetto di qualifiche subiettive è comunque già previsto dalla legge come reato) e in ogni caso corretta dalla previsione di un'attenuante di natura discrezionale, da applicarsi al concorrente estraneo ignaro delle qualità personali costitutive del reato proprio.

---

[181] Così TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 84.
[182] Vd infra, 3.1.

La previsione di punibilità fondata sul solo nesso causale trova qui ovviamente giustificazione nell'indiscutibile maggior disvalore soggettivo della condotta tenuta dall'*extraneus* in concorso, comunque volontariamente e dolosamente diretta alla commissione di un fatto criminoso, sia pur diverso da quello effettivamente realizzato; risponde perciò ad esigenze di prevenzione generale da contemperarsi tuttavia con il principio di colpevolezza sancito nella Carta Costituzionale.

Invero, pur riconoscendo nell'art.117 un evidente caso di responsabilità oggettivo-causale, non possiamo non condividere le perplessità e le obiezioni di incostituzionalità manifestate alla luce del principio di personalità della responsabilità penale e degli interventi della Consulta in tema di colpevolezza. E' indubbio infatti che nel nostro sistema l'art. 27 Cost. rappresenti un rigoroso limite all'utilizzo di fattispecie fondate sul solo nesso causale: le previsioni di responsabilità per il *versari in re illicita* infatti, pur se rispondenti ad evidenti ragioni di rafforzamento della prevenzione generale, tuttavia risultano incompatibili con il *minimum* di coefficiente psichico necessario per affermare la natura "personale" della responsabilità dell'agente.

Ad ogni modo riteniamo che, in attesa di un'eventuale riforma che elimini *tout court* o comunque modifichi le fattispecie di responsabilità anomala, il correttivo che ne consenta la costituzionalizzazione deve essere rintracciato nelle indicazioni offerte dalla legge. Non occorre, a nostro sommesso giudizio, postulare l'immanenza del limite implicito della colpa oppure ricorrere all'analogia. Anzi, quest'ultima, e tornando al nostro piano d'indagine, l'accostamento delle qualifiche soggettive alle

circostanze aggravanti, al di la dei limiti già evidenziati[183], presuppone la riconosciuta esistenza di una lacuna legislativa in tema di elemento soggettivo che in realtà non sussiste.

Invero, la riconduzione al canone della "personalità" della responsabilità penale discende dall'applicazione dell'art. 45 c.p., relativo al caso fortuito e alla forza maggiore, da intendersi quale "norma di chiusura dell'intera disciplina del cd. elemento soggettivo del reato"[184] ovvero, detto in altri termini, come limite negativo di ogni criterio di imputazione soggettiva che non sia, per volere del legislatore o ragioni contenutistiche, strutturalmente incompatibile.[185] A tal proposito infatti conveniamo con l'opinione di coloro i quali ritengono che il caso fortuito e la forza maggiore operino come limiti soggettivi al giudizio di colpevolezza.[186] Si tratta dunque, a nostro parere, di

---

[183] Vd infra, 3.4.

[184] Così TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 73.

[185] Per esemplificare caso fortuito e forza maggiore non possono operare come limiti rispetto alla colpa generica. La valutazione di sussistenza della colpa generica deve infatti essere effettuata in base ai criteri di positiva prevedibilità e evitabilità dell'evento, secondo il parametro dell'*homo ejusdem professionis et condicionis*, integrato dalle eventuali maggiori cognizioni dell'agente reale: valutazioni strutturalmente speculari ed antitetiche rispetto a quelle dell'imprevedibilità e inevitabilità alla stregua dell'*homo ejusdem professionis et condicionis* che caratterizzano fortuito e forza maggiore. Sul punto ancora TRAPANI, op. ult. cit., p. 79 ss.

[186] Considera, con dovizia di argomentazioni, l'art. 45 c.p. incidente sull'elemento soggettivo TRAPANI, op. ult. cit., p. 61 ss. L'A. in primo luogo evoca, a suffragio dell'interpretazione, il principio di conservazione degli atti normativi: è chiaro infatti che, laddove fortuito e forza maggiore fossero intesi come fattori interruttivi del nesso causale, l'art. 45 c.p. diverrebbe un inutile doppione dell'art. 41, co. 2, c.p., come tale da sottoporre ad interpretazione abrogante, cui occorre ricorrere solo se non sia in alcun modo possibile attribuire alla disposizione un contenuto razionale nel sistema. Inoltre, aggiunge, a favore dell'esposta chiave di lettura dell'art. 45 c.p. depone anche la collocazione topografica delle norme del codice: "Questa conclusione trova una significativa conferma anzitutto nella collocazione "sistematica" dell'art. 45 proprio dopo le norme che disciplinano, in positivo, le varie forme del cd. elemento soggettivo o psicologico, le quali, a loro volta, seguono "topograficamente" le disposizioni concernenti il fatto materiale di reato; sicchè, tenuto anche conto della precisione tecnica mostrata dai compilatori del codice, sarebbe fra l'altro metodologicamente inspiegabile un eventuale brusco "ritorno", da parte del legislatore, alla regolamentazione della rilevanza del nesso causale attraverso, appunto, la previsione del caso fortuito". Considerano invece l'art. 45 c.p. come incidente sul fatto materiale MALINVERNI, *Il rapporto di causalità e il caso,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1959, p. 47 ss.; PECORARO- ALBANI, *Caso e*

fattori, imprevedibili ed inevitabili che incidono sull'intero fatto di reato realizzato[187] e da valutarsi alla stregua del parametro relativo cui si fa ricorso in sede di giudizio di colpa, ossia quello dell'*homo ejusdem professionis et condicionis*, o, detto altrimenti, del "tipo ideale" della stessa cerchia tecnico-sociale di appartenenza dell'agente reale, tenuto anche conto delle eventuali maggiori cognizioni e capacità dallo stesso possedute.[188]

L'art. 45 opera dunque come "valvola di sicurezza"[189] per adeguare ogni ipotesi di responsabilità anomala, e dunque anche la fattispecie di cui al 117 c.p. al dettato costituzionale, che richiede un coefficiente psicologico minimo per affermare la natura "personale" della responsabilità e l'appartenenza del fatto al suo autore.

Concludendo: la previsione prescrittiva del 117 configura un caso di responsabilità oggettiva, chiaramente giustificato dalla volontà penalmente illecita che comunque muove l'estraneo alla condotta, trattandosi di un'ipotesi di mutamento del titolo.

---

causalità, in *Arch. Pen.*, I, 1960, p. 81 ss.; SANTORO, voce *Caso fortuito e forza maggiore (dir. pen.),* in *Noviss. Dig. It.,* II, 1958, p. 992 ss. Ritiene che caso fortuito e forza maggiore operino su due piani distinti GALLO M., *Appunti di diritto penale,II, Il reato, Parte II, L'elemento psicologico,* Torino, 2001, p. 170 ss. L'A. attribuisce al solo fortuito una rilevanza soggettiva, e lo intende come limite negativo della colpa specifica, mentre assegna alla forza maggiore il ruolo di elemento di esclusione del coefficiente psichico dell'azione o omissione, ossia della coscienza e volontà.

[187] Ritiene invece che oggetto del giudizio di imprevedibilità e inevitabilità sia il solo comportamento dell'agente MARINUCCI, *Il reato come "azione": critica di un dogma,* Milano, 1971, p. 223. L'A. identifica nel caso fortuito e nella forza maggiore la sintesi delle circostanze anormali interne ed esterne all'agente che rendono necessitata la sua azione o omissione. In quest'ottica la coscienza e volontà di cui all'art. 42, co. 1, c.p. avrebbe una funzione residuale, di sintesi di tutte le circostanze anormali diverse da quelle ricomprese dall'art. 45 e 46 c.p. Replica che in realtà, così ragionando l'art. 45 diverrebbe un inutile e parziale doppione del 42, co. 1, TRAPANI, op. ult. cit., p. 65. Come abbiamo appena visto (nt. 186) considera la sola forza maggiore come causa di esclusione della coscienza e volontà della condotta GALLO M., op. ult. cit., p. 170.

[188] Tra gli altri accoglie il criterio dell'*homo ejusdem professionis et condicionis* GALLO M., voce *Colpa penale,* in *Enc. dir.,* VII, Milano, 1960, p. 624 ss.

[189] L'espressione è di TRAPANI, op. ult. cit., p. 83.

Tuttavia, secondo l'offerta interpretazione adeguatrice a Costituzione, l'estraneo non risponde incondizionatamente del reato proprio realizzato, per la sola derivazione causale dell'evento dalla condotta da lui tenuta. Al contrario, la disposizione deve essere letta come se contenesse un richiamo diretto ai criteri di imprevedibilità e inevitabilità di cui all'art. 45, e dunque come se contemplasse la punibilità del concorrente per il reato proprio realizzato in concorso, a meno che dagli atti processuali non risulti che la cognizione della qualifica subiettiva dell'intraneo fosse per lui impossibile, per la presenza di fattori imprevedibili ed inevitabili secondo la misura dell'*homo ejusdem professionis et condicionis*.

4. L'art. 117 e la partecipazione dolosa dell'intraneo.

Nel precedente capitolo abbiamo visto come la partecipazione dell'estraneo ad un fatto non doloso dell'intraneo sia generalmente da ammettersi, salvo i casi in cui la tipicità della fattispecie sia arricchita da un peculiare disvalore soggettivo di condotta, tale da esigere un agire colpevole del soggetto qualificato.[190]

Rispetto al caso disciplinato dall'art. 117 invece, la dottrina maggioritaria, con la quale ci sentiamo di convenire, richiede il dolo dell'intraneo rispetto al reato proprio, anche in ragione dell'inestensibilità dell'imputazione per responsabilità oggettiva oltre i casi tassativamente previsti dalla legge.[191] Anzi, è la responsabilità anomala del compartecipe estraneo a dipendere

---

[190] Cfr. infra, cap. II, 2.3.

[191] In questo senso GRASSO in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 253. Similmente SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato,* cit., p. 397.

dalla consapevolezza da parte dell'intraneo della propria qualifica personale. Non a caso, si dice, il legislatore, particolarmente meticoloso nella tecnica di redazione delle norme, definisce il soggetto qualificato "*colpevole*": ciò implica che l'intraneo non potrebbe rispondere al pari del compartecipe estraneo a mero titolo di responsabilità oggettiva, ma solo se in dolo rispetto al reato proprio realizzato. Infatti dalla terminologia usata, che non può essere considerata una mera svista dei compilatori, si ricava chiaramente che per l'applicabilità dell'articolo 117 c.p. l'intraneo non solo deve possedere le qualifiche richieste per il mutamento del titolo, ma deve anche agire con la volontà di realizzazione di un reato proprio.

In una diversa prospettiva si pone invece altra dottrina, secondo la quale il meccanismo di cui all'art. 117 consentirebbe, in nome del dogma dell'unitarietà del titolo di reato, di estendere in via puramente obiettiva la responsabilità per il fatto commesso anche al soggetto qualificato.[192] Ciò in ragione dell'indifferenza rispetto al ruolo rivestito dal concorrente in dolo, nel caso di realizzazione plurisoggettiva del fatto. In altri termini, sarebbe sufficiente che taluno dei compartecipi, non necessariamente l'intraneo, versi in dolo rispetto al reato proprio perché tutti i concorrenti, indistintamente, rispondano in via obiettiva a tale titolo. A suffragio dell'impostazione si evoca la *voluntas legis,* improntata al principio di unitarietà della responsabilità penale, e il dato letterale ("*anche* gli altri rispondono"), che consentirebbe di punire a titolo di responsabilità oggettiva *anche* (e dunque non solo) i compartecipi

[192] Così PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., p. 110 ss. Recentemente anche CAMAIONI, *Il concorso di persone nel reato,* cit., p. 255 ss.

estranei e, *a contrario,* presupporrebbe la possibilità che tale forma di responsabilità, nel caso di cui al 117, possa colpire ogni concorrente, senza riguardo alle qualità dallo stesso possedute o rivestite nella dinamica concorsuale.[193] Per questa via, anche nel caso in cui l'estraneo versasse in dolo riguardo al reato proprio e l'intraneo, ignorando la propria qualifica, solo rispetto alla corrispondente fattispecie comune, ambedue i concorrenti dovrebbero rispondere per l'illecito proprio realizzato.

I fautori della tesi esposta tra l'altro obiettano alla dottrina dominante che il dolo dell'intraneo non potrebbe considerarsi imprescindibile ex art. 117 a meno di non voler giungere a conseguenze palesemente assurde sul piano sistematico. Questo modo di argomentare infatti, si dice, condurrebbe a esiti paradossali: se infatti, esemplificando, ambedue i concorrenti versassero in dolo solo rispetto al reato comune, l'inestensibilità della prevista responsabilità oggettiva al concorrente qualificato determinerebbe la congiunta applicazione degli artt. 47, comma 2, c.p. (responsabilità colpevole per l'intraneo) e 117 c.p.

[193] Di questa opinione PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto,* cit., p. 74. Secondo l'A. il dato letterale conferma che la responsabilità dell'intraneo per reato proprio deve essere condizionata agli stessi presupposti previsti per gli atri compartecipi al fatto (e dunque sussiste anche in caso di mancata conoscenza della qualifica). Tra l'altro, aggiunge, la negata applicabilità dell'attenuante facoltativa al soggetto qualificato, *a fortiori*, dovrebbe far ritenere sussistente la responsabilità di quest'ultimo anche nell'ipotesi in cui lo stesso ignori la propria qualità o condizione personale. A suffragio dell'impostazione accolta aggiunge poi considerazioni esegetiche e sistematiche in tema di reato proprio. In primo luogo fa leva sugli artt. 42 e 43 c.p., che riferendo l'elemento della coscienza e volontà a momenti di carattere effettuale ("azione" ed "evento"), escluderebbero la riferibilità dello stesso al solo soggetto che pone in essere l'azione. "Non si può perciò ritenere che, per il semplice fatto che un reato sia "proprio", l'errore sulla qualifica personale commesso dal soggetto attivo debba importare la esclusione del reato". Dall'altro, fa leva su argomenti connessi alla *ratio* della qualifica nell'economia del fatto: "Se la funzione della qualifica subiettiva è quella di determinare quale soggetto può validamente commettere l'azione richiesta dalla fattispecie, l'incorporarsi della qualifica subiettiva nell'azione come momento che dovrebbe essere conosciuto non consegue logicamente in modo necessario alla funzione che la qualifica svolge nel fatto di reato. Pertanto, una situazione diversa dovrebbe risultare almeno in modo implicito dalle disposizioni di legge". L'A. conclude poi per la necessità o meno del dolo dell'intraneo a seconda che la qualifica si rifletta oppure no sui momenti effettuali che entrano nella struttura del fatto di reato.

(responsabilità oggettiva per l'estraneo). In altre parole, si perverrebbe all'illogica conclusione per la quale l'intraneo dovrebbe rispondere del reato comune e l'estraneo di quello proprio.[194]

Ma l'obiezione non sembra affatto cogliere nel segno. E' infatti chiaro che, difettando in capo al soggetto qualificato il dolo del reato proprio, mancherebbe un presupposto indefettibile per l'addebito di responsabilità anomala all'*estraneus*. Pertanto, non sussistendo alcun mutamento nel titolo, l'ipotesi ricadrebbe al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 117 e entrambi i concorrenti dovrebbero rispondere secondo i principi generali di concorso nel reato comune.

Dunque, ricapitolando e tirando le fila dei risultati raggiunti, si deve concludere che l'applicazione dell'art. 117 c.p. esige una serie di presupposti. Segnatamente, si richiede la presenza di una situazione di concorso, relativa ad un illecito proprio a qualifica cd. differenziale, ove per effetto delle condizioni o qualità personali di uno dei concorrenti muti il titolo del reato; la mancata conoscenza, da parte dell'estraneo, delle predette condizioni o qualità (sempre che non si tratti di ignoranza inevitabile ex art. 45 c.p.); e, da ultimo, il dolo del soggetto qualificato rispetto al reato proprio realizzato.[195]

---

[194] Situazione illogica paventata anche da LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato,*cit., p. 218. Sul punto PAGLIARO, op. ult. cit., p. 73 precisa che, al contrario, in caso di errore dell'estraneo, le regole generali di cui agli artt. 47 e 110 c.p. troverebbero esplicita deroga nell'art. 117, che determinerebbe la punibilità per reato proprio dell'estraneo pur in errore sulla qualifica soggettiva. Con ciò, aggiunge, generando un'ingiustificata disparità di trattamento tra situazioni analoghe: "non si spiega per quale motivo l'errore sulla qualifica dovrebbe escludere la responsabilità per il reato proprio, se commesso dal soggetto qualificato, mentre non possiederebbe tale idoneità qualora fosse commesso dall'estraneo. Se proprio si volesse scorgere una differenza tra le due posizioni, si dovrebbe pervenire alla soluzione opposta dato che, indubbiamente, è più scusabile l'errore su una qualifica subiettiva altrui, piuttosto che l'errore sulla qualifica subiettiva propria".

[195] Analogamente GRASSO in ROMANO-GRASSO, op. ult. cit., p. 253.

5. Rapporti tra gli artt. 116 e 117 c.p.

A questo punto dell'indagine non ci si può esimere dall'affrontare il problema del rapporto tra le figure concorsuali di cui agli artt. 116 e 117 c.p., data l'evidente similarità che le connota, da sempre riconosciuta nella letteratura penalistica ed in ambito scientifico.

In proposito, la dottrina tradizionale accoglie la tesi secondo cui mentre nel caso di cui all'art. 116 c.p. il fatto realizzato è diverso da quello voluto dal concorrente nella sua identità sostanziale, nell'ipotesi prevista dal 117 c.p. il reato commesso, sotto il profilo naturalistico, è identico e a mutare sarebbe esclusivamente la relativa qualificazione giuridica, per effetto della qualifica soggettiva rivestita dall'intraneo.[196]

Per la stessa via, sia pur con diversi accenti, un illustre autore afferma che mentre nell'art. 116 c.p. l'interprete si trova di fronte ad un illecito già qualificato, nel caso previsto dall'articolo seguente si tratterebbe di "qualificare il fatto a cui abbiamo cooperato più persone, una delle quali almeno, fornita di particolari connotazioni soggettive; prima di sapere, cioè, a chi si imputa un certo fatto, occorre, in questo caso, determinare la qualifica del fatto medesimo".[197]

---

[196] Cfr. GRASSO, in ROMANO – GRASSO, *Commentario sistematico,* cit., p. 252. Questa è l'impostazione tra l'altro accolta nei lavori preparatori. Vd. SALTELLI – ROMANO - DI FALCO, *Commento teorico-pratico del codice penale,* Roma, 1956, p. 600, secondo cui "nel caso dell'art. 116 c.p., non soltanto il *nomen iuris*, ma anche il fatto commesso da un concorrente è diverso da quello voluto dall'altro concorrente"mentre "nell'ipotesi dell' art. 117 c.p. il fatto è il medesimo per tutti i concorrenti, e muta soltanto il *nomen iuris* di esso in dipendenza di condizioni e qualità personali d taluno dei concorrenti o per rapporti tra il colpevole e l'offeso, e pone a carico del concorrente, a cui una delle predette circostanze non si riferisce, una responsabilità maggiore".

[197] Così GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso* cit., p. 107. *Ivi*, l'Autore sottolinea che rispetto all'art. 116 c.p. che, riferendosi al "reato commesso" diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, presuppone un fatto la cui qualifica sia stata già compiutamente ottenuta, l'art. 117 c.p., specificando una delle ipotesi che potrebbero ricadere sotto la

Ancora, una diversa corrente di pensiero ritiene che mentre l'ipotesi di cui al 116 c.p. si riferirebbe ad una divergenza tra voluto e realizzato che si riflette sull'oggetto del dolo, la diversità del reato proprio rispetto a quello comune starebbe nel solo inquadramento giuridico del fatto.[198] Ciò salvo i casi, non frequenti, in cui la qualifica finisce per riflettersi sul fatto di reato, divenendo così oggetto di rappresentazione. A titolo esemplificativo, nel caso di concorso in peculato (art. 314 c.p.), la natura cd. pseudo propria[199] della fattispecie, ove l'elemento del "possesso della cosa per ragioni d'ufficio" trascina nell'oggetto del dolo anche la qualifica subiettiva, determinerebbe un'interferenza tra le due disposizioni e la conseguente applicazione non già dell'art. 117 c.p., ma al contrario dell'art.

---

precedente previsione normativa, si preoccupa di come qualificare il fatto a cui abbiano cooperato più persone prima di decidere l'*an* dell'imputazione o meno ad un soggetto, che si proponeva un dato reato, del reato diverso effettivamente verificatosi. Il fatto che, *ex* art. 116 c.p., si addebita al correo un fatto "non voluto" nel suo complesso, mentre *ex* art. 117 c.p. gli si addebita, semplicemente modificandone il titolo giuridico, un fatto "voluto", spiega la differente operatività dell'attenuante prevista dai due disposti: nel primo caso la sua applicazione al partecipe nolente, qualora il diverso reato sia più grave, è obbligatoria; diversamente, nel secondo caso è facoltativa, operando a favore di coloro per i quali non sussistono le condizioni, le qualità o i rapporti fra il colpevole e l'offeso quando il reato il cui mutamento del titolo si tratta è più grave. Similmente INSOLERA, *Concorso di persone,* cit., p. 492, secondo cui "nel caso dell'art. 116 c.p., ci troviamo in presenza dell'attribuzione, in via oggettiva di un fatto *diverso da quello voluto*, da taluno dei concorrenti e già compiutamente qualificato. Nell'art. 117 c.p., invece, si verifica l'opposto fenomeno per cui il fatto è voluto da tutti i concorrenti, esso tuttavia è suscettibile di diversa qualificazione giuridica in considerazione della qualifica soggettiva". Secondo l'A. un elemento di differenziazione tra le due fattispecie, che sta alla base della loro diversa *ratio* (di attribuzione dell'evento diverso già qualificato l'una, di qualificazione del fatto, l'altra) starebbe anche nel fatto che mentre l'art. 116 c.p. è inequivocabilmente imperniato sulla mancanza di volontà dell'evento diverso, a proposito delle qualifiche soggettive, indipendentemente dalla loro qualificazione dogmatica, non si può ragionare in termini di "volontà", ma al più far riferimento alle categorie della "conoscenza" o "conoscibilità". In termini analoghi anche PATERNITI, voce *Concorso di persone nel reato,* in *Enc. dir.,* 1992, p. 5. Di contrario avviso PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe,* cit., p. 71, nt. 36, secondo cui "in entrambe le ipotesi noi abbiamo una qualificazione già effettuata per la condotta di taluno tra i compartecipi e una qualificazione da effettuare per la condotta degli altri".

[198] Questa è l'opinione di PAGLIARO, op. ult. cit., p. 71 ss., che, sull'assunto dell'estraneità delle qualifiche dall'oggetto del dolo, conclude per la totale diversità di contenuto normativo tra le due fattispecie.

[199] L'espressione risale a MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, p. 775. Analogamente GALLO M., *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale,* cit., p. 202.

116: e ciò in quanto, nel caso di reati pseudo propri, l'estraneo che ignora la qualità personale rivestita dall'intraneo, finisce per non rappresentarsi un dato che attiene al fatto di reato e non al semplice *nomen iuris*. Pertanto, questi realizza non già lo stesso reato diversamente qualificato, ma piuttosto un illecito "diverso" nei suoi elementi oggettivi, con conseguente applicazione dell'art. 116 c.p.

Ora, a nostro sommesso giudizio le tesi esposte, tutte autorevolmente sostenute, si radicano però su di una falsa premessa. Abbiamo infatti visto come presupposto di ogni ragionamento sia sempre l'esclusione della riconducibilità delle qualifiche soggettive all'oggetto del dolo. Solo così si potrebbe giustificare il diverso ambito applicativo riservato alle due fattispecie.

A nostro avviso invece, per le ragioni già viste,[200] le condizioni e qualità personali del soggetto attivo nel caso di reati propri costituiscono elementi oggettivi del fatto, incidenti sull'offesa tipica e tali da consentire il mutamento del titolo o, negli illeciti a qualifica fondante, addirittura il passaggio dall'agire lecito al penalmente rilevante. E' evidente pertanto che le disposizioni in esame, prevedendo ambedue una responsabilità a titolo di dolo per il reato "diverso" realizzato in concorso, costituiscono ipotesi di divergenza relative a titoli autonomi di reato in rapporto di specialità in astratto.[201] Infatti l'art. 117 contiene tutti

---

[200] Vd. infra, cap. I, p. 3.

[201] Nel sistema penale italiano la divergenza avente ad oggetto titoli autonomi di reato risulta disciplinata in modo assai articolato anche rispetto ai casi di realizzazione monosoggettiva del fatto. Infatti alla responsabilità per l'evento o il reato "diverso" dal voluto fanno riferimento senza dubbio gli artt. 83, 47, secondo comma, e 49, terzo comma. E gli artt. 116 e 117 costituiscono, a nostro parere, il risvolto plurisoggettivo di quanto disciplinato in chiave monosoggettiva dalle disposizioni citate: segnatamente dall'art. 83 (per il 116) e 47, secondo comma, 49 terzo comma (per il 117). Per maggiori approfondimenti

gli elementi previsti dal 116, più un'ulteriore nota di specificazione laddove subordina la responsabilità dolosa dei compartecipi estranei per il diverso reato realizzato al possesso di determinate qualifiche soggettive in capo a uno dei concorrenti. Si tratta dunque, giova ripetere, di disposizioni aventi il medesimo ambito applicativo relative a casi di divergenza tra voluto e realizzato integrativi di titoli autonomi di reato in regime di concorso.

Ma vi è di più. Dalle premesse esposte deriva una necessaria correlazione tra i principi e le norme applicabili in tema di divergenza monosoggettiva e gli articoli 116 e 117 c.p.

Infatti, l'art. 116 disciplina una particolare ipotesi di *aberratio delicti*, pur assoggettando la deviazione individuale dal piano concordato ad una disciplina più severa di quella predisposta dall'art. 83 per i casi di divergenza in caso di esecuzione monosoggettiva.[202]

D'altro canto, l'art. 117 null'altro è che il risvolto plurisoggettivo e derogatorio di quanto disposto per le ipotesi di realizzazione monosoggettiva del fatto dagli art. 47, secondo comma, e 49, terzo comma c.p.: in altre parole, laddove l'art. 117 non esistesse, i casi di divergenza su diversi titoli di reato dallo stesso contemplati, dovrebbero essere risolti in base ai principi generali in tema di concorso ex art. 110 c.p., innestati sugli artt. 47, secondo comma, e 49, terzo comma, in materia di errore sugli elementi specializzanti. Più specificatamente, l'art. 117 costituisce una deroga parziale alla disciplina derivante

---

in tema di divergenza monosoggettiva vd. TRAPANI, *La divergenza tre il "voluto" e il "realizzato"*, cit.

[202] Per ragioni di politica criminale, il concorrente "inconsapevole" risponde infatti del reato diverso e non voluto a titolo di dolo, e non di colpa così come previsto dall'art. 83 c.p.

dall'innesto del 110 sugli artt. 47, secondo comma, e 49, terzo comma. "Parziale" per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché l'elemento specializzante è esclusivamente caratterizzante il soggetto attivo; ed inoltre poiché, a nostro parere, l'art. 117 e la norma generale di cui al 116 non coprono comunque ogni caso di divergenza tra voluto e realizzato in regime di concorso. Così se taluno si accordi con Tizio per commettere un furto e quest'ultimo realizzi invece una rapina *nulla quaestio* : si applicherà l'art. 116 c.p., costituzionalmente interpretato, in quanto il delitto di cui all'art. 629 c.p. costituisce senza dubbio uno sviluppo logico prevedibile del piano comune originariamente concordato.[203] Ma nell'ipotesi inversa, ove Tizio,

---

[203] Sul punto vd. la celebre sentenza interpretativa di rigetto Corte Cost., 13 maggio 1965, n. 42, in *Riv. pen.,* II, 1965, 598, ove si afferma la necessità che tra voluto e realizzato sussista non solo un nesso di causalità materiale, ma anche una relazione psichica di tal che "il reato diverso 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, affermandosi in tal modo anche la necessaria presenza di un coefficiente di colpevolezza". La giurisprudenza di legittimità, per questa via, è costante nell'affermare che l'applicazione dell'art. 116 c.p. postuli l'esistenza del requisito psicologico di prevedibilità tra reato voluto e evento più grave realizzato dal concorrente (vd. *ex multis* Cass. pen., 24 ottobre 2006 – 17 novembre 2006, CED 235427). La responsabilità ai sensi dell'art. 116 c.p. viene esclusa, invece, quando il reato diverso possa considerarsi come un fatto nuovo, dotato di una propria autonomia causale, o per l'insorgenza di circostanze eccezionali, o perché completamente al di fuori o contro i limiti dell'attività concordata (cfr. Cass. pen. Sez I, 28 giugno 1995, in *Cass. Pen.*, Milano, 1996, p. 2184, ove si afferma che "Il concorso anomalo previsto dall'art. 116 c.p. ricorre nel caso in cui l'evento diverso sia rimasto nella sfera della prevedibilità, mentre ricorre la fattispecie di cui all'art. 110 stesso codice allorché detto evento sia stato in concreto previsto accettato come rischio, dato che in quest'ultima ipotesi il correo ha agito con dolo eventuale ed è, perciò, configurabile piena responsabilità concorsuale.". Divergenze interpretative sussistono invece in ordine ai criteri di accertamento del requisito della prevedibilità. Si pronunciano nel senso di ritenere necessaria la cd. prevedibilità in astratto tra fattispecie incriminatrici, tra le altre, Cass. pen., 18 maggio 1994, in *Giust. Pen.,* II, 1996, p. 757; Cass. Pen., 2 ottobre 1989, in *Cass. pen.,* 1992, p. 62; Cass. Pen., 6 ottobre 1988 – 3 dicembre 1988, in *Cass. pen.,* 1989, p. 2182. Ritengono invece indispensabile un giudizio di prevedibilità in concreto Cass. pen., 23 febbraio 1995, CED 200699; Cass. pen., 7 dicembre 1988- 29 aprile 1989, CED 181206. La dottrina dominante propende per quest'ultima soluzione: in tal senso cfr. DI PAOLO, *La prevedibilità dell'evento diverso nell'art. 116: cenni critici,* in *Arch. Pen.,* 1973, p. 268; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe,* cit., p. 115 ss., secondo cui , per giudicare se la commissione di un reato diverso da parte di un altro compartecipe sia o meno prevedibile occorre tenere presenti tutte le circostanze che accompagnano nel singolo caso la condotta di concorso al reato voluto In generale, sull'argomento vd. BERNASCONI, *Orientamenti giurisprudenziali in*

accordatosi per commettere una rapina realizzi invece un furto ha senso chiedersi se possa rispondere ex art. 116 del delitto realizzato, perché sviluppo logicamente prevedibile dell'originario piano comune? A nostro parere si tratta certamente di un ragionamento forzato e comunque poco utile dal punto di vista ermeneutico, visto che i concorrenti potranno rispondere del fatto commesso, meno grave del voluto, per diretta derivazione dai principi generali in tema di concorso.

Ricapitolando: gli art. 116 e 117 c.p., lungi dal riguardare ambiti applicativi distinti, risultano invece strettamente interconnessi e, prevedendo una responsabilità a titolo di dolo per il reato "diverso" realizzato in concorso, costituiscono ipotesi di divergenza plurisoggettiva relative a titoli autonomi di reato in rapporto di specialità in astratto.

6. L'applicazione dell'attenuante facoltativa.

Il secondo periodo dell'art. 117 c.p. prevede che, qualora il reato proprio del quale i compartecipi estranei siano chiamati a rispondere sia più grave di quello comune che sarebbe stato loro ascritto in assenza dell'elemento specializzante della qualifica subiettiva, il giudice possa ridurre la sanzione applicabile rispetto a coloro per i quali non sussistano le condizioni personali che hanno determinato il mutamento del titolo.

---

tema di art. 116 c.p., in *Ind. pen.,* 1994, p. 323; CIANI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità del concorrente per reato diverso da quello voluto,* in *Cass. pen.,* 1996, p. 3644; GULLO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illicita e principio di colpevolezza,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2000, p. 1194; INSOLERA, *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1978, p. 1489; MORMANDO, *Interpretazione letterale e interpretazione costituzionale dell'art. 116. c.p.,* in *Riv. pen.,* 1991, p. 673.

Ora, l'applicazione dell'attenuante facoltativa solleva complesse questioni interpretative.

Invero, ad una prima lettura, la norma sembra collegare la riduzione della sanzione alla mera assenza di titolarità della qualifica. In altre parole, la presenza di elementi di natura personale acuirebbe in se il disvalore del fatto realizzato in concorso e determinerebbe la commissione di un illecito più grave di quello che l'estraneo, quale autore singolo, avrebbe potuto integrare. Ecco dunque che il legislatore, mediante la previsione dell'attenuante, avrebbe inteso riequilibrare sul piano sanzionatorio la posizione dei vari compartecipi rispetto al disvalore del fatto, tenendo in giusto conto il diverso rilievo del contributo del concorrente estraneo, almeno sul terreno della commisurazione della pena applicabile.

La soluzione, apparentemente logica e suffragata dal dato letterale, non appaga sul piano sistematico. A parte infatti il contrasto con la facoltatività dell'attenuante,[204] difficilmente giustificabile ancorando la riduzione della sanzione al solo dato oggettivo della carenza della qualifica,[205] l'interpretazione configgerebbe con la prevista riduzione della sanzione limitatamente ai soli casi di mutamento del titolo. Invero, se la *ratio* dell'attenuante stesse semplicemente nell'esigenza di recuperare l'equità del trattamento sanzionatorio rispetto ai concorrenti in difetto delle richieste qualità personali, allora analoga previsione avrebbe dovuto essere stata contemplata

---

[204] A tal proposito, la valutazione discrezionale del giudice, almeno secondo la prevalente dottrina (cfr. PAGLIARO, *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione,* cit., p. 980) deve far riferimento ai parametri di cui all'art. 133 c.p. Quanto alla "maggiore gravità" del reato realizzato, deve essere valutata avendo riguardo non solo alla necessaria diversità qualitativa, dipendente dal titolo, ma anche alla diversità quantitativa, con riferimento alla misura della pena. In giurisprudenza sul punto vd. Cass. pen., 9 giugno 1981, n. 7624, in *Cass. pen.,* 1982, p. 1294.

[205] Analogamente PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio,* cit., p. 65.

anche per i casi di reato proprio a qualifica fondante: se infatti, la diminuzione di pena si giustifica rispetto a illeciti propri ove l'elemento personale svolge un ruolo esclusivamente differenziale, tanto più una disciplina analoga avrebbe dovuto essere disposta per fattispecie nelle quali la qualifica del soggetto attivo costituisce l'elemento unico di discrimine tra l'agire lecito e il penalmente rilevante.[206]

Inutilizzabile appare, poi, anche il criterio adottato da alcuna dottrina, che, per individuare l'ambito applicativo dell'attenuante fa ricorso ad una differenziazione tra le condotte concorsuali, ritenendo, per questa via, che la riduzione di pena dovrebbe essere riconosciuta ai soli compartecipi estranei che abbiano apportato un contributo marginale alla realizzazione concorsuale dell'illecito.[207] In altre parole, secondo la tesi esposta, gli unici concorrenti eventualmente meritevoli di un più mite trattamento sanzionatorio, in base al prudente apprezzamento del giudice, potrebbero essere solo quelli che operano come meri complici accessori, risultando perciò privi della signoria finalistica sul fatto, propria invece dei concorrenti cd. coautori.

L'impostazione, come è ovvio, risentendo degli influssi della cd. teoria dell'accessorietà, non può essere accolta nel nostro ordinamento, ove il legislatore ha optato per un modello unitario di tipizzazione del concorso, che prescinde, nell'applicazione della sanzione, dai diversi ruoli rivestiti dai concorrenti e ha

---

[206] La soluzione è l'unica plausibile invece rispetto all'art. 1081 cod. nav., che esige la conoscenza della qualifica e ove la riduzione della sanzione è applicabile a qualsiasi fattispecie di reato proprio, e non solo ai casi di mutamento del titolo. Qui infatti, essendo richiesto *expressis verbis* l'elemento conoscitivo, è evidente che la ragione dell'applicazione dell'attenuante risiede nel minor disvalore che assume nell'economia del fatto il contributo del concorrente privo della qualifica richiesta dalla norma incriminatrice.

[207] Vd. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato,* cit., p. 225 ss.

riguardo al solo contributo causale da questi apportato alla realizzazione dell'offesa tipica.

L'inaccoglibilità dei risultati cui le tesi ora considerate conducono, ci induce pertanto a concordare con la dominante dottrina che circoscrive l'ambito di operatività della diminuente ai soli casi in cui gli estranei ignorino la qualifica soggettiva che ha determinato il mutamento del titolo e la conseguente responsabilità collettiva per il reato proprio realizzato.[208] Del resto, come già detto, a nostro giudizio, l'applicazione dell'art. 117 c.p. esige, tra gli altri presupposti, la mancata rappresentazione delle condizioni e qualità personali dell'intraneo. È dunque evidente che i casi di partecipazione dolosa dell'estraneo ricadono sotto l'ambito operativo dell'art. 110 c.p., referente normativo generale di tutte le ipotesi di concorso, e non si porrebbero, pertanto, problemi di applicabilità dell'attenuante facoltativa, prevista per i soli fatti disciplinati dall'art. 117 c.p.

7. L'art. 117 c.p. e le prospettive di riforma.

Al termine della trattazione ci sembra interessante dedicare alcuni cenni ai tentativi di riforma del codice penale[209], alla luce dei problemi che derivano dalle evidenti difficoltà di coniugare le ipotesi di responsabilità oggettiva, tra cui, come si è cercato di

---

[208] Cfr. tra gli altri GRASSO, in ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 254. Similmente INSOLERA voce *Concorso di persone nel reato,* cit., p. 492.

[209] Ci riferiamo, in particolare, al Progetto Pagliaro del 1992 (*Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo,* a cura di Pisani, Padova, 1993); al Disegno Riz (Disegno di legge 2038/1995, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, p. 927); al Progetto Grosso del 2000 (*Per un nuovo codice penale, II, Relazione della Commissione Grosso (1999)*, a cura di Grosso, Padova, 2000); al Progetto Nordio (*Il Progetto di codice penale della Commissione Nordio,* in *Cassazione penale,* Milano, 2005, vol. I, p. 244) e da ultimo al Progetto Pisapia.

dimostrare, rientra, tra gli altri, l'art. 117 c.p., con il principio di colpevolezza sancito all'art. 27 Cost. e ribadito dalla Consulta nelle fondamentali sentenze n. 364 e 1085 del 1988.[210]

A tal proposito, non vi è dubbio che i più recenti tentativi di codificazione esprimano l'esigenza, avvertita ormai da anni in dottrina, di accogliere le istanze personalistiche connesse all'idea della responsabilità "soggettiva".[211] Tuttavia, se vi è consonanza di vedute tra i progetti di riforma in ordine alla consacrazione costituzionale del principio di colpevolezza, permangono significative divergenze in ordine alle soluzioni da adottare in vista di una sua completa attuazione.[212]

Con riguardo in primo luogo all'articolato predisposto dalla commissione Grosso, si è sottolineato che gli interventi ablativi effettuati nei confronti dei casi di responsabilità oggettiva in

---

[210] Per riferimenti bibliografici e approfondimenti sulle indicate pronunce vd. anche infra, par. 3.5., nt. 176 – 177.

[211] Il Progetto Pagliaro, cit., prevede all'art. 12, comma 1: "Escludere qualsiasi forma di responsabilità incolpevole, prevedendo due sole forme di imputazione: il dolo e la colpa".
L'art. 38, comma 2 e 3, del Progetto Riz, cit., recita: "Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come delitto se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto colposo espressamente preveduti dalla legge. Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come contravvenzione se non lo ha commesso con dolo o con colpa salvo che la legge preveda la punibilità solo a titolo di dolo".
Il Progetto Grosso dispone, all'art. 28: "La colpevolezza dell'agente per il reato commesso è presupposto indefettibile della responsabilità penale. Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come delitto se non lo ha realizzato con dolo, salvi i casi di delitto colposo espressamente previsti dalla legge. Nessuno può essere punito per un fatto previsto dalla legge come contravvenzione se non lo ha realizzato con dolo o con colpa".
Il Progetto Pisapia, infine, ripudia ogni forma di responsabilità oggettiva e prevede (art. 13) quali unici titoli di imputazione soggettiva il dolo e la colpa, con ciò escludendo ipotesi di responsabilità penale anomala o per rischio.

[212] Sul punto cfr. CANESTRARI, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso,* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* Milano, 2001, p. 885. Più in generale, per un'analisi dei progetti di riforma vd. CAVALIERE, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia,* (a cura di) FIORE – MOCCIA – CAVALIERE, Roma, 2009; DE MAGLIE – SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale,* Milano, 2002; DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso,* in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia,* Padova, 2003; SERENI, *Verso una nuova disciplina del concorso di persone nel reato,* in *La riforma della parte generale del codice penale,* a cura di Stile, Napoli, 2003; VASSALLI, *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* a cura di Dolcini e Paliero, vol. II, Milano, 2006.

senso stretto, consentirebbero di allineare il nostro ordinamento ai sistemi penali europei più evoluti, che, da tempo, hanno espunto le figure tradizionalmente riconducibili al canone del *versari in re illicita.* In questa prospettiva si assisterebbe, dunque, ad una coerente affermazione del principio di personalità della responsabilità penale nel consueto significato di "commissione del fatto almeno per colpa incosciente".[213]

Pertanto, in questo ordine di idee, mentre il Progetto Pagliaro ammette il concorso di persone nel reato proprio con la previsione però di un regime penale differenziato in favore dell'estraneo,[214] il Progetto Grosso ha percorso la strada

---

[213] Così CANESTRARI, cit., p. 886, che, alla luce dei suddetti rilievi, sottolinea, l'opportunità dell'abrogazione dell'art. 42, comma 3, c.p., in quanto tale disposizione ammette una forma d'imputazione dell'illecito "altrimenti" che per dolo o colpa.

[214]A tal proposito l'art. 28, comma 2, recita: "Ammettere il concorso dell'estraneo nel reato proprio, con la previsione di un regime penale differenziato e facendo salvo il principio di colpevolezza". Il *novum* rispetto alla normativa vigente è, dunque rappresentato dalla necessità di un trattamento sanzionatorio differenziato in favore dell'*extraneus*, posto che attualmente l'art. 117 c.p. prevede una diminuente meramente facoltativa. Vd. PISANI, *Per un nuovo Codice penale: schema di disegno di legge-delega al Governo,*cit.

Quanto all'ulteriore ipotesi di responsabilità anomala di cui all'art. 116 c.p., il Progetto Pagliaro, nell'art. 29, rubricato "Agevolazione colposa del reato diverso da quello voluto", prevede "1. Se è commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti prevedere che questi risponda di agevolazione colposa di quel reato, qualora con il suo contributo ne abbia per colpa agevolato la commissione. Comminare la pena stabilita per il reato commesso, diminuita da un terzo alla metà. 2. Se il reato commesso ricomprende in sé il reato voluto dal concorrente, prevedere la responsabilità di questi per il reato voluto, con congruo aumento di pena ove la realizzazione del reato più grave sia stata da lui concretamente prevedibile. La pena non può essere inferiore a quella prevista nel comma precedente. 3. Qualora sia commesso, oltre al reato voluto o a quello indicano nel numero precedente, anche un reato diverso, applicare la regola di cui al primo comma". Nel testo dello schema della legge delega, p. 19. si spiega che il fondamento dell'imputazione al concorrente del reato diverso da quello voluto riposa non solo sul dato obiettivo, (il carattere agevolatore della condotta), ma anche soggettivo: "soggettivamente, la responsabilità non può essere che di natura colposa (qualora della colpa sussistano gli estremi). D'altra parte, trattandosi di un soggetto che intendeva pur sempre contribuire alla realizzazione di un reato, e che in questo contesto ha agito con negligenza, imprudenza o imperizia, la responsabilità non deve essere circoscritta alle sole ipotesi di reato colposo, espressamente prevedute dalla legge, ma viene estesa a tutte le fattispecie dell'ordinamento, ovviamente con una congrua riduzione di pena". Sottolinea gli inconvenienti della disciplina di cui all'art. 29 Progetto Pagliaro, CAVALIERE, *La disciplina del concorso di persone,* cit., p. 277. Il primo è quello per cui la responsabilità del concorrente per colpa è sganciato dalla previsione del fatto principale quale delitto colposo: "l'opzione del Progetto Pagliaro a favore della generale punibilità del concorso colposo in fatto doloso eliminava

dell'abrogazione dell'art. 117 c.p.,[215] dato l'evidente contrasto tra l'attuale irrilevanza della conoscenza della qualità dell'*intraneus*

---

indebitamente, in rapporto al concorrente, il carattere eccezionale ed espresso della responsabilità per colpa". Inoltre, nell'ipotesi di cui al secondo comma si avverte l'eco di una forma di imputazione anomala, priva di alcuni dei requisiti della colpa, primo tra tutti l'evitabilità dell'evento.

[215] Si veda la *Relazione al "Progetto preliminare"*, cit., p. 601 (ove si sottolinea l'esigenza dell'abrogazione della norma, "ritenendo che sia 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") e p. 614; CANESTRARI, cit., p. 894, il quale, definendo la norma in esame "un autentico caso di responsabilità oggettiva, in quanto vengono accollati all'agente alcuni elementi del fatto (diversi dall'evento), benché rispetto ad essi non vi sia né l'atteggiamento doloso, né quello colposo", condivide la scelta abrogazionista operata dal Progetto Grosso; DE FRANCESCO, *Quali alternative al codice penale? Un'introduzione al "Progetto Grosso"*, in *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspici alla realizzazione? Incontro di studio sul Progetto di Codice Penale redatto dalla Commissione presieduta da Grosso,* a cura di De Francesco, Torino, 2001, p. 113.

Per quanto concerne, invece l'art. 116 c.p. l'art. 45 del Progetto Grosso dispone: "1. Se è commesso un reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, questi ne risponde quando il reato sia a lui imputabile a titolo di colpa, sempre che il fatto sia preveduto dalla legge come reato colposo. 2. Se oltre al reato diverso risulta commesso anche il reato voluto, si applicano le norme sul concorso di reati." La soluzione normativa ivi prevista, in linea con l'esigenza sentita in dottrina di ancorare la responsabilità del concorrente ad un giudizio di prevedibilità in concreto dell'evento diverso realizzato, opta per un completo assoggettamento della disciplina al canone della responsabilità colpevole. In particolare, il primo comma – oltre a richiedere che il fatto sia previsto dalla legge come delitto colposo –, nel disporre la responsabilità per colpa del concorrente per il reato diverso da quello voluto, presuppone l'opzione per un concetto restrittivo di autore: in altri termini, presuppone che, in mancanza di tale disposizione, il concorrente colposo non possa punirsi quale autore monosoggettivo di delitto colposo, per la causazione colposa del reato diverso dal voluto (CAVALIERE, *La disciplina del concorso di persone nel reato,* in *Quale riforma del codice penale?* cit., p. 279). In questo senso, la disposizione del Progetto "riconduce *tout court* ai principi generali propri della colpa le ipotesi di responsabilità del partecipe per un reato diverso da quello voluto".(Così DE FRANCESCO, *Quali alternative al codice penale? Un'introduzione al "Progetto Grosso"*, cit., p. 23. Favorevole al *novum* così introdotto PEDRAZZI, *La disciplina del concorso di persone*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* Milano, 2001, p. 1083, ove si rileva l'eliminazione di ogni residuo di responsabilità oggettiva in nome del principio, proclamato al comma 1 dell'art. 28 dello stesso Progetto, per cui la colpevolezza è presupposto indefettibile della responsabilità penale. Critica la suddetta disciplina CANESTRARI, *op. cit.,* p. 894, in quale ne sostiene il carattere pleonastico e ne suggerisce la cancellazione, paventando fraintendimenti dovuti alla superfluità della formulazione (del tipo: la locuzione "a titolo di colpa" non indica un presupposto di imputazione, ma il regime delle conseguenze sanzionatorie). Il proposito di eliminare l'art. 116 c.p. veniva espresso con chiarezza nella *Relazione al "Progetto preliminare di riforma del codice penale"- Parte generale* (12-9-2000), in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano, 2001, p. 614, ove si legge, appunto, che "[…] nel documento di base la Commissione aveva affermato che la disciplina vigente di cui all'art. 116 c.p. Rocco, pur interpretata secondo le indicazioni della sentenza n. 42/1964 della Corte costituzionale, costituisce espressione tipica di responsabilità anomala. In questa prospettiva aveva suggerito l'eliminazione dell'istituto di parte generale, affidando eventualmente a disposizioni di parte speciale la salvaguardia di specifiche esigenze di tutela penale che dovessero profilarsi in materie quali i delitti contro la persona, la rapina, o

in caso di mutamento del titolo di reato e il principio di colpevolezza, con il conseguente assoggettamento della disciplina del concorso nel reato proprio a qualifica differenziale ai principi generali in tema di responsabilità colpevole.

In altri termini, "dalla soppressione *sic et simpliciter* dell'art. 117 c.p. discende, in virtù del principio di colpevolezza in funzione di limite, la responsabilità per reato comune in capo al concorrente estraneo che, ignorando la qualifica del consocio intraneo, che fa mutare il titolo di reato, non possa rispondere a titolo di dolo del reato proprio. Nel contenitore del "concorso" verrebbero così a confluire anche diversi titoli di reato, fra loro differenziati dalle condizioni o qualità personali del colpevole o dai rapporti fra il colpevole e l'offeso".[216]

Ed anche i più recenti progetti Nordio e Pisapia si sono mossi in una direzione analoga. Invero, nell'introduzione all'articolato Nordio si legge che "l'obiettivo dell'attuazione del principio di colpevolezza, fondamento inderogabile della responsabilità penale alla luce del canone costituzionale e della nota sentenza n. 364 del 1984, è stato perseguito seguendo varie direttive", tra cui "l'esclusione di ogni forma di responsabilità oggettiva, in ossequio alla piena applicazione del principio costituzionale della responsabilità penale".[217] Coerentemente, dunque, non vi è traccia di una disposizione simile per tenore all'attuale art. 117 c.p., ma si rinviene esclusivamente una norma in tema di "qualità personali", dettata con il solo obiettivo di dar rilievo, nella qualificazione dell'illecito come proprio, alle funzioni

---

altre ipotesi "nominate. […] In sede di stesura dell'articolato, dopo ampia discussione, avendo percepito alcune reazioni alla posizione abolizionista […], la Commissione ha deciso a maggioranza di inserire comunque nel codice una disposizione di parte generale concernente tale situazione".

[216] Così PEDRAZZI, op. ult. cit., p. 1087.

[217] Cfr. *Il progetto di codice penale della Commissione Nordio,* cit., p. 250.

concretamente espletate dal soggetto attivo, anziché alla qualifica formalmente rivestita.[218]

[218] Il riferimento è all'art. 11, comma 6, che dispone: "Salva diversa disposizione, quando la legge collega alla qualifica del soggetto attivo la titolarità di particolari doveri o poteri giuridici, essa indica la persona cui sono attribuiti al momento del fatto, anche se sprovvista di regolare investitura". Analogamente, l'art. 9, comma 2, del Progetto Pagliaro, considera intraneo il soggetto dotato di particolari doveri e poteri giuridici, pur se formalmente privo della corrispondente qualifica soggettiva prevista dalla legge.
Quanto alla materia della variante individuale al piano comune invece l'art. 44, comma 4, del Progetto in esame stabilisce: "Al concorrente che non ha voluto il reato complesso realizzato da altro concorrente, si applica la pena prevista per il reato voluto che sia elemento costitutivo del reato complesso". In senso critico CAVALIERE, *La disciplina del concorso di persone,* cit., p. 279, che evidenzia da un lato come non tutti i reati diversi dal voluto siano complessi; dall'altro, la mancanza di una previsione espressa di responsabilità del concorrente a titolo di colpa, sia o meno il reato diverso dal voluto un reato complesso. Sotto quest'ultimo profilo, qualche commentatore ha colto un arretramento rispetto al Progetto Pagliaro il quale prevedendo l'agevolazione colposa del reato diverso da quello voluto (art. 29), salverebbe "sia la proporzione tra illecito e sanzione, sia il principio della colpevolezza": infatti, il concorrente che non ha voluto il reato effettivamente realizzato può averne agevolato colposamente la commissione. Pertanto, incriminando l'agevolazione colposa del reato commesso da un altro concorrente, per ciò stesso, con un semplice meccanismo di integrazione fra norme, si creerebbero tante figure di delitti colposi, risultando così rispettato il principio per cui i delitti colposi devono essere espressamente previsti dalla legge (attuale art. 42 c.p., nonché art. 12, comma 2, Progetto Pagliaro e art. 18 Progetto Nordio). Inoltre, ragioni di politica criminale inducono a prevedere la punibilità di agevolazioni colpose di reati che in sé stessi non sono previsti anche nella forma colposa: esigenze, queste, che rendono "necessario agganciarsi alla misura della pena prevista per la realizzazione dolosa, operando poi una congrua riduzione, volta ad allineare tale misura al disvalore effettivo dell'agevolazione colposa" (PAGLIARO, *Il reato nel progetto della Commissione Nordio,* in *Cass. pen.,* Milano, 2005, vol. I, p. 13). E' evidente, dunque, a parere di questi autori, il difetto del Progetto Nordio sul tema: "esigenze costituzionalmente imposte di legalità rendono inaccettabile l'idea per cui, trattandosi di un problema di colpevolezza, non sarebbe necessaria la previsione espressa della punibilità della cooperazione colposa, o del concorso colposo del concorrente nel fatto doloso da lui non voluto", rimanendo "pur sempre il dato per cui il legislatore ed i progetti di riforma […] richiedono per la punibilità a titolo di colpa la previsione espressa; così avviene anche nell'art. 25, comma 2, del Progetto Grosso. Il venir meno della previsione espressa della cooperazione colposa e, nel Progetto Nordio, perfino della previsione della punibilità a titolo di colpa del concorrente per il reato diverso dal voluto, e la possibilità di fondare per via ermeneutica ed indiretta la punibilità risultano in flagrante contrasto con l'esigenza di legalità – affermata sul piano generale ed in rapporto al reato monosoggettivo – e, dunque, inaccettabili" (CAVALIERE, *La disciplina del concorso,* cit., p. 282). Esprime una valutazione negativa anche PADOVANI, *Un'introduzione al progetto di parte generale della Commissione Nordio,*in *Cass. pen.,* Milano, 2001, vol. IV, p. 2850. L'A., affermando che "il progetto che abbiamo sotto gli occhi …. si risolve in realtà in un tragico arretramento", ritiene che la prospettata soluzione susciti "di per sé consistenti perplessità ogni qual volta le modalità e il contesto del furto implichino il rischio, noto a tutti i concorrenti, di dover ricorrere alla violenza. Ma tanto maggiori risultano tali perplessità nell'ipotesi in cui tra reato commesso e reato voluto non sussista alcuna relazione di complessità".

Analogamente, il Progetto Pisapia, in vista di un adeguamento del sistema ai principi di colpevolezza e proporzionalità dell'intervento punitivo, finisce per abrogare ogni figura di responsabilità anomala, espungendo dal sistema il delitto preterintenzionale, i reati aggravati dall'evento, le fattispecie aberranti e le ipotesi di responsabilità per fatto diverso da quello voluto in regime di concorso.[219]

In conclusione, nelle istanze espresse dal legislatore della riforma, emerge la chiara insofferenza da anni manifestata in dottrina, nei confronti di ogni forma di responsabilità puramente oggettiva ed avulsa da canoni soggettivistici, e la volontà, al contrario, di valorizzare l'atteggiamento psicologico del compartecipe quale indice primario per l'ascrizione ad esso della responsabilità per il fatto commesso in concorso. Di qui, la necessaria abrogazione dell'art. 117 c.p. e l'abbandono del dogma dell'unità del titolo di reato con la previsione di una fattispecie plurisoggettiva che operi come "contenitore" delle forme "differenziate" di responsabilità dei concorrenti.

[219] A tal proposito vd l'art. 20 e). La disposizione, proprio nell'ottica della riconduzione a colpevolezza delle varie ipotesi di responsabilità oggettiva, stabilisce infatti che ciascun concorrente risponda soltanto nei limiti della sua colpevolezza in rapporto al contributo effettivamente prestato.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, p. 403.
- ALDOVRANDI P., *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999.
- ALESSANDRI A., voce *Impresa (responsabilità penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 193.
- ALICE G., *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 1983, p. 1027.
- ALICE G. – DE SANTIS A. – DE LORENZIS A., *Le deleghe di funzioni nel Testo unico sicurezza lavoro*, in *Guida al Lavoro*, 2008.
- ALLEGRA G., *Sulla rilevanza giuridica della posizione del soggetto attivo del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, VIII, 2, 1936, p. 511.
- AMBROSETTI E. M. – MEZZETTI E. – RONCO M., *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- ARDIZZONE S., *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.
- BATTAGLINI G., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949.
- BELLAGAMBA F., *Sulla responsabilità penale nella delega di funzioni*, in *Cass. pen.*, II, 1996, p. 1272.

- BELLINI F., *Responsabilità oggettiva: spunti per una teoria ricostruttiva*, in *Riv. pen.*, II, 2003, p. 803.
- BERNASCONI C., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di art. 116 c.p.*, in *Ind. pen.*, 1994, p. 323.
- BETTIOL G., *Sul reato proprio*, Milano, 1939.
- BOSCARELLI M., *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato. Le fattispecie di concorso,* Padova, 1958.
- BRUSCO F., *La delega di funzioni alla luce del D. Lgs. N. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, XI, 2008, p. 2767.
- CADOPPI A. – VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale*, Padova, 2002.
- CAMAIONI S., *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 2009.
- CANESTRARI S., *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* Milano, 2001, p. 884.
- CARACCIOLI I., *Profili del concorso di persone nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XIV,1971, p. 135.
- CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2005.
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, 1933.
- CIANI G., *Brevi considerazioni sulla responsabilità del concorrente per reato diverso da quello voluto*, in *Cass. pen.*, III, 1996, p. 3642.
- CIANI G., *Autore mediato e reato proprio*, in *Cass. pen.*, II, 1997, p. 1715.
- DE FELICE P., *Giudizio di rimproverabilità ex art. 5 c.p. e colpevolezza del reo alla luce della Sentenza della Corte*

Costituzionale n. 364/88", in AA.VV. *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, 1989.

- DE FRANCESCO G., *Quali alternative al codice penale? Un'introduzione al "Progetto Grosso"*, in *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspici alla realizzazione? Incontro di studio sul Progetto di Codice Penale redatto dalla Commissione presieduta da Grosso,* a cura di De Francesco, Torino, 2001.
- DE MAGLIE – SEMINARA (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale,* Milano, 2002.
- DE VERO G., *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995.
- DE VERO G., *Compartecipazione e personalità della responsabilità penale,* in *Studium iuris,* 1998.
- DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956.
- DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, attualmente in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976.
- DEMURO G. P., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XLI, 2,1998, p. 845.
- DEMURO G. P., *Tipicità e offesa del bene giuridico nelle fattispecie proprie del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, II, 1998, pp. 815.
- DI BENEDETTO S., *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988.

- DI PAOLO S., *La prevedibilità dell'evento diverso nell'art. 116: cenni critici*, in *Arch. Pen.*, I, 1973, p. 286.
- Disegno di legge 2038/1995, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Milano, p. 927.
- DOLCINI E., *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa di un nuovo codice penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, III, 2000, p. 863.
- DONINI M., *Teoria del reato. Un'introduzione*, Padova, 1996.
- DONINI M., *Il concorso di persone nel Progetto Grosso,* in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia,* Padova, 2003.
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006.
- FIORAVANTI L., *Delega di funzioni, doveri di vigilanza e responsabilità penale*, in *Giur. it.*, II, 1993, pp. 769.
- FIORE C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959.
- FIORE C. – MOCCIA S. – CAVALIERE A. (a cura di), *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia,* Roma, 2009.
- FIORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.
- FIORELLA A., *Sui rapporti tra il bene giuridico e le particolari condizioni personali*, in AA. VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, (a cura di) A. M. Stile, Napoli, 1985.
- FIORELLA A., voce *Reo*, in *Enc. giur.*, XXXIX, 1991, p. 1.

- FIORELLA A., *I principi generali del diritto penale d'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e pubblico dell'economia, Il diritto penale dell'impresa*, XXV, (a cura di) L. Conti, Padova, 2001.
- FLORA G., voce *Errore*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 255.
- FORNASARI G., *Dolo, errore sul fatto, aberratio ictus*, in *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001.
- FROSALI R. A., *Il concorso di persone nei "reati propri" e nei "reati di attuazione personale"*, in *Sc. Pos.*, 1949.
- GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Torino, 1951.
- GALLO M., *Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.
- GALLO M., voce *Aberratio ictus*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 67.
- GALLO M., voce *Capacità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 880.
- GALLO M., voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 624.
- GALLO M., voce *Dolo* (diritto penale), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 750.
- GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1969.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale, I, La legge penale*, Torino, 1999.
- GALLO M., *Appunti di diritto penale, II, Il reato, Parte II, L'elemento psicologico*, Torino, 2001.

- GALLO M., *Appunti di diritto penale, III, Le forme di manifestazione del reato*, Torino, 2003.
- GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo. Due piani interrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 1061.
- GRASSO G., *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. Pen.*, II, 1982, p. 744.
- GROSSO C. F., voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 707.
- GROSSO C. F. (a cura di), *Per un nuovo codice penale, II, Relazione della Commissione Grosso (1999)*, Padova, 2000.
- GROSSO C. F., in Grosso C. F. – NEPPI-MODONA G. – VIOLANTE L., *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Torino, 2002.
- GUARDATA M., *L'ignoranza della legge penale dopo l'intervento della Corte costituzionale: prime impressioni (nota a sent. Corte cost. 24 marzo 1988 n. 364, Marchegiani e altro)*, in *Cass. pen.*, II, 1988, p. 1152.
- GULLO A., *La delega di funzioni in diritto penale: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XLII, 1999, p. 1508.
- GULLO A., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto tra versari in re illicita e principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 2000, p. 1197.
- GULLO A., *Il reato proprio. Dai problemi tradizionali alle nuove dinamiche d'impresa*, Milano, 2005.

- GIARRUSO M., *Orientamenti dottrinali ed evoluzione giurisprudenziale sui problemi della responsabilità nell'esercizio dell'impresa e sull'efficacia della delega di funzioni*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2042.
- GUARINIELLO R., *Requisiti e limiti della delega in tema di sicurezza del lavoro*, in *Foro it.*, II, 2003, p. 529.
- *Il Progetto di codice penale della Commissione Nordio,* in *Cassazione penale,* Milano, 2005, vol. I, p. 244.
- INSOLERA G., *Tentativo di una diversa lettura costituzionale dell'art. 116 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXI, 1978, p. 1489.
- INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, p. 437.
- INSOLERA G., *Profili di tipicità del concorso: causalità, colpevolezza e qualifiche soggettive nella condotta di partecipazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1998, p. 440.
- L'INNOCENTE G., *Considerazioni in tema di reato impossibile*, in *Riv. it*, IV, 1961, p. 1085.
- LAGARD G. – GEBBIA M., *I soggetti penalmente responsabili in materia di sicurezza e igiene sul lavoro*, Milano, 2008.
- LATAGLIATA A. R., voce *Concorso di persone nel reato* (diritto penale), in *Enc. dir.*, VIII, 1961, p. 568.
- LATAGLIATA A. R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Pompei, 1964.
- MAGLIO M., *La responsabilità oggettiva*, in *Riv. pen.*, II, 2002, p. 521.
- MAIANI G., *In tema di reato proprio*, Milano, 1965.

- MALINVERNI A., *Il rapporto di causalità e il caso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, II, 1959, p. 47.
- MANTOVANI F., *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1990, p. 379.
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2001.
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, (ed. aggiornata da P. Nuvolone e G. D. Pisapia), Torino, 1981.
- MARINI G., *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965.
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993.
- MARINI G., voce *Reo*, in *Dig. disc. pen.*, XII, 1997, p. 53.
- MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXXIV, 1991, p. 3.
- MARINUCCI G., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XLVI, I, 2003, p. 363.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2004.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2006.
- MILITELLO V., *Agevolazione e concorso di persone nel Progetto 1992*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 575.

- MOCCIA S., *Il problema della responsabilità oggettiva tra principio di tipicità e principio di colpevolezza,* in *Costituzione, diritto e processo penale. I quarant'anni della Corte Costituzionale,* a cura di Giostra G. e Insolera G., Milano, 1998.
- MONTAGNI A., *Sulle condizioni di operatività della delega di funzioni*, Milano, 2005.
- MORGANTE G., *Le posizioni di garanzia nella prevenzione antinfortunistica in materia di appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XLIV, 2001, p. 88.
- MORMANDO V., *Interpretazione letterale e interpretazione costituzionale dell'art. 116. c.p.*, in *Riv. pen.*, II, 1991, p. 673.
- MORO A., *Sul fondamento della responsabilità giuridica dell'estraneo che partecipi ai reati propri*, in *Giur. it.*, 1948, p. 25.
- MORSELLI E., *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, II, Milano, 1984.
- MUCCIARELLI F., *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/88*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXIX, 1996, p. 223.
- NEPPI-MODONA G., *Il reato impossibile*, Milano, 1965.
- NEPPI-MODONA G., voce *Reato impossibile*, in *N. Dig. it*, XIV, Torino, 1967, p. 974.
- PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973.
- PADOVANI T., *Reato proprio del datore di lavoro e persona giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXII, 1979, p. 1179.

- PADOVANI T., *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nel quadro della più recente giurisprudenza*, in *Leg. Pen.*, 1981, p. 414.
- PADOVANI T., voce *Reati della navigazione*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 1193.
- PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratori d'incostituzionalità parziale dell'art. 5, c.p.*, in *Leg. Pen.*, 1988, p. 449.
- PADOVANI T., *Un'introduzione al progetto di parte generale della Commissione Nordio,* in *Cass. pen.,* Milano, vol. IV, 2001, p. 2843.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2002.
- PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XLVI.I, 2003, p. 395.
- PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro*, Milano, 2006.
- PAGLIARO A., *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957.
- PAGLIARO A., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966.
- PAGLIARO A. , *Problemi generali del diritto penale d'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, p 17.
- PAGLIARO A., *Colpevolezza e responsabilità oggettiva: aspetti di politica criminale e elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXXI, 1988, p. 387.
- PAGLIARO A., *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 595.

- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2000.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.
- PAGLIARO A., *Il reato nel progetto della Commissione Nordio,* in *Cass. pen.*, Milano, vol. I, 2005, p. 13.
- PALAZZO F. C., *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXXI, 1988, p. 920.
- PECORARO-ALBANI A., *Caso e causalità*, in *Arch. Pen.*, 1960, p. 81.
- PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.
- PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, p. 125.
- PEDRAZZI C., *La disciplina del concorso di persone*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* Milano, 2001.
- PELISSERO M., *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 328.
- PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004.
- PISANI M. (a cura di), *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo,* Padova, 1993.
- PUGNOLI C., *Sicurezza sul lavoro: delega di funzioni*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2008, p. 1833.
- PULITANÒ D., *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976.

- PULITANÒ D., *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, IV, 1982, p. 179.
- PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XXXI, 1988, p. 686.
- PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, p. 102.
- RAGANELLA E., *Il nuovo volto della delega di funzioni alla luce del d. lgs. 3 agosto 2009 n. 106 correttivo e modificativo del d. lgs. 9 aprile 2008 n. 81 tra frammentazione della posizione di garanzia e "spersonalizzazione" della responsabilità penale*, Roma, 2009.
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2005.
- RIZ R., *Lineamenti di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001.
- ROMANO M. – GRASSO C. F., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.
- RUSSO A. *La delega di funzioni*, (a cura di) Tiraboschi, *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro*, Milano, 2008.
- SALTELLI C. – ROMANO DI FALCO E., *Commento teorico-pratico del codice penale,* Roma, 1956.
- SANTORO A., voce *Caso fortuito e forza maggiore* (diritto penale), in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 992.
- SCHINCAGLIA I., *La rilevanza della delega di funzioni nel diritto penale d'impresa*, in *Ind. pen.*, I, 2002, p. 141.
- SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987.

- SERENI A., *Una discutibile sentenza in tema di inquinamento idrico e trasferimento di funzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, p. 145.
- SERENI A., *Verso una nuova disciplina del concorso di persone nel reato,* in *La riforma della parte generale del codice penale,* a cura di Stile, Napoli, 2003.
- SINISCALCO M., voce *Autore mediato* (diritto penale), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 443.
- SPASARI M., *Dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale al concorso nel medesimo reato. Appunti di dommatica esegetica*, in *Scritti in memoria di R. Dell'Andro*, II, Bari, 1994.
- STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, XVI, 1973, p. 3.
- TRAPANI M., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, 2006 (ristampa inalterata della I° ed. 1992).
- VANNINI O., *Il reato impossibile*, in *Arch. Pen.*, 1949, pp. 499.
- VENAFRO E., voce *Reato proprio*, in *Dig. disc. pen.*, XI, Torino, 1996, p. 337.
- VASSALLI G., *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* a cura di Dolcini e Paliero, vol. II, Milano, 2006.
- VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it.*, II, 1983, p. 1358.
- VITARELLI T., *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2008.

- ZANOTTI M., *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2007.