

QUESTIONI APERTE

GABRIELE FIORELLA

Sul “peso” storico della responsabilità oggettiva nell’interpretazione dell’elemento psicologico del reato.

A proposito dell’art. 117 del Codice penale

L’articolo si inserisce nel contesto del dibattito sul significato dell’art. 117 c.p., proponendosi di verificare l’effettiva tenuta della tesi secondo cui esso disciplinerebbe un’ipotesi di responsabilità obiettiva. A seguito di un esame critico dei principali argomenti addotti a sostegno di tali tesi, la ricerca giunge alla conclusione per cui l’interpretazione “oggettivante” del testo di legge avverte il peso di un pregiudizio storico che merita, oggi, di essere senz’altro superato a vantaggio di una più corretta lettura dell’art. 117 c.p., che risulti pienamente conforme al principio di colpevolezza.

About the historical ‘burden’ of strict liability in mens rea interpretation. Apropos of Italian criminal code’s article 117.

This paper takes part in the scientific debate on the meaning of Italian criminal code’s article 117, trying to ascertain if this article indeed provides for a case of strict liability. Following a review of the legal arguments proposed by the doctrine favourable to the strict liability thesis, this work reaches the conclusion that such doctrine is affected by a historical prejudice which deserves to be overcome to the benefit of a proper reading of the legal provision, that should be consistent with the culpability principle.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il testo dell’art. 117 c.p. alla luce dell’indicazione proveniente dall’art. 42, co. 3 c.p. - 3. Gli argomenti storici apparentemente favorevoli alla “oggettivazione” della responsabilità stabilita dall’art. 117 c.p.: i lavori preparatori del Codice penale. - 3.1. (*Segue*) Gli articoli 65 e 66 del codice Zanardelli. - 4. Il “peso” dell’interpretazione storica dell’art. 117 c.p. in una recente decisione della Cassazione. - 5. Gli argomenti sistematici che dovrebbero sostenere la “oggettivazione” dei contenuti dell’art. 117 c.p.: il significato dell’art. 1081 del codice della navigazione. - 5.1. (*Segue*) Superfluità dell’art. 117 c.p., se non esprimesse una forma di responsabilità oggettiva? - 6. Conclusioni. Il “testo” di legge quale fonte prevalente della ricognizione della volontà della legge.

1. *Premessa.* È noto che nell’interpretazione dell’art. 117 del Codice penale si faccia ancora fatica a riconoscere che la responsabilità dell’estraneo per il reato proprio del concorrente presupponga la conoscenza della qualifica dell’intraneo. E può sorprendere al riguardo la constatazione di quanto tale interpretazione dell’elemento psicologico del concorso nel reato proprio di altri sia in qualche modo condizionata dalla storica figura della responsabilità

oggettiva¹, che dovrebbe ormai considerarsi superata e, invece, ancora oggi proietta riflessi negativi sul nostro ordinamento improntato al principio di personalità (art. 27 Cost.)². La conclusione che si debba tener conto di una “storica” interpretazione³ legata al senso attribuito dai lavori preparatori all’articolo 117 c.p., e alle prime interpretazioni date allo stesso in dottrina, per quanto pregevole, rischia di condurre ad imputare al partecipe il reato proprio di altro concorrente già per un supposto, dovuto ossequio ad un’idea eccessivamente estesa della portata che avrebbe “oggettivamente” il criterio

¹ La letteratura in materia è molto vasta. Per un primo inquadramento della categoria giuridica e l’esame delle sue principali manifestazioni sul piano applicativo, cfr. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l’interprete in attesa di un nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 863 ss.; CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, 107 ss.; ALESSANDRI, *Il 1° comma dell’art. 27*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (art. 27-28)*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, 1 ss. e, in particolare, 99 ss.; FIANDACA, *Il 3° comma dell’art. 27*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (art. 27-28)*, cit., 22 ss. e, più nello specifico, 254 ss.; PAGLIARO, *Responsabilità oggettiva*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale (1945-1990)*, a cura di Bassiouni-Latagliata-Stile, Milano, 1991, vol. I, *Diritto penale*, 179 ss.; *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di Stile, Napoli, 1989; A. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, 1289 ss.; GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 409 ss.; PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale ed elaborazione dogmatica*, ivi, 387 ss.; ID., *Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato*, ivi, 1985, 623 ss. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 456 ss.; PATERNITI, *La responsabilità obiettiva nel diritto penale. Struttura, fondamento, prospettive*, Milano, 1978; PANNAIN, voce *Responsabilità oggettiva (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1976, vol. XV, 704 ss.; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1973, vol. XIX, 7 ss. e, nello specifico, 51 ss.; GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, vol. XV, 707 ss.; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, con particolare riferimento alle pagine 89 ss.; ALTAVILLA, voce *Responsabilità obiettiva (diritto penale)*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1939, vol. XI, 481 ss.

² Sul principio di personalità della responsabilità penale, oltre ai contributi citati alla nota precedente, cfr. anche gli studi di DE FRANCESCO, *Il principio di personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di “riconoscibilità” dell’illecito penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 21 ss. e RONCO, *L’azione “personale”. Contributo per l’interpretazione dell’art. 27, 1° co. Costituzione*, Torino, 1984.

³ Sui plurimi modi di intendere l’essenza e gli scopi dell’interpretazione “storica” di una disposizione normativa cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1980, vol. I, t. 2, con particolare riferimento alle pagine 367 ss.; ROTONDI, voce *Interpretazione della legge*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1075, vol. VIII, 893 ss. QUADRI, *Dell’applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, con più puntuale richiamo alle pagine 252 ss.; PARESCHE, voce *Interpretazione (filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Milano, 1972, vol. XXII, 152 ss. e, in particolare, 226 s.; BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, con specifico rinvio alle pagine 26 ss. e 40 s.; ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di Baratta, Milano, 1970, 131 ss.

della pari responsabilità dei concorrenti sancito dall'art. 110 c.p. In tale prospettiva, il principio di unificazione del titolo di reato opererebbe sulla base del solo accertamento di un contributo materiale del partecipe, travolgendo automaticamente le comuni regole che governano una differenziazione “personalizzante” dell'elemento psicologico, da verificare rispetto a ciascuno dei concorrenti⁴.

Il peso di questa - per così dire - “tradizione interpretativa” porta poi a congegnare rimedi compromissori che conducono a deprimere il significato dell'accertamento del dolo in ordine alla qualifica del soggetto attivo, ritenendo sufficiente la semplice “rappresentabilità” della qualifica dell'intraneo da parte dell'estraneo. Il che in qualche modo finisce, però, con l'ammettere una significativa anomalia nell'ascrizione psicologica. Si configurano così forme “miste” di responsabilità, che si muoverebbero in un'area più ampia e meno

⁴ È, questa, una probabile conseguenza indesiderata di un'eccessiva enfattizzazione della c.d. “concezione causale” del concorso di persone, cui - come noto - aderirono i compilatori del codice. Eloquente, sul punto, il passaggio della *Relazione sul Libro I del Progetto definitivo del nuovo Codice penale italiano* che mette in evidenza come «il criterio di un'eguale responsabilità per tutte le persone, che sono concorse nel reato, è in diretta dipendenza del principio, che si è accolto nel regolare il concorso di cause nella produzione dell'evento; principio in forza del quale tutte le condizioni, che concorrono a produrre l'evento, son cause di esso» (cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, vol. V, pt. I, 165). Per un più approfondito esame dei fondamenti storici e dogmatici di tale concezione (con relativa critica) cfr., tra i numerosi contributi, DE FRANCESCO, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *Cass. pen.*, 2012, 11, 3913 ss.; AZZALI, *Concorso di persone nel reato. La prospettiva causale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, vol. II, 1351 ss.; LATAGLIATA, voce *concorso di persone nel reato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. VIII, 570 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1950, vol. II, 482 ss.; RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1949, 17 ss. e 46. In generale sul concorso di persone nel reato, oltre ai contributi appena citati, cfr. anche GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa, 2022; PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004; INSOLERA, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, vol. II, 437 ss.; MONTANARA, voce *Reato plurisoggettivo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1987, vol. XXXVIII, 868 ss.; SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987; SEMERARO, *concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, 1986; STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981; SAMMARCO, *Le condotte di partecipazione al reato*, Napoli, 1979; FROSALI, voce *Concorso di persone nel reato*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1974, vol. III, 1084 ss.; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964; PECORARO ALBANI, *Il concorso di più persone nel reato*, Milano, 1961; BOSCARELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato. Le fattispecie di concorso*, Padova, 1958; GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

incisiva di personalizzazione dell'illecito. Con la conseguenza che al dolo su alcuni degli elementi essenziali del fatto si accompagnerebbe la colpa in riferimento alla qualifica (*prevedibile*) dell'intraneo. Senonché, nel sostituire la colpa al dolo, certamente non si raggiunge lo scopo di un pieno ossequio al principio di personalità.

2. *Il testo dell'art. 117 c.p. alla luce dell'indicazione proveniente dall'art. 42, co. 3 c.p.* A sommessimo avviso dello scrivente, alla radice di una soluzione del problema interpretativo che sia più aderente al principio di personalità, sta già una lettura del *dato testuale*, svincolata dall'ingombrata eredità di una visione dell'elemento psicologico spesso a rischio di menomazione, perché condizionata dall'idea che propriamente, originariamente l'art. 117 c.p. sarebbe espressione di una forma di responsabilità oggettiva.

Occorre muovere dalla premessa che, per verificare effettivamente una connotazione oggettiva della responsabilità, l'art. 42, co. 3 c.p. impone di accertare se la legge incriminatrice “determini” effettivamente la responsabilità “altrimenti”, là dove voglia prescindere dal dolo, dalla colpa o dalla preterintenzione⁵. Al riguardo lo scrivente si spingerebbe a ritenere che già l'uso testuale del verbo “determinare” pare indichi appunto la volontà del Codice penale di escludere la responsabilità oggettiva ogni volta non compaia una *precisa e chiara indicazione* in senso contrario.

Diciamo d'altra parte che, se è vero – come è vero – che per la colpa (e la preterintenzione) la legge prevede una previsione “espressa”, a maggior ragione una previsione della medesima pregnanza dovrebbe comparire nel te-

⁵ La possibilità di mantenere il delitto preterintenzionale al di fuori dell'ambito della responsabilità c.d. “oggettiva” risente, ovviamente, del modo in cui entrambe le categorie vengono ricostruite sul piano strutturale [sul punto, cfr. per tutti, CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, cit., 115 ss., PATALANO, voce *Preterintenzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, vol. XXXV, 351 ss. e PANNAIN, voce *Responsabilità oggettiva (diritto penale)*, cit., 705, il quale ultimo esclude ad esempio che sia legittimo parlare di “responsabilità oggettiva” con riferimento alla preterintenzione, avendo la legge espressamente mantenuto distinte le due ipotesi. Nella manualistica, v. anche MANTOVANI-FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹², Milano, 2023, 365 ss. e 399 ss. e GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano, 2020, 425 ss.]. Resta fermo, ad avviso di chi scrive, che solo una ricostruzione del delitto preterintenzionale che assicuri una copertura psicologica rispetto all'evento più grave di quello voluto, in termini di sua attribuzione per colpa, potrebbe oggi superare il vaglio di costituzionalità a fronte dell'art. 27, co. 1 Cost.

sto di legge ove intendesse ascrivere un reato in via puramente “oggettiva”. In assenza della quale chiara indicazione *testuale*, anche ove emergesse un diverso dubbio ispirato alla mera “possibilità” logica del sistema, dovrebbe comunque escludersi l’eccezione *in peius* al principio di colpevolezza, respingendo perciò la conclusione secondo cui la legge prevederebbe un caso di responsabilità oggettiva, tanto più perché essa è in contrasto con la nostra Costituzione. In breve, solo nei casi di assoluta chiarezza⁶ di una previsione della responsabilità oggettiva, essa dovrebbe essere riconosciuta quale volontà positivizzata della legge penale.

Ci si permette di aggiungere che, vista la ormai consacrata illegittimità costituzionale della responsabilità oggettiva⁷, il problema del rispetto del dettato costituzionale sembra oggi riproporsi anche sotto altre spoglie: quelle di forme più nascoste di “concessioni” nell’interpretare e applicare l’elemento psicologico del reato che eludono la corretta e compiuta applicazione dei principi che lo governano. In altri termini, nel prosieguo del lavoro si tratterà di verificare ulteriormente se e in che misura l’art. 117 c.p., per il modo in cui viene comunemente interpretato ed applicato (soprattutto in giurisprudenza), non esprima – come prima accennato – se non una forma di responsabilità oggettiva “occulta”⁸, comunque un approccio “riduttivo” dei contenuti caratteristici dell’elemento psicologico tipico, deviando da una compiuta aderenza al principio di personalità della responsabilità penale.

⁶ Sul principio di chiarezza, cfr. A. FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla denominazione del concetto di “previsione espressa” della responsabilità per colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 1007 ss. Per l’esame dei termini in cui il principio è stato recepito nel diverso contesto del diritto penale internazionale, cfr. MASUCCI, *Prospettive del principio di stretta legalità nel diritto penale internazionale*, in *Strutture del diritto penale internazionale. Interpretazione, applicazione, fattispecie*³, Torino, 2018, 13 ss.

⁷ È noto, sul punto, l’orientamento della Corte costituzionale, secondo cui il primo comma dell’art. 27 Cost. non conterrebbe in sé un divieto assoluto di responsabilità oggettiva, salva la necessità di assicurare una copertura psicologica con riferimenti agli “elementi più significativi della fattispecie” (cfr. il par. 12 della storica sentenza della Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss. con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*).

⁸ Per la distinzione tra responsabilità oggettiva “espressa” e “occulta”, cfr. il già richiamato contributo di MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, cit., 460, il quale fa rientrare nella seconda «quelle ipotesi o, comunque, quei coefficienti di siffatta responsabilità più capillarmente diffusi, perché possono annidarsi nello stesso concetto di colpevolezza e nelle sue specifiche forme del dolo e della colpa, quando essi non siano non solo concepiti ma anche concretamente applicati in termini di autentica responsabilità soggettiva».

3. *Gli argomenti storici apparentemente favorevoli alla “oggettivazione” della responsabilità stabilita dall’art. 117 c.p.: i lavori preparatori del Codice penale.* Nel senso di una possibile “oggettivazione” della responsabilità stabilita dall’art. 117 c.p., secondo le originarie volontà del codice Rocco, parlerebbero i lavori preparatori. Senonché, ad attento esame emerge il mancato approfondimento, nei lavori medesimi, del significato dell’ascrizione di responsabilità sancita dalla disposizione in commento, spesso limitandosi i redattori di tali documenti alla notazione secondo cui il problema di unificazione del titolo della responsabilità, oggetto specifico dell’articolo in questione, atterrebbe semplicemente al *nomen iuris* del reato da ascrivere ai più concorrenti. In detta poco articolata prospettiva, la struttura del fatto commesso in concorso rimarrebbe invariata, nonostante la presenza tra i compartecipi di un soggetto “qualificato”, ponendosi soltanto un problema “nominalistico”, quasi si trattasse di pura nomenclatura giuridica del fatto medesimo⁹.

Questa forse affrettata presa di posizione è stata, in passato, ripresa da autorevole dottrina per escludere che, secondo la volontà del legislatore dell’epoca, le previsioni dell’art. 117 c.p. potessero essere ricondotte nell’alveo della responsabilità oggettiva, anche qualora venissero intese come esclusive di qualsiasi accertamento dell’atteggiamento psicologico rispetto alla particolare qualifica dell’agente. Ciò, sulla base della considerazione per cui, nei reati caratterizzati dalla qualifica soggettiva, la volontarietà andrebbe propriamente riferita al fatto, che rimarrebbe appunto immutato, e non alla sua qualificazione normativa (*nomen iuris*) che, nella stessa visione dottrinale, verrebbe a coincidere con la qualità del soggetto attivo. Perciò, spetterebbe unicamente al giudice il compito di verificare la sussistenza di tale qualità, visto che essa coinciderebbe in tutto (con) e in definitiva si risolverebbe nella mera intitolazione del reato¹⁰. Senonché, per sottolineare il carattere epidermico di una

⁹ Cfr., tra i molti passaggi in questo senso, MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., 174 s., ove si afferma che l’attuale art. 117 c.p. «presuppone la medesimezza del fatto voluto da tutti i concorrenti, e prende in considerazione la diversa qualificazione giuridica, che è ad esso conferita, in dipendenza di condizioni o qualità personali di taluno dei concorrenti o dei rapporti esistenti fra taluno dei concorrenti e l’offeso».

¹⁰ Così, ad esempio, PANNAIN, voce *Responsabilità oggettiva (diritto penale)*, cit., 707.

simile convinzione, basti evidenziare che, se così fosse veramente, non vi sarebbe stato alcun bisogno dell'articolo 117 c.p. Il rinvio al giudice circa l'accertamento di una "corretta qualificazione giuridica", invero, è parte della naturale e scontata indicazione di ordinamento! Mentre il problema, il vero problema nell'interpretazione dell'art. 117 c.p., non sembra risiedere nel dato nominalistico di una certa figura di reato, ma nella sua diversa struttura e nelle diverse conseguenze penali. E non vi è, oggi, ragione di dubitare che la qualifica del soggetto attivo muti la struttura del reato dal punto di vista materiale, attribuendo ad esso un particolare e più intenso disvalore di condotta, perché espressione della violazione del dovere o dell'abuso del potere cui fa riferimento la qualifica soggettiva¹¹.

La convinzione a suo tempo espressa nei lavori preparatori e seguita - come visto - da una parte della dottrina meno recente, nonostante si riveli, in prospettiva odierna, non convincente sotto molteplici profili, continua ad esprimere una verità che la stratificazione del pensiero giuridico pare aver troppo drasticamente messo da parte. In particolare, sembra che non sia stato dato il giusto peso alla parte della relazione del Ministro Guardasigilli sul libro I, là dove mette in evidenza come l'art. 117 c.p. possa divenire applicabile solo sul presupposto della "medesimezza del fatto *voluto*" da tutti i concorrenti. Questa precisazione¹² lascia trasparire l'idea che, già nella storica, "effettiva" volon-

¹¹ Deve, in particolare, ritenersi ormai superato il tradizionale insegnamento secondo cui le qualifiche soggettive che definiscono i reati propri non apparterebbero al fatto di reato, ma ne costituirebbero un semplice "presupposto", con conseguente loro estraneità all'oggetto del dolo [cfr. in questo senso, tra i tanti, GALLO, voce *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, vol. XIII, 763]. Parte della dottrina più recente, appellandosi alla distinzione tra reati proprio non esclusivi, semi-esclusivi ed esclusivi, tende nondimeno ad escludere che le qualifiche soggettive debbano sempre e comunque costituire oggetto di rappresentazione da parte del reo (nell'ambito della manualistica più aggiornata, l'indirizzo è sostenuto, ad esempio, da MANTOVANI-FLORA, *Diritto penale. Parte generale*¹², cit., 109 s.). Nell'attuale panorama dottrinario non manca, in ogni caso, chi muove decisamente nel senso dell'assoluta necessità della rappresentazione della qualifica soggettiva (o, quantomeno, dei suoi presupposti di fatto), perché si perfezioni il dolo di fattispecie (in questo senso, cfr. ad esempio GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁸, cit., 360 s. e, ancor più nettamente, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 282 ss. e 337 ss., ID., voce *Ufficiale pubblico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, vol. XLV, 563 ss. e, in particolare, 577 ss., nonché C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Milano, 2016, 603).

¹² Che serve, tra l'altro, a tracciare una netta linea di confine tra l'ipotesi considerata dalla disposizione in commento e quella diversa disciplinata dall'art. 116 c.p. Così, espressamente, MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., 174: «La disposizione dell'articolo 120 [ossia l'attuale 116 (*N.d.R.*)] regola il caso del reato diver-

tà del legislatore dell'epoca, al mutamento del titolo di reato non si sarebbe accompagnata una deroga agli ordinari principi in materia di imputazione psicologica: nei reati dolosi, la volontà e la rappresentazione dei più concorrenti avrebbe, in ogni caso, dovuto rispettare i canoni dell'imputazione dolosa, ossia abbracciare l'intero fatto realizzato.

In parziale discontinuità con i lavori preparatori si pone la “Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli per l'approvazione del testo definitivo del codice penale”¹³ là dove, pur riprendendo in larga parte le considerazioni contenute nella diversa relazione sul libro I del Codice penale, richiama l'estensione a tutti i concorrenti del mutamento del titolo di reato, abbiano questi ultimi «conosciuto o non gli elementi che determinarono quella modificazione»¹⁴. Si tratta però di una presa di posizione che, ancora una volta, poggia su di una non corretta comprensione del significato strutturale della qualifica soggettiva, che viene indebitamente confusa con il *nomen iuris* del reato. D'altra parte, quando la stessa “Relazione a S.M. il Re” prende posizione sui criteri di imputazione psicologica valevoli per l'ipotesi specifica, essa chiarisce che agli effetti dell'art. 117 c.p. «il fatto è sempre voluto, nel genere e nella specie, da ciascuno dei concorrenti». *Il passaggio vale dunque a chiarire che, secondo le intenzioni del legislatore del tempo, nessuna ipotesi di responsabilità obiettiva sarebbe stata introdotta dalla disposizione in commento.* In altri termini, sembra che la precisazione sull'estraneità della qualifica soggettiva al dolo costituisca una semplificazione affrettata, frutto semmai di un corto circuito logico quanto alla ricognizione dell'effettivo significato “tecnico” della qualifica medesima.

A conferma delle conclusioni appena raggiunte risulta un dato chiaro, pienamente riscontrabile nelle relazioni appena citate, che illumina la distinzione tra le fattispecie dell'art. 116 e dell'art. 117 c.p. È costante e ripetuto in tali relazioni che la vera deviazione dal principio di conoscenza della “entità so-

so, di un reato, cioè, giuridicamente distinto dall'altro, non solo per il *nomen iuris*, ma per l'entità sostanziale del fatto».

¹³ Pubblicata nella *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, 26 ottobre 1930, n. 251, nonché in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1930, vol. VII, 7 ss.

¹⁴ Cfr., nello specifico, il par. 69 della relazione, in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VII, cit., 72.

stanziale del fatto” riguarda l’ipotesi dell’art. 116 c.p., non l’altra dell’art. 117 c.p., per la quale l’irrelevanza è riferita ad un dato meramente formale, come quello della conoscenza del semplice *nomen iuris*, impropriamente fatto coincidere con la qualifica del soggetto attivo¹⁵. Dunque, non dovrebbe dubitarsi della conclusione prima prospettata secondo cui nella effettiva volontà del legislatore, ammesso che possa essere storicamente ricostruita, l’intenzione di introdurre un’ipotesi di responsabilità oggettiva va riferita esclusivamente alla disposizione dell’attuale art. 116 c.p. e non all’altra dell’art. 117 c.p.

In ogni caso, l’esame delle due relazioni ministeriali e delle relative carenze ricognitive vale a rendere particolarmente ambiguo il significato del primo argomento “storico” valorizzato per sostenere che il legislatore dell’epoca intendesse realmente, con l’art. 117 c.p., concepire una figura di responsabilità oggettiva. Il che dovrebbe già di per sé indurre l’interprete a diffidare delle suggestioni del passato, con conseguente apertura verso una più “aggiornata” lettura del dato testuale dell’art. 117 c.p., libera da condizionamenti e approssimazioni che appartengono ad una visione, quella dei lavori preparatori, molto remota e non motivata tecnicamente, se non impropriamente mediante un riferimento al *nomen iuris* del reato proprio (!).

3.1. (Segue) *Gli articoli 65 e 66 del codice Zanardelli*. Altro argomento del passato che ricorrentemente viene valorizzato per esplicitare la natura della responsabilità discendente dall’art. 117 c.p., è la diversità testuale tra quest’ultima disposizione e quello che ad alcuni è parso essere il suo immediato antecedente normativo contenuto nel codice Zanardelli, ossia il suo art. 66¹⁶. In particolare, partendo dalla constatazione del fatto che l’art. 66 del co-

¹⁵ Particolarmente chiaro in tal senso è il già richiamato passaggio contenuto in MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, cit., 174.

¹⁶ È questa, nello specifico, la convinzione di LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 220. Occorre, tuttavia, precisare che lo stesso Autore, in altro luogo della medesima opera monografica, espone una visione parzialmente diversa, estendendo il confronto storico tra i due corpi normativi. In particolare, si propone un esame storico-comparativo tra gli articoli 65 e 66 del codice Zanardelli, da un lato, e gli articoli 117 e 118 del codice ancora oggi vigente, dall’altro (cfr. LATAGLIATA, *op. cit.*, 216 s.).

dice previgente specificava espressamente la necessità della conoscenza da parte del partecipe delle “circostanze materiali” che avrebbero determinato un aggravamento di pena e, eventualmente, anche il mutamento del titolo di reato, se ne trae la conclusione secondo cui l’apparente silenzio dell’art. 117 c.p. andrebbe senz’altro letto nel senso della irrilevanza di tale conoscenza¹⁷.

Sul punto, occorre anzitutto premettere che l’art. 66 del codice Zanardelli, parlando di circostanze “materiali” e non “personali” o “soggettive”, potrebbe non costituire il referente più valido per risolvere, su basi storiche, il problema giuridico posto dall’attuale art. 117 c.p. D’altra parte, l’art. 65 del medesimo codice del 1889, secondo illustri opinioni dell’epoca, sembrerebbe occuparsi della comunicabilità delle circostanze in senso stretto, e non degli elementi costitutivi del reato¹⁸, anche se la terminologia tecnica dell’epoca, meno precisa di quella utilizzata dal codice Rocco, potrebbe lasciare spazio a diverse interpretazioni¹⁹. Tutto ciò, peraltro, costituisce già di per sé un primo elemento che induce a ritenere l’argomento storico in esame non concludente né decisivo nel senso di una pretesa “oggettivazione” dei contenuti dell’art. 117 c.p.

Quest’ultima convinzione viene ancor più rafforzata tenendo a mente che, ad avviso della dottrina del tempo, la mancata considerazione da parte dell’art. 65 del codice Zanardelli delle qualifiche soggettive aventi il valore di elementi costitutivi del reato non ne avrebbe affatto comportato l’imputazione “oggettiva” ai concorrenti *extranei*. Al contrario, sembra che la sensibilità giuridica dell’epoca fosse chiaramente orientata nel senso di richiedere in ogni caso la

¹⁷ In questa direzione sembra muovere, ad esempio, Cass., Sez. VI, 7 giugno 2019, n. 25390, Rv. 276804, in *Cass. pen.*, 2019, 12, 4337 ss. con osservazioni di PEDULLÀ, *Il concorso nel reato proprio tra principio di colpevolezza e deficit di proporzionalità*, e ivi, 2020, 5, 1962 ss. con nota di FRANZIN, *Concorso dell’extraneus e interpretazione costituzionalmente orientata* (cfr., in particolare, il par. 3 del “considerato in diritto”). Anche in dottrina è dato riscontrare l’utilizzo dell’assenza nell’art. 117 c.p. di indicazioni analoghe a quelle rinvenibili negli articoli 65 e 66 del codice Zanardelli, quale argomento per sostenere la natura “oggettiva” della responsabilità in cui incorre il concorrente privo della qualifica soggettiva (cfr., per tutti, PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 52 s.)

¹⁸ Cfr. MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, Torino, 1924, vol. I, 224.

¹⁹ L’imprecisione della terminologia giuridica sul punto è ben messa in evidenza da PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 50 s. Per un riscontro a tale convincimento, cfr. ad esempio MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, cit., 101, il quale, affrontando il tema dell’errore che esclude la volontarietà del fatto, precisa che esso può cadere «sopra circostanze costitutive od aggravanti del delitto».

conoscenza della qualifica soggettiva da parte dei concorrenti che ne fossero privi, indipendentemente dal fatto che tale qualifica rilevasse in termini di elemento costitutivo del reato o mera circostanza aggravante²⁰. Sicché, ove l'argomento storico di cui si discute fosse valorizzato alla luce di una "presunzione di continuità del sistema giuridico"²¹, esso varrebbe ad offrire una lettura ben diversa del silenzio prestato dall'attuale art. 117 c.p. sui criteri di imputazione psicologica della qualifica in caso di concorso di persone.

La persuasività di quanto appena considerato si collega ad una più precisa e consacrata scelta sistematica del codice Rocco, che ha portato a consegnare con piena consapevolezza e consequenzialità legislative la definizione dell'elemento psicologico del reato a delle disposizioni di carattere generale (soprattutto, ma non solo, gli art. 42, 43 e 47 c.p.). E la prova del fatto che tali norme estendano sicuramente la propria efficacia anche alla materia del concorso di persone si ricava agevolmente dalla constatazione per cui, dato il silenzio dell'art. 110 c.p., l'elemento psicologico tipico della fattispecie pluri-soggettiva eventuale dolosa viene ricostruito dalla dottrina proprio sulla base dei principi generali fissati dalle disposizioni prima richiamate²². Il che vale come ulteriore conferma dell'assunto secondo cui l'assenza, in alcune norme sul concorso di persone nel reato, di indicazioni sui criteri di imputazione psicologica di elementi costitutivi del fatto in nessun modo può essere valorizzata per sostenere la pretesa deviazione del legislatore dal principio di colpevolezza.

Quanto sopra porta a ritenere che la funzione specifica dell'art. 117 c.p. sia, in realtà, ben diversa da quella immaginata dall'indirizzo che ne sostiene

²⁰ Cfr. in questo senso MAJNO, *Commento al codice penale italiano*, cit., 226 s., secondo cui «dovrebbero i compartecipanti subire le conseguenze penali della qualità di *pubblico ufficiale*, quando con abuso di questa sia stato commesso un sequestro di persona (art. 147), o una sottrazione da luoghi di pubblico deposito (art. 202), o un peculato (art. 168), o una concussione (art. 169), e tale qualità fosse nota al correo o complice del pubblico ufficiale». In termini ancora più espliciti si esprime, sul punto, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Firenze, 1902, vol. I, 456, par. 509, ad avviso del quale «quando coteste qualità meramente *personali*, oltre ad influire sul titolo (lo che può configurare una efficacia meramente *nominale*) o danno la *essenza* al nuovo reato, o ne furono *mezzo*, deve certamente farsene rinfaccio anche a coloro che nella propria persona non le avevano, ma che al fatto di chi le aveva parteciparono con scienza delle medesime; e così delle medesime profittarono».

²¹ Cfr. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 367 s.

²² Cfr., per tutti, DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, cit., 104 ss. e GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 94 ss.

l'appartenenza all'area della responsabilità oggettiva. La disposizione in commento, invero, unifica il titolo del reato con una prima finzione giuridica di carattere strutturale, considerando il partecipe non qualificato come se lo fosse, con conseguente applicazione a tutti i concorrenti del medesimo (e ordinariamente più grave) trattamento sanzionatorio previsto per il soggetto qualificato.

Ma in questa operazione, che attiene all'elemento materiale del reato e ai relativi disvalori, l'art. 117 c.p. nulla aggiunge sul piano dell'elemento psicologico del reato commesso dal partecipe non qualificato. Nulla, in particolare, esso aggiunge che possa lontanamente assimilarsi alla "determinazione" di una piena irrilevanza del comune (e legittimo) criterio psicologico di ascrizione del reato, consacrando la previsione di una responsabilità del partecipe propriamente oggettiva.

Ne deriva che l'accertamento della colpevolezza collegabile al testo dell'art. 117 c.p. non devia dal principio secondo cui tutti i concorrenti debbano essere muniti del dolo del reato specifico. Per traslato, se si tratta di reato c.d. "proprio", per ascriverlo al concorrente non qualificato, egli dovrebbe *almeno* essere consapevole della *qualità tipica* del concorrente che tale qualifica invece rivesta.

4. *Il "peso" dell'interpretazione storica dell'art. 117 c.p. in una recente decisione della Cassazione.* Il "peso" della storia nella interpretazione dell'art. 117 c.p., con tutti gli equivoci che hanno portato ad immaginare che la disposizione fosse un semplice veicolo di responsabilità oggettiva, porta dunque a trascurare il dato testuale, inducendo ad una conclusione decisa: senz'altro l'originario significato dell'art. 117 c.p. sarebbe di carattere oggettivo, escludendo l'operatività delle norme che regolano l'elemento psicologico del reato. Così pone la premessa del proprio ragionamento la fondamentale sentenza della Cassazione del 7 giugno 2019, n. 25390, stabilendo anche un parallelo con la formula dell'art. 116 c.p.²³

²³ Cfr., nello specifico, il par. 3 del "considerato il diritto" della già citata Cass., Sez. VI, 7 giugno 2019, n. 25390, Rv. 276804, nell'ambito del quale la Suprema corte esprime il convincimento che segue: «l'art. 117 c.p. introduce una deroga ai principii che regolano la disciplina della partecipazione criminosa e dell'imputazione dolosa, riferendo il diverso titolo di reato [...] a tutti i compartecipi, indipenden-

V'è da precisare subito al proposito che, secondo un tradizionale modo di pensare, la previsione della responsabilità oggettiva sarebbe significata dal Codice penale là dove testualmente richiami l'ascrizione causale in un modo che ne dovrebbe, almeno apparentemente, al contempo segnalare la caratteristica di essere il criterio *da solo sufficiente* per l'attribuzione della responsabilità penale. Ora, questo presupposto può in qualche misura essere considerato possibile per l'art. 116 c.p., là dove esso si esprime in termini di attribuzione del "reato *diverso* da quello *voluto*" sulla sola base dell'accertamento di un contributo materiale determinante per la sua realizzazione²⁴; medesimo presupposto che invece non si perfeziona con riferimento all'ipotesi disciplinata dall'art. 117c.p., il cui testo – si è visto – non contiene alcuna indicazione di pari pregnanza nel senso di un'asserita, "espressa" introduzione di un caso di responsabilità obiettiva. Il che stabilisce già una ragione di riflessione circa la premessa posta dalla citata sentenza del 2019.

Estendendo l'esame ad altre disposizioni limitrofe, ci si rende poi conto che l'art. 117 c.p. non ripete nemmeno l'originaria formula dell'art. 118, il quale – come noto – nel suo vecchio testo stabiliva l'estensione di eventuali circostanze (aggravanti o attenuanti), "anche se non conosciute da tutti coloro che sono concorsi nel reato" e, dunque, su basi chiaramente oggettive. Tale chiara indicazione testuale manca, invece, nell'art. 117 c.p.; lacuna che difficilmente potrebbe considerarsi come frutto del "caso", consolidandosi all'opposto

temente dalla consapevolezza dello specifico elemento di qualificazione». La disposizione definirebbe, in tal modo, «una ipotesi di responsabilità oggettiva, dalla stessa dottrina definita "anomala", che nella struttura originaria del codice Rocco veniva a collocarsi, quale conseguenza di una situazione storico-fattuale di base connotata dal *versari in re illicita*, sulla stessa linea di rigore repressivo tracciata da legislatore con riferimento al similare istituto disciplinato nell'art. 116 c.p.». La giurisprudenza più risalente si limitava a dare per presupposta tale diffusa – ma qui non condivisa – convinzione sui contenuti della volontà storica del legislatore, concludendo senz'altro nel senso della irrilevanza della conoscenza della qualifica da parte dell'*extraneus* (cfr., tra le tante, Cass., Sez. V, 7 agosto 1996, n. 7718, Rv. 205549, massimata in *Cass. pen.*, 1997, 2050 ss. con note di TOMEI e, più estesamente, in *DeJure*). L'orientamento più recente della Cassazione si è, invece, adeguato alla linea interpretativa proposta dalla citata decisione del 7 giugno 2019, subordinando l'applicazione dell'art. 117 c.p. alla prova della conoscibilità della condizione o qualità personale da parte dei concorrenti che ne siano sprovvisti (cfr., ad esempio, la recente Cass., Sez. VI, 8 febbraio 2024, n. 5636, Rv. 286081, in *Cass. pen.*, 2024, 7-8, 2236 ss. con osservazioni di IAPICCO).

²⁴ Salvo, poi, a dover oggi correggere la rotta dell'interpretazione conformandola a Costituzione, concludendo per l'ascrizione del reato diverso solo a titolo di colpa (Corte cost., 31 maggio 1965, n. 42, in *Giur. cost.*, 1965, 639 ss.).

l'idea che la disposizione non mirasse affatto ad ampliare le ipotesi di responsabilità obiettiva già presenti nel codice.

Tutti gli argomenti fin qui considerati portano a concludere che, vista la rilevanza della questione, se veramente il legislatore avesse voluto introdurre con l'art. 117 c.p. una speciale ipotesi di responsabilità obiettiva, lo avrebbe fatto in modo esplicito, anche solo per fugare eventuali dubbi che potessero sorgere in proposito. È, invece, agevole scorgere come la disposizione in commento non enunci affatto l'esclusività del nesso causale quale criterio di ascrizione della responsabilità. Essa, in verità, esprime soltanto i presupposti della comunicabilità della condizione o qualifica soggettiva propriamente intesa, in nulla perciò il suo testo escludendo che, secondo il sistema e i principi costituzionali, la disposizione vada coordinata con le regole che governano l'elemento psicologico del reato, come del resto fa anche l'art. 110²⁵.

5. *Gli argomenti sistematici che dovrebbero sostenere la “oggettivazione” dei contenuti dell’art. 117 c.p.: il significato dell’art. 1081 del codice della navigazione.* Altro argomento, questa volta di natura sistematica²⁶, che ricorre nella discussione sull'effettiva portata precettiva dell'art. 117 c.p. chiama in causa l'art. 1081 del codice della navigazione. Secondo alcuni, il significato letterale e logico della disposizione da ultimo considerata²⁷ dovrebbe senza alcun dub-

²⁵ In giurisprudenza, la tesi che considera la piena conoscenza della qualifica soggettiva da parte dell'*extraneus* quale presupposto essenziale di operatività dell'art. 117 c.p. è stata, in tempi oramai risalenti, sostenuta da Cass., Sez. II, 12 maggio 1992, n. 5522, Rv. 190849, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1, 322 ss. con nota critica di PELISSERO, *Consapevolezza della qualifica dell'intraneus e dominio finalistico sul fatto nella disciplina del mutamento del titolo di reato*. La decisione, rimasta pressoché isolata nel panorama giurisprudenziale (cfr., tuttavia, la parzialmente adesiva Cass., Sez. I, 21 ottobre 2008, n. 39292, Rv. 241129, in *DeJure*), si caratterizza per l'originalità delle soluzioni proposte, che riprendono in larga parte i cardini del pensiero di Latagliata sul tema specifico (cfr. ID., *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., 213 ss.).

²⁶ Sui possibili, diversi modi di intendere la portata dell'argomento c.d. “sistematico”, in relazione al diverso modo di intendere il concetto di “sistema giuridico”, cfr. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 375 ss.

²⁷ Art. 1081 (*Concorso di estranei in un reato previsto dal presente codice*). – Fuori del caso regolato nell'articolo 117 del codice penale, quando per l'esistenza di un reato previsto dal presente codice è richiesta una particolare qualità personale, coloro che, senza rivestire tale qualità, sono concorsi nel reato, ne rispondono se hanno avuto conoscenza della qualità personale inerente al colpevole. Tuttavia il giudice può diminuire la pena rispetto a coloro per i quali non sussiste la predetta qualità.

bio essere valorizzato per dedurre, *a contrariis*²⁸, il mancato rispetto del principio di colpevolezza da parte dell'art. 117 c.p.²⁹

A tal proposito, occorre ancora una volta evidenziare l'ambiguità dell'argomento³⁰, che non considera adeguatamente il differente ambito di applicazione delle due disposizioni³¹. In particolare, detta presa di posizione non tiene conto del fatto che il citato art. 1081 disciplina propriamente le ipotesi di incriminazione *ex novo* di fatti che, in assenza della qualifica soggettiva, dovrebbero considerarsi leciti e non i casi di mutamento del titolo di reato che costituiscono, invece, oggetto specifico della disciplina posta dall'art. 117 c.p. Il che fa salva ogni considerazione sui criteri da osservare per dare applicazione alla disposizione da ultimo considerata.

Né va trascurata la necessità di ragionare sul significato della cautela che, in altra zona dell'ordinamento, il legislatore potrebbe aver voluto esprimere a fronte del dibattito sull'art. 117 c.p. e i suoi riflessi sulla più ampia materia del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio. Non può, infatti, escludersi che il legislatore del tempo, in un contesto storico in cui il principio di colpevolezza non poteva dirsi certo pienamente affermato, abbia voluto precisare che, nell'ipotesi di unicità del titolo di reato applicabile ai vari concorrenti, l'estraneo dovesse senz'altro rappresentarsi la qualifica soggettiva

²⁸ Per una ricognizione della storia e della funzione specifica dell'argomento *a contrario* nel più esteso ambito del procedimento ermeneutico, cfr. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 346 ss.

²⁹ In questi termini si esprime, ad esempio, la richiamata Cass., Sez. VI, 7 giugno 2019, n. 25390, Rv. 276804 (cfr. sempre il par. 3 del "considerato in diritto"). In dottrina, esclude che l'art. 1081 del codice della navigazione possa essere letto nel senso di una piena adesione, da parte dell'art. 117 c.p., al principio di colpevolezza PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 38 s. e 53 s. In senso contrario muove, invece, altra parte della dottrina secondo cui, non potendosi stabilire tra le due disposizioni a confronto un rapporto di regola ad eccezione, essendo chiaramente distinti gli ambiti di rispettiva applicazione, in nulla l'art. 1081 cod. nav. potrebbe costituire un valido riferimento per esplicitare, con argomento *a contrariis*, il significato dell'art. 117 c.p. (cfr., per tutti, LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., 219, nota 123 e A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tivoli, 1979, 92). Ad avviso dell'orientamento da ultimo citato, analoghe considerazioni dovrebbero, poi, svolgersi con riferimento all'art. 14 del Codice penale militare di pace.

³⁰ Sottolinea i rischi, insiti in ogni interpretazione sistematica, di incoerenza e di ambiguità dei rispettivi esiti QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, cit., 254 s., secondo cui «la c.d. interpretazione "sistematica" può portare all'assurdo di far mutare continuamente di senso alla stessa disposizione di legge, in un giuoco perenne di trasfigurazioni e di metamorfosi».

³¹ La circostanza è riconosciuta anche da parte della dottrina meno incline a dedurre dalle disposizioni del codice della navigazione indicazioni nel senso di un integrale rinvio, da parte dell'art. 117 c.p., agli ordinari principi in materia di imputazione psicologica di elementi costitutivi del reato (cfr., per tutti, PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 53 s.).

dell'intraneo, lasciando per il resto alla dottrina e alla giurisprudenza l'ulteriore dibattito sul diverso caso regolato dall'art. 117 c.p., senza in alcun modo volerlo condizionare. Ne deriva che, se un significato sicuro il codice della navigazione contiene, esso sta proprio nel chiarire che la conoscenza della qualifica soggettiva è tutt'altro che estranea al giudizio di colpevolezza, quantomeno nell'eventualità in cui il fatto non costituirebbe alcun reato in assenza della qualifica medesima.

Alla luce delle considerazioni che precedono, c'è chiedersi se, a fronte di una disposizione di carattere generale la cui lettera non denuncia un sicuro allontanamento dal principio di colpevolezza, veramente meriti di prevalere un'interpretazione di segno contrario, basata sul confronto sistematico con una norma appartenente alle zone meno centrali del diritto penale e dal significato anch'esso non incompatibile con i contenuti più profondi ed evoluti del canone della personalità della responsabilità. L'interrogativo vale, ancora una volta, a mettere in evidenza il "peso" storico di un pregiudizio che fa fatica a cadere, nonostante il profondo mutamento di sensibilità giuridica che è maturato, anche sui temi oggetto del presente contributo, a fronte del progressivo disvelamento del "volto costituzionale" del nostro diritto penale³².

5.1. (Segue) *Superfluità dell'art. 117 c.p., se non esprimesse una forma di responsabilità oggettiva?* Altro argomento sistematico del passato, che nondimeno continua ad affiorare anche oggi, si fonda sull'asserita superfluità dell'art. 117 c.p., ove la sua applicazione presupponesse la conoscenza della qualifica da parte del concorrente "estraneo". Detto altrimenti, è convinzione di parte della dottrina che la prova sistematica dell'imputazione a titolo di responsabilità obiettiva della qualifica soggettiva starebbe in che nessun altro contenuto potrebbe avere l'articolo in commento, se non quello di manifestare la volontà di apportare la detta eccezione a principio di colpevolezza,³³.

³² Evidente, qui, il richiamo alla fondamentale opera di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., *passim*, nel cui solco la dottrina successiva non ha mancato di inserirsi, nello sforzo di adeguare i contenuti della legge penale ordinaria ai superiori principi della Costituzione. Per un ulteriore, autorevole esempio di interpretazione "costituzionalmente orientata" del sistema penale, cfr. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., *passim*.

³³ In questi termini cfr., per tutti, PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 36 s. e 49 s.

Senonché – come si è già evidenziato³⁴ – la disposizione sembra esprimere dei contenuti di disciplina molto più ampi di quanto ipotizzato dall’orientamento appena citato. A ben vedere, infatti, la prima e fondamentale funzione dell’art. 117 c.p. sta nel rendere comunicabile, sul piano della materialità del fatto, la condizione o qualifica soggettiva ai concorrenti che ne siano privi. Trattandosi di elemento di natura personale, connesso alla titolarità di doveri e poteri giuridici, potrebbe discutersi, come in effetti si è discusso³⁵, se questo effetto possa considerarsi quale portato della “ordinaria” funzione estensiva dell’incriminazione tipica dell’art. 110 c.p. Tale ultima disposizione consente infatti, da un lato, il frazionamento dell’elemento materiale del reato in virtù del noto principio di equivalenza sul piano causale delle varie condizioni; dall’altro, tuttavia, esso sembra consentire tale frazionamento nei limiti in cui si tratti di componenti della catena causale e non elementi (ancorché oggettivi) di natura personale, quale invece è la condizione-qualifica soggettiva per i disvalori di condotta tipici dei reati c.d. “propri”, vale a dire la violazione del dovere o l’abuso del potere giuridico richiamati dalla condizione-qualifica medesima.

Questa conclusione è alimentata dalla considerazione per cui il criterio di uguale responsabilità dei concorrenti dovrebbe giustificarsi, secondo la visione espressa nei lavori preparatori, in virtù di «un’associazione di cause coscienti, alle quali è dovuto l’evento»³⁶: è, dunque, l’aver *causalmente contribuito alla realizzazione di un particolare disvalore di evento* che fonda l’uguale punizione di tutti i partecipi. Ora, mentre il disvalore insito nella causazione di un evento offensivo può essere, già sul piano logico, suddiviso negli stessi termini in cui è possibile separare i vari anelli della catena causale e, poi, at-

³⁴ V. *supra* al par. 3.1.

³⁵ Si pensi, ad esempio, all’opinione del LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., 222 ss., il quale, anche per l’ipotesi di «incriminazione *ex novo* di una condotta altrimenti lecita», limita la possibilità di estensione delle condizioni o qualità personali ai casi in cui il soggetto qualificato agisca in veste di “autore” e non di “mero partecipe”. Risulta pertanto evidente che, secondo il pensiero dell’illustre Autore, la trasmissione del disvalore insito nell’abuso della qualifica soggettiva non è conseguenza “scontata” del principio posto dall’art. 110 c.p., dovendosi sempre confrontare l’interprete con il significato delle singole disposizioni incriminatrici che definiscono il reato proprio nella sua dimensione monosoggettiva.

³⁶ Cfr. MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, cit., 165.

tribuito per intero ai singoli concorrenti in ragione del loro supposto, “uguale” contributo alla sua realizzazione, così non può dirsi per il disvalore di condotta connesso alla titolarità di condizioni o qualità personali. Rispetto a tale elemento del fatto, nessun frazionamento né contributo esterno è immaginabile, potendo solo ed esclusivamente il soggetto qualificato abusare dei poteri o violare i doveri inerenti alla propria qualifica.

Conferma del particolare modo di atteggiarsi del disvalore insito nelle qualifiche soggettive, e dei conseguenti limiti alla corrispondente estensione a soggetti diversi dall’agente qualificato, si ricava dall’analisi del sistema delle circostanze³⁷, già come concepito dal legislatore del 1930. L’art. 70 c.p. – rimasto immutato – offre una prima, importante indicazione all’interprete, qualificando le “condizioni o qualità personali del colpevole” come circostanze “soggettive”. Il vecchio testo dell’art. 118 c.p. aggiunge, poi, un ulteriore elemento di riflessione, nella parte in cui esclude la comunicabilità ai vari concorrenti delle stesse circostanze “soggettive”, a meno che esse non abbiano agevolato l’esecuzione del reato in concorso. Quest’ultima disposizione vale, dunque, a chiarire che il disvalore insito nelle qualifiche soggettive non è, di regola, comunicabile ai concorrenti “estranei”, salvi casi particolari in cui un ulteriore elemento di disvalore si aggiunga sul piano causale, avendo l’abuso della qualità reso più agevole la realizzazione dell’evento consumativo del reato³⁸.

³⁷ In argomento, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. CAPUTO, *Commento agli art. 59, 61 e 62, in Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. III, libro I (art. 59-84), *Il reato. Le circostanze del reato. Il concorso di reati*, a cura di Lattanzi e Lupo, Milano, 2010, 1 ss. e 30 ss., nonché ID., *Le circostanze attenuanti generiche tra declino e camouflage*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1, 182 ss.; PREZIOSI, *Le circostanze del reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa, Torino, 2013, vol. II, *Il reato*, 803 ss. e ID., *La fattispecie qualificata*, Padova, 2000; MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000; MARCONI, *Il nuovo regime di imputazione delle circostanze aggravanti. La struttura soggettiva*, Milano, 1993; PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, vol. II, 187 ss.; DE VERO, *Circostanze del reato e commisurazione della pena*, Milano, 1983; SANTORO, voce *Circostanze del reato (diritto penale comune)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1974, vol. III, 264 ss. e ID., *Le circostanze del reato*, Torino, 1952; MARINI, *Le circostanze del reato. Parte generale*, Milano, 1965; CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963; MALINVERNI, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VII, 66 ss.

³⁸ Sono note le modifiche che ha subito l’art. 118 c.p. per effetto delle disposizioni contenute nella L. 7 febbraio 1990, n. 19 (per cui cfr. MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1433 ss. e ID., *Commento agli articoli 1 e 3 della legge 7 febbraio 1990 n. 19*, in *Leg. pen.*, 1990, 21 ss. e 51 ss.). Data la nuova e decisamente più laconica formulazione della norma, le riflessioni svolte nel testo potrebbero apparire non più attuali. Non così è, tuttavia, almeno ad

Alla luce di tale rapido confronto, risulta forse più chiaro perché il legislatore abbia avvertito la necessità di riservare ad una disposizione *ad hoc* il delicato tema del mutamento del titolo nei casi di concorso nel reato da parte di un soggetto “qualificato”. A tal proposito, è appena il caso di evidenziare che la funzione di estensione “materiale” della qualifica soggettiva che si è ritenuto di dover assegnare all’art. 117 c.p. resterebbe nondimeno viva, anche volendo aderire senza riserve all’orientamento che individua nell’art. 110 c.p. la norma fondante della disciplina sul concorso nel reato proprio³⁹. Ammesso infatti che tale ultima disposizione valga da sola a risolvere il vasto problema del concorso in un reato proprio, ove non si ponga al contempo un problema di possibile mutamento del titolo di reato per taluno dei concorrenti, rimarrebbe acclarato che essa non regola l’ipotesi da ultimo considerata, che costituisce invece oggetto specifico dell’art. 117 c.p. Ne deriva che l’eventuale funzione di estensione della qualifica soggettiva da ricondurre alla portata dell’art. 110 c.p. non potrebbe operare nel caso, da esso non regolato, di condotte concorsuali propriamente oggetto di una *duplice* qualificazione normativa.

La totale estraneità dell’ipotesi di mutamento del titolo di reato all’ambito di applicazione dell’art. 110 c.p. si desume dal suo stesso tenore letterale, ove rapportato al ben diverso modo di esprimersi dell’art. 117 c.p.; diverso tenore con il quale l’interprete non può non confrontarsi. La prima disposizione definisce, infatti, il suo perimetro applicativo, sul presupposto di un concorso di più persone “nel medesimo reato”: ossia di *un* fatto che presenta un’unica e ben definita struttura materiale, cui corrisponde altrettanto unica e ben definitiva qualificazione giuridica. Ben diversa è, per contro, l’ipotesi presa in esame dall’art. 117 che, esprimendosi in termini di *mutamento del titolo di rea-*

avviso di chi scrive. Occorre, infatti, leggere la riforma dell’art. 118 c.p. nel senso indicato da autorevole dottrina, secondo cui per le circostanze “soggettive” non considerate dall’attuale testo dell’art. 118 c.p. «il criterio applicativo dovrebbe essere desunto da un diretto collegamento con le regole generali di valutazione delle circostanze» (così MELCHIONDA, *La nuova disciplina di valutazione delle circostanze*, cit., 1484). Dovendosi pertanto fare, anzitutto, riferimento alla singola disposizione che definisce i presupposti di applicazione della specifica circostanza, in caso di abuso di poteri o violazione di doveri inerenti ad una qualifica l’effetto di aggravamento potrà estendersi ai concorrenti estranei nei soli limiti in cui possa dirsi, anche per questi ultimi, che l’esecuzione del reato è stata «attuata o agevolata mediante l’abuso o la violazione» (così, in particolare, definisce in generale i presupposti di applicazione della circostanza aggravante di cui all’art. 61 n. 9 c.p. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 188 s.).

³⁹ In questo senso cfr., per tutti, PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 18 ss.

to, evidentemente parte dalla premessa della “non medesimezza” del reato commesso dai concorrenti. Di qui l’esigenza di stabilire quale delle due norme incriminatrici astrattamente applicabili alla peculiare specie di concorso debba prevalere.

Sono, questi, *dati testuali* che non possono essere trascurati, poiché essi segnalano la particolare funzione estensiva dell’incriminazione che caratterizza specificamente l’art. 117 c.p. in rapporto (alla) e diversamente dalla norma generale sul concorso di persone, vista l’unicità del reato preso in considerazione dall’art. 110 c.p. Ma vi è di più.

La specificità dell’ipotesi considerata dall’art. 117 c.p. può essere ancor meglio apprezzata, estendendo l’esame ai suoi rapporti strutturali con i casi che sarebbero, invece, oggetto della disciplina offerta dall’art. 110 c.p. Si è detto che apparentemente l’art. 117 c.p. regolerebbe le ipotesi in cui un unico fatto potrebbe essere diversamente qualificato a seconda di come lo si guardi, ossia dalla prospettiva dell’intraneo ovvero quella dell’estraneo. In verità, ad essere precisi, l’art. 117 c.p. sembra intervenire nei casi in cui sono due i fatti realizzati; fatti che, per giunta, appaiono tra loro incompatibili dal punto di vista strutturale. Questa per certi versi “singolare” conclusione trae origine dal particolare significato strutturale che va riconosciuto agli elementi costitutivi c.d. “differenziali”, che valgono a specificare il fatto tipico non solo della norma “speciale” o “qualificata”, ma anche di quella “generale” o “comune”, con la conseguenza di stabilire tra le due un rapporto di mutua esclusione⁴⁰. Valorizzando a pieno tale fondamentale acquisizione scientifica, risalta forse maggiormente come il concorso di soggetti muniti di una particolare qualifica con altri che ne siano invece sprovvisti faccia emergere due distinte realtà fattuali, non conciliabili tra loro anzitutto sul piano della rispettiva materialità.

In altri termini, sembra avvalorata la convinzione secondo cui l’eventuale fun-

⁴⁰ Cfr., sul punto, le considerazioni di GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2020, vol. I, 508 s. il quale, portando l’esempio del rapporto tra le figure di reato previste e punite dagli art. 575 e 579 c.p., chiarisce che «il dolo della prima - e più grave - si profila caratterizzato da una clausola negativa implicita: rappresentazione e volontà di cagionare la morte di persona non consentiente. Discorso che, specularmente, vale anche per l’elemento oggettivo. Siamo sempre davanti all’incrocio dell’elemento soggettivo di un delitto con l’elemento materiale di un altro». Per ulteriori e più estesi sviluppi di tale concezione del significato strutturale degli elementi differenziali, cfr. l’analisi di A. FIORELLA, *L’errore sugli elementi differenziali*, cit., 24 ss.

zione estensiva della qualifica da associarsi all'art. 110 c.p. mai e poi mai potrebbe operare nelle ipotesi previste dall'art. 117. Se infatti può apparire, da un lato, più facile asserire che l'estensione della qualifica non incontri particolari ostacoli normativi, nel caso in cui la presenza tra i più concorrenti di un soggetto munito di una particolare condizione o qualità non determini una scissione del fatto in due realtà oggetto di qualificazioni normative tra loro difficilmente conciliabili, nell'ipotesi inversa la norma incriminatrice caratterizzata dall'assenza della qualità personale sembra operare a tutti gli effetti quale forte argine a tale estensione, esprimendo la qualifica soggettiva un elemento incompatibile con la sua struttura la quale, invece, si adatta naturalmente a definire il fatto realizzato dal soggetto non qualificato. Da tutto quanto precede deriva che, in assenza dell'art. 117 c.p., la diversa struttura del fatto ascrivibile al concorrente estraneo avrebbe impedito all'art. 110 di operare, tenuto conto anche del fatto che il reato "comune", essendo in genere meno grave di quello "qualificato", non avrebbe mai potuto assorbire in sé il maggior disvalore insito in quest'ultimo.

Tali considerazioni permettono di porre nuovamente nel dovuto risalto che l'art. 117 c.p. non sembra affatto trattare un problema di mero "inquadramento giuridico" dei fatti diversamente ascrivibili ai concorrenti, che lascerebbe identica la materialità dei reati, come appare credere la citata sentenza di legittimità del 2019⁴¹, in linea con quanto a suo tempo sostenuto dall'allora Ministro di grazia e giustizia, Alfredo Rocco⁴². *Invero, la qualifica soggettiva definisce il fatto di reato e i suoi disvalori, esprimendo la violazione dei doveri e l'abuso dei poteri connessi alla qualifica soggettiva. Nel che sta proprio la speciale caratura della diversa fattispecie qualificata. Ecco anche perché - come già rilevato⁴³ - la qualifica soggettiva non può rappresentare un semplice presupposto della condotta estraneo all'oggetto del dolo.*

Le superiori considerazioni giovano, altresì, a far meglio comprendere come le ipotesi riconducibili all'art. 117 c.p. pongano un delicato e, per certi versi,

⁴¹ Cfr. nello specifico il par. 3 del "considerato in diritto" di Cass., Sez. VI, 7 giugno 2019, n. 25390, Rv. 276804, cit.

⁴² Cfr. sempre il par. 69 della "Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli per l'approvazione del testo definitivo del codice penale", cit.

⁴³ V. *supra* al par. 3 dello scritto.

insolito problema di concorso di norme⁴⁴, che in qualche modo il legislatore doveva risolvere per affermare la prevalenza della fattispecie connotata dalla particolare condizione o qualità, in ossequio al principio di unificazione del titolo della responsabilità che condiziona la materia del concorso di persone. La pluralità di agenti fa emergere - come visto - inedite e potenzialmente infinite possibilità di realizzazione e successiva scomposizione del fatto, apparentemente unico, con conseguente emersione di situazioni che difficilmente potrebbero essere risolte applicando i comuni principi in materia di concorso apparente di norme⁴⁵, che sono stati probabilmente concepiti avendo in mente la ben diversa e più semplice realtà del reato monosoggettivo⁴⁶.

Osservato il problema dal particolare angolo visuale del concorso di persone, non sembra si possa ritenere superfluo l'art. 117 c.p., sul presupposto che il generale principio di specialità (art. 15 c.p.) già fornirebbe all'interprete gli strumenti necessari e sufficienti per risolverlo⁴⁷. In assenza dell'art. 117 c.p., sembra che la scelta della disposizione da applicare avrebbe richiesto molte altre considerazioni contenutistiche, connesse alla novità o particolarità della scelta tra più disposizioni applicabili, quando si tratti di concorso di persone.

⁴⁴ In generale sull'argomento, fondamentale resta il contributo di FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Città di Castello, 1937. Sulla stessa tematica cfr. anche i lavori di GAMBARDELLA, *L'unità nel molteplice. La relazione tra fattispecie nel concorso di reati*, Roma, 2024; BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, Torino, 2004; MUSCATIELLO, *Pluralità e unità di reati. Per una microfisica del molteplice*, Padova, 2002; DE FRANCESCO, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, vol. II, 416 ss.; CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1974, vol. III, 1007 ss.; MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966; PAGLIARO, voce *Concorso di norme (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. VIII, 545 ss.; ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, ripubblicato in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, 245 ss.; MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1951.

⁴⁵ Il punto è ben messo in evidenza da LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., 220 ss. In termini analoghi, pone in risalto il medesimo problema anche A. FIORELLA, *L'errore sugli elementi differenziali*, cit., 95.

⁴⁶ Per convincersene, basti considerare che, nel trattare del significato dell'art. 15 c.p., nessuna delle due relazioni ministeriali citate nel testo fa menzione del concorso di persone nel reato, sempre portando ad esempio ipotesi costruite sulla figura del reato monosoggettivo (cfr., nello specifico, "Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli per l'approvazione del testo definitivo del codice penale", cit., par. 12 e MINISTERO DELLA GIUSTIZIA E DEGLI AFFARI DI CULTO, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, cit., 56 ss.). Di qui, la naturale tendenza della dottrina a ritenere che «ordinariamente la convergenza di più norme si realizza in relazione ad una stessa condotta», con conseguente necessità per l'interprete di stabilire se tale convergenza dia luogo ad un concorso apparente di norme ovvero ad un concorso formale di reati (così GROSSO-PELISSERO-PETRINI-PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, cit., 606).

⁴⁷ In senso contrario si esprime PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, cit., 31 s.

Per convincersene, basti pensare ai dubbi interpretativi che avrebbe potuto sollevare il diverso ruolo rivestito dal soggetto qualificato nella complessiva dinamica concorsuale: l'applicazione della fattispecie qualificata presuppone un certo tipo di intervento da parte del soggetto munito della particolare condizione o qualità ovvero è sufficiente qualsiasi tipo di contributo, anche solo agevolatore o di minima importanza?⁴⁸ Tema molto complesso, che la legge ha voluto risolvere ricorrendo al criterio semplificante della prevalenza del reato connotato dalla particolare condizione o qualità posseduta da taluno dei concorrenti⁴⁹.

6. *Conclusioni. Il “testo” di legge quale fonte prevalente della ricognizione della volontà della legge.* Caduto l'argomento relativo alla superfluità della disposizione in assenza della eccezione sul piano della colpevolezza, riemerge in tutta la sua evidenza l'infondatezza della conclusione che l'art. 117 c.p. debba leggersi escludendo il coefficiente psicologico. Non solo, perché diviene allora anche difficile pensare alla necessità di una soluzione compromissoria. Soluzione che, invece, ha ritenuto di adottare la Cassazione per escludere

⁴⁸ Il problema, apparentemente risolto dall'art. 117 c.p., è stato riproposto come ancora di attualità da autorevole dottrina, secondo cui il codice Rocco non sarebbe in definitiva riuscito a superare nella particolare materia considerata la previgente distinzione tra autori e semplici partecipi (cfr. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit., 220 ss.). In tempi più recenti, continuano a porsi il medesimo interrogativo, tra gli altri, MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2006, 364 s. e C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 604 s., i quali, pur sulla base di presupposti diversi, giungono alla conclusione secondo cui potrebbe aversi mutamento del titolo di reato solo ove l'intraneo agisca nella veste di “autore” del reato qualificato dalla particolare condizione o qualità.

⁴⁹ La speciale complessità delle questioni sollevate dal concorso di persone nel reato proprio è stata bene messa in evidenza da autorevole dottrina, affrontando il delicato problema della partecipazione dell'autore del reato-presupposto nel ‘riciclo’ dei beni da quest'ultimo provenienti (cfr., in particolare, BRUNELLI, *Autoriciclaggio: profili del concorso di persone*, in *Punire l'autoriciclaggio. Come, quando e perché*, a cura di Mezzetti-Piva, Torino, 2016, 19 ss.). Per dare prova degli inediti problemi che la materia del concorso di persone pone nell'esame dei rapporti tra più fattispecie limitrofe, acutamente l'Autore fa - tra gli altri - l'esempio dell'art. 334 c.p., il quale punisce diverse ipotesi di sottrazione (o danneggiamento) di cose sottoposte a sequestro, distinte in ragione della diversa qualità dell'autore (custode-non proprietario; proprietario-custode; custode-non proprietario). A fronte di una fattispecie incriminatrice così congegnata, nel caso di simultaneo concorso di custode e proprietario - ad esempio - quale comma dell'art. 334 c.p. dovrebbe applicarsi? Anche qui, a sommesso avviso di chi scrive, la possibilità di risolvere il caso sulla base di una piana applicazione dell'art. 15 c.p. appare quantomeno dubbia, come sta a dimostrare l'estrema varietà delle interpretazioni proposte sul punto in dottrina e in giurisprudenza (per il cui esame, cfr. sempre BRUNELLI, *Autoriciclaggio: profili del concorso di persone*, cit., 30 s.).

la fondatezza della questione di legittimità costituzionale⁵⁰, trasformando da dolose in colpose le fattispecie accolte al concorrente privo della condizione o qualità personali.

Ecco il punto in cui sembra si manifestino maggiormente le distorsioni prodotte dal peso storico della originaria visione oggettiva della responsabilità concepita dall'art. 117 c.p. Pur di non abbandonare del tutto una lettura della disposizione che appartiene ad un passato ormai lontano, si ripiega verso una soluzione di compromesso che non solo punisce a titolo di dolo un fatto commesso semmai per mera colpa, ma si finisce anche con il creare una sorta di mostro giuridico come quello della fattispecie di peculato... colposo!

Nonostante le conclusioni cui essa ha ritenuto di dover giungere non siano condivisibili, la sentenza del 2019 va particolarmente apprezzata per la cultura giuridica e la sensibilità dimostrata verso il principio di colpevolezza. A confermarlo sta la circostanza che nemmeno in dottrina sono mancate voci autorevoli, le quali hanno sostenuto la medesima tesi⁵¹ o una soluzione per certi versi simile a quella patrocinata dalla citata decisione della Cassazione⁵². Il presente scritto ha voluto inserirsi in questo percorso di progressivo adeguamento del sistema al principio di colpevolezza, segnalando una possibile via per un avanzamento in tale direzione.

Tale avanzamento appare tanto più necessario, ove si considerino i mutamenti che ha subito il nostro ordinamento dal 1930 ad oggi; mutamenti che sembra rendono difficilmente sostenibile una così vistosa deroga ai principi generali sull'elemento psicologico, con disapplicazione della norma fondamentale di cui all'art. 47 c.p.⁵³ Basti pensare alle difficoltà di coordinamento che si ver-

⁵⁰ Ci si riferisce sempre alla menzionata Cass., Sez. VI, 7 giugno 2019, n. 25390, Rv. 276804, di cui cfr. in particolare i paragrafi 5 ss. del "considerato in diritto".

⁵¹ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², cit., 365, i quali nondimeno sottolineano l'emergenza di ulteriori problemi di legittimità costituzionale, che tale interpretazione dell'art. 117 c.p. lascia insoluti. In particolare, si pone l'attenzione sul rischio di una violazione del principio di proporzione tra reato e pena, punendosi un fatto sostanzialmente colposo con le pene previste dalla legge in relazione ad un ben più grave titolo doloso.

⁵² Cfr., in particolare, l'opinione di PAGLIARO, *Il concorso dell'estraneo nei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 975 ss.

⁵³ Cfr., in questi termini, C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*³, cit., 603, i quali evidenziano il rischio che, seguendo la tesi qui criticata, si giunga alla «assurda conseguenza che il pubblico ufficiale, il quale per avventura ignori tale sua qualità [...], non risponderebbe di peculato ma [...] di semplice appropriazione indebita, mentre coloro che concorrono nel fatto, ignorando la qualità di pubblico uffi-

rebbero a determinare rispetto alle previsioni degli attuali art. 59 e 118 c.p., i quali non seguono più la logica originaria dell'imputazione obiettiva, avendo largamente recepito alcune delle esigenze fondamentali discendenti dal principio di colpevolezza⁵⁴.

A ben vedere, nell'ipotesi dell'art. 117 c.p., la storia non sembra costringere necessariamente l'interprete verso un'unica lettura della disposizione. Si è visto, al contrario, che il dato storico è spesso ambiguo e la lettera della legge, così come la sua logica (anche sistematica), non certo contiene elementi che possano segnalare l'univoca, espressa previsione di una responsabilità oggettiva. Tutt'altro. In un ordinamento in cui al principio di colpevolezza unanimemente si riconosce sicura copertura costituzionale (art. 27 Cost.), eventuali casi di responsabilità oggettiva dovrebbero ormai considerarsi senza alcuna riserva illegittimi alla stregua di un'interpretazione conforme a Costituzione. Sì che, per quanto si vogliono tenere presenti le idee e le visioni del passato, diviene naturale concludere che mai dovrebbe dimenticarsi il fondamentale insegnamento del Betti, ad avviso del quale «nell'interpretazione giuridica di un ordinamento vigente non ci si può arrestare a rievocare il senso originario della norma, ma si deve fare un passo avanti, perché la norma, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha *vigore attuale* in una con l'ordinamento di cui fa parte integrante, ed è destinata a passare e a trasformarsi nella vita sociale, alla cui disciplina deve servire»⁵⁵.

Rinunciando al rispetto di una storia interpretativa non univoca, propria di tempi passati molto diversi e influenzata dopo il 1930 dalla dipendenza da canoni formali, ispirati a inclinazioni rigoristiche, è sommesso avviso dello scrivente che l'interprete può e deve oggi emanciparsi compiutamente e guardare con maggiore decisione al *dato testuale* dell'art. 117 c.p., non potendo allora non constatare che *esso non contiene alcun segno della responsabilità oggettiva*. Né il principio di unicità del titolo di reato nel concorso di persone può comportare o comunque giustificare la “compressione” dei contenuti del

ciale del concorrente, risponderebbero di peculato».

⁵⁴ La contraddizione di sistema è sempre messa in rilievo da C. FIORE- S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*², cit., 603.

⁵⁵ Così BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., 26 s.

principio di colpevolezza⁵⁶. Rimane perciò confermato che l'interprete può guardare con maggiore decisione allo sviluppo di un'interpretazione che non si distacchi dai principi fondamentali del sistema in materia di elemento psicologico del reato. Uno dei quali dovrà considerarsi il seguente: *l'interprete non può accontentarsi dell'idea che il dolo possa essere sostituito dalla colpa nel definire i presupposti della responsabilità quando si tratti di reati dolosi; e ciò, nemmeno quando l'evento sia la conseguenza di un concorso di persone nel reato.*

In altri termini, quale canone interpretativo, là dove si tratti di scegliere tra una "tradizione" interpretativa *molto remota*, in quanto collegata ai lavori preparatori, e la *realtà testuale*, quale risulta alla luce del sistema positivizzato, è a quest'ultima che deve senz'altro darsi prevalenza⁵⁷. A maggior ragione ciò, se i passi dei lavori preparatori che contrasterebbero il dato testuale fossero – come nel caso di specie – del tutto epidermici e comunque tecnicamente impropri; ma soprattutto se tale prevalenza la imponga il principio che governa la necessaria adozione di interpretazioni conformi a Costituzione, nel nostro caso all'art. 27, co. 1, nel porre il fondamentale principio della personalità della responsabilità penale, senza eccezioni. Il che, in riferimento all'art. 117 c.p., significa senz'altro – a sommosso avviso dello scrivente – che tale articolo, visto che in nulla esprime testualmente il carattere oggettivo della responsabilità del concorrente privo della qualifica, impone per ciò stesso la conoscenza della qualifica del reato proprio da parte del concorrente, quale componente essenziale del dolo a lui ascrivibile, se non altro in conformità al detto principio costituzionale di personalità della responsabilità penale.

⁵⁶ Sul punto, non va dimenticato l'ammonimento di Pellegrino Rossi – opportunamente citato dal Lattaglia nel corso della sua critica alla concezione causale del concorso di persone [cfr. ID., voce *Concorso di persone nel reato (dir. pen.)*, cit., 570, nota 5] – il quale acutamente rilevava che «la difficoltà di distinguere con qualche precisione le svariate specie e i diversi gradi di partecipazione al reato, è forse una delle ragioni che hanno determinato parecchi legislatori a non tentare nessuna distinzione, ed a punire i complici con la medesima pena degli autori del delitto. Ma questo è un evitare la difficoltà per via dell'ingiustizia; è un mancare ad un tempo alle regole della prudenza e ai dettami dell'interesse sociale» (cfr. ROSSI, *Trattato di diritto penale*, trad. it. a cura di Pessina, Napoli, 1853, 223).

⁵⁷ Cfr., in questo senso, GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuato da Schlesinger, Milano, 2011, 273, il quale ritiene che «per accertare la *ratio legis* occorra guardare *non* (o non tanto) ai lavori preparatori, quanto piuttosto al testo della legge in quanto tale, nonché alle circostanze sociali, politiche, etc., che l'hanno occasionata».