

Corso on - line Commissario di PS VII ed. 2016

Lezione

Concorso di persone

Sommario: 1. Cenni introduttivi sul concorso di persone nel reato. 2. Il c.d. concorso anomalo ex art. 116 c.p. 3. Il concorso dell'*extraneus* nel reato proprio: *discrimen* tra l'applicazione dell'art. 110 e dell'art. 117 c.p. 3.1. Il concorso dell'*extraneus* nel reato di bancarotta fraudolenta. 4. Concorso morale e connivenza non punibile: casi applicativi. 5. I c.d. reati collegiali. 6. La reità mediata: in particolare la previsione di cui all'art. 48 c.p. 6.1. L'applicazione dell'art. 48 c.p. nel reato di falso ideologico in atto pubblico e i rapporti con il reato di cui all'art. 483 c.p. 7. Il concorso di persone nel delitto di violenza sessuale di gruppo. 8. Concorso di persone nel reato e circostanze.

1. Cenni introduttivi sul concorso di persone nel reato.

Il concorso eventuale di persone nel reato, ossia il caso della partecipazione di due o più persone nella commissione di un reato monosoggettivo, è disciplinato dagli artt. 110 ss. c.p. Al concorso eventuale di persone si contrappone quello necessario, rappresentato dalla categoria dei reati plurisoggettivi, che possono essere commessi soltanto da più persone e sono previsti da un'apposita norma incriminatrice (si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p.).

I reati plurisoggettivi si distinguono in *propri*, ove il legislatore punisce tutti i soggetti attivi (come nell'associazione per delinquere) e quelli *impropri*, ove vengono puniti uno solo o alcuni dei soggetti attivi (si pensi al reato di rivelazione di segreto d'ufficio ex art. 326 c.p., in cui è punito solo chi rivela e non chi riceve la rivelazione, o di cessione di sostanze stupefacenti ex art. 73 d.p.r. 309/90, in cui è punito solo il cedente).

Con il concorso di persone eventuale il legislatore punisce le condotte di coloro che abbiano fornito un contributo materiale (c.d. concorso materiale) ovvero un contributo psicologico (c.d. concorso morale), che a seconda dei casi può essere *determinante* per la commissione del reato o soltanto *agevolatore*, e ciò, nei reati di evento, a prescindere dalla sussistenza di un nesso di causalità materiale tra condotta del singolo concorrente e l'evento verificatosi, nel senso che per il sol fatto di fornire un contributo del tipo appena indicato il soggetto (appunto concorrente) concorre nel reato i cui tratti materiali (compreso il nesso di causalità) e psicologici sono stati posti in essere da un altro soggetto, sempre che ovviamente egli agisca nella consapevolezza di collaborare nella commissione del reato (in questo senso anche la giurisprudenza, tra le altre, Cass., sez. IV, 13.12.2012, n. 48243, per cui ai fini della configurabilità del concorso di persone nel reato, il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di contributo agevolatore, e cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe stato ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà.; Cass., sez. III, 6.2.2013, n. 5849 per cui è sufficiente un contributo causale in termini, sia pur minimi, di facilitazione della condotta delittuosa; v. anche). Ciò che infatti, secondo la migliore dottrina, caratterizza il concorso eventuale previsto dall'art. 110 c.p. è la funzione incriminatrice *ex novo* di condotte atipiche, che cioè in assenza del predetto contributo (determinante o agevolatore) non costituirebbero reato; v. anche infra Cass. 12.9.2013, n. 37383, in tema di lottizzazione abusiva).

Se questa è la funzione tipica del concorso eventuale di persone, ne discende che nei reati plurisoggettivi impropri, di cui si è detto poc'anzi, non è possibile punire, a titolo di concorso eventuale, per la condotta tipica (volutamente determinante o agevolatrice) il soggetto non dichiarato punibile dalla norma che prevede il reato plurisoggettivo, poiché tale condotta è tipica ed il legislatore l'ha ritenuta non punibile. Rispetto a tali reati plurisoggettivi il soggetto che concorre a porre in essere la relativa fattispecie è punibile solo per condotte atipiche (si pensi al soggetto che istiga il pubblico ufficiale a rivelargli un segreto d'ufficio che sarà punibile ex art. 326 c.p. a titolo di concorso morale, cfr. Cass. 3.7.2008, n. 26797; Cass. 30968/2007).

Tanto premesso in linea generale sul concorso di persone (si fa rinvio per il resto alla trattazione manualistica, v. CARINGELLA-DELLA VALLE-DE PALMA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, II ed, Dike giuridica, 2015, 1390 ss.),

2. Il c.d. concorso anomalo: *discrimen* tra l'applicazione dell'art. 110 e dell'art. 116 c.p.

L'art. 116 c.p. disciplina una particolare ipotesi di *aberratio delicti* operante nell'ambito della responsabilità concorsuale. Tale articolo prevede segnatamente che se il reato commesso è diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde se l'evento è conseguenza della sua azione o omissione (comma 1) e se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave (comma 2).

Quella prevista dal secondo comma dell'articolo richiamato è un'attenuante obbligatoria, nel senso che sussiste (e pertanto deve essere presa in considerazione dal giudice) per il solo fatto che il reato diverso da quello voluto dal concorrente c.d. anomalo sia più grave di quello voluto (il concreto riconoscimento dipende poi dall'eventuale giudizio di bilanciamento delle circostanze ex art. 69 c.p.).

Stando alla mera lettera del predetto articolo, sembrerebbe che la responsabilità del concorrente che voleva la commissione di un reato diverso sussiste sulla base del mero nesso condizionalistico tra la condotta del concorrente medesimo ed il reato, il che però darebbe luogo ad una ipotesi di responsabilità oggettiva, che prescinde cioè dal dolo o dalla colpa. Essenzialmente per tale motivo sia la giurisprudenza del giudice delle leggi (si veda, tra le altre, C. Cost. n. 42/1965) che quella di legittimità ormai da tempo sostengono che tale concorso, detto anomalo poiché il concorrente risponde di un reato non voluto, è configurabile qualora ricorrano due requisiti: *il predetto rapporto di causalità materiale ed un rapporto di causalità psichica*, nel senso che deve sussistere la prevedibilità del reato diverso non voluto. Si deve pertanto verificare, in base al criterio della c.d. prognosi postuma, se il concorrente poteva rappresentarsi il reato diverso come *uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto*.

Tuttavia, in ordine a questo secondo requisito, si registrano ancora oggi due diversi orientamenti.

Secondo il primo è sufficiente la **prevedibilità in astratto**, nel senso che l'illecito non voluto deve appartenere al tipo astratto di quelli che, in linea puramente logica, si prospettano come sviluppo del reato originariamente voluto, ponendo a raffronto le fattispecie di reato astrattamente considerate (ad esempio, v'è prevedibilità tra furto e rapina o lesioni personali e omicidio; cfr., Cass. 28.6.1995, secondo cui il tentato omicidio non può reputarsi imprevedibile, atipico e del tutto svincolato dal concordato reato di rapina, in quanto questa determina sempre un gravissimo pericolo per la vita del rapinato, portato, per impulso naturale, a resistere alla violenza o alla minaccia e a sperimentare qualsiasi mezzo per sottrarsi ad essa, di talché l'omicidio - o il tentato omicidio - appare legato alla rapina da un rapporto di regolarità causale e può considerarsi un evento che rientra, secondo l'*id quod plerumque accidit*, nell'ordinario sviluppo della condotta di rapina; v. inoltre, tra le altre, Cass. 30.10.1990; 6.10.1988; 29.10.1986).

In base a questo primo orientamento, è sufficiente che il reato diverso costituisca "*il logico sviluppo di quello concordato, sì da restare escluso solo qualora il diverso e più grave reato commesso dal concorrente consista in un evento atipico, del tutto eccezionale ed imprevedibile*" (Cass. 5.1.2011, n. 200) o "*la possibile conseguenza della condotta concordata, secondo regole di ordinaria coerenza dello svolgersi dei fatti umani, non spezzata da fattori accidentali e imprevedibili*" (Cass. 23.9.2011, n. 34536 e Cass. 30.12.2011, n. 48726). Ancora si ritiene che il 'palo' di un programmato furto, degenerato in rapina impropria, sia responsabile ex art. 116 c.p. del tentato omicidio commesso da uno dei correi ai danni di un agente di polizia prontamente intervenuto per bloccare i ladri, in quanto il tentato omicidio costituisce "*evento non imprevedibile né del tutto svincolato dal delitto di rapina, che determina pur sempre un grave pericolo per la vita del rapinato, portato, per impulso naturale, a resistere alla violenza e minaccia e a sperimentare qualsiasi mezzo per sottrarsi ad essa, sicché l'omicidio o il tentato omicidio deve ritenersi legato alla rapina da un rapporto di regolarità causale e può considerarsi un evento che rientra, secondo l'id quod plerumque accidit, nell'ordinario sviluppo della condotta delittuosa*" (Cass. 1.2.2012, n. 4330; va

ricongiunta in tale orientamento anche Cass. 23.3.2012, n. 11442 che rinviene la colpa rispetto all'evento non voluto diverso *"nella violazione delle regole di prudenza, per essersi il partecipante imprudentemente affidato per l'esecuzione di condotta criminosa al comportamento di altro soggetto che sfugge al suo controllo finalistico"* poiché nella sostanza prevede una presunzione assoluta di colpa, in quanto in tutte le ipotesi di realizzazione concorsuale si verificherebbe automaticamente la violazione della suddetta regola prudenziale: il concorrente anomalo, che per definizione si affida ad altri per l'esecuzione di una condotta criminosa, risponderebbe sempre e immancabilmente per colpa del reato diverso).

Un diverso orientamento ritiene che la **prevedibilità vada intesa in concreto**, con la conseguenza che per stabilire se il reato diverso effettivamente realizzato rappresenti un prevedibile sviluppo di quello originariamente programmato occorre tenere conto di tutte le modalità di svolgimento del fatto e di ogni altra circostanza rilevante del caso concreto (cfr., tra le altre, Cass., sez. I, 28.2.2014, n. 9770; Cass., sez. V, 6.8.2013 n. 34036; Cass. 15.1.2009, n. 10098; Cass. 13.1.2005, n. 7388; 23.2.1995; 27.4.1992). Bisogna quindi accertare se il concorrente, che non ha previsto la commissione del diverso reato, avrebbe potuto rappresentarsene l'eventualità facendo uso della dovuta diligenza (cfr. Cass. n. 40156/2006, per cui la responsabilità per il reato diverso resta esclusa soltanto se tale reato consiste in un evento atipico, con conseguente eccezionalità ed imprevedibilità delle circostanze che lo hanno cagionato).

Le decisioni che aderiscono a questo orientamento dando il giusto rilievo alla "concreta rappresentabilità" dell'evento diverso (Cass. 15.5.2012, n. 18383), alla *"personalità dell'imputato e alle circostanze ambientali nelle quali si è svolta l'azione"* (Cass. 16.2.2012, n. 6214), e comunque alle *"circostanze del caso"* (Cass. 21.12.2011, n. 47652; Cass. 23.1.2012, n. 2652, secondo cui la "rappresentabilità" del reato diverso è *"da valutarsi in relazione alle circostanze ed ad ogni altro profilo del fatto concreto"*).

Tale ultimo orientamento appare preferibile poiché garantisce il carattere colposo della responsabilità ex art. 116 c.p., nel senso che, in ossequio al principio costituzionale di colpevolezza (art. 27 Cost.), impone un accertamento in concreto della colpa, evitando il ricorso alla presunzione della sua sussistenza sulla base di valutazioni astratte (anche di recente è stato ribadito che per la configurabilità del concorso anomalo ex art. 116 c.p. sono necessari tre elementi, cioè: a) l'adesione dell'agente ad un reato concorsualmente voluto, b) la commissione, da parte di altro concorrente, di un reato diverso o più grave (che non sia stato dall'agente effettivamente previsto o accettato il relativo rischio di accadimento) c) l'esistenza di un nesso causale, anche psicologico, fra l'azione del partecipante al reato inizialmente voluto e il diverso o più grave reato poi commesso da altro concorrente, reato più grave che sia oggetto tuttavia di rappresentazione in quanto logico sviluppo, secondo l'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, di quello concordato; ne consegue che l'esclusione della responsabilità ex art. 116 c.p. per il reato più grave può configurarsi unicamente quando quest'ultimo si presenti come un evento atipico, dovuto a circostanze eccezionali e del tutto imprevedibili, quando cioè può ravvisarsi una frattura insanabile del nesso psicologico e casuale con l'evento più grave tanto da poter ritenere quest'ultimo del tutto indipendente e autonomo rispetto a quello riferibile all'imputato: Cass. 16.6.2010, n. 23212).

Dunque, solo se il reato diverso era prevedibile in concreto da parte del concorrente che non lo ha voluto questi risponde a titolo di concorso nello stesso ex art. 116 c.p. In caso contrario, ossia se quel reato non era in concreto prevedibile, risponderà solo del reato programmato eventualmente commesso (ad esempio, se i concorrenti avevano programmato una rapina e uno di questi imprevedibilmente ha commesso, per sottrarre il bene, un omicidio, l'altro concorrente risponderà solo del reato di rapina) ovvero di alcun reato qualora quello voluto non sia stato posto in essere (ad esempio, anziché un furto domiciliare concordato venga commessa una violenza sessuale ai danni di una donna rinvenuta accidentalmente nell'abitazione).

Va peraltro precisato che il requisito della prevedibilità (in astratto o in concreto, a seconda della tesi che si intenda seguire) rileva al fine di verificare la sussistenza o meno della responsabilità del soggetto a titolo di concorso. Il concorrente che non abbia voluto il reato effettivamente commesso dall'esecutore, pur prevedibile, è chiamato a rispondere in base ad un atteggiamento colposo (ancorché il reato diverso abbia natura dolosa).

Qualora invece il concorrente avrebbe dovuto prevedere il reato diverso, il problema si sposta dalla verifica della sussistenza della responsabilità concorsuale, che senza dubbio sussiste, alla verifica della norma da applicare: se l'art. 116 c.p. ovvero l'art. 110 c.p., con la conseguenza che nel primo caso opererà l'attenuante obbligatoria di cui al secondo comma (salva la sua elisione nel giudizio di bilanciamento con le altre circostanze), mentre non opererà nel secondo caso (trattandosi, come si vedrà, di un reato, commesso dall'esecutore, che non può ritenersi diverso da quello voluto).

Secondo **un primo orientamento**, minoritario in giurisprudenza, ricorre il concorso anomalo previsto dall'art. 116 c.p. anche se il concorrente ha previsto l'evento diverso come probabile o come possibile ed ha accettato il rischio del suo verificarsi. Invero, l'articolo in questione prevede che il concorrente risponde del reato "diverso da quello voluto", il che sta a significare che quello diverso è un reato non voluto (tale tesi contrappone, sul piano psicologico, il reato voluto e quello non voluto) e la mera accettazione del rischio è sintomatica dell'assenza di volontà in capo al concorrente. Del resto, si sostiene che, pur volendo ricorrere allo schema del dolo eventuale, questo rientra nella sfera di operatività del concorso anomalo poiché si caratterizza, com'è noto, per la rappresentazione e l'accettazione del rischio dell'evento (a differenza del dolo diretto che postula la rappresentazione e la volontà dell'evento), accettazione del rischio che è un atteggiamento psicologico ben diverso dal volere un dato evento, atteggiamento volitivo che ex art. 116 c.p. deve mancare rispetto al reato diverso. Quindi, il concorso anomalo si colloca in un'area compresa tra prevedibilità del reato diverso e la rappresentazione dell'eventualità che questo possa verificarsi, in termini di possibilità o probabilità, con relativa accettazione del rischio di tale verifica.

La **giurisprudenza di legittimità** invece ritiene, muovendo dall'assunto che l'art. 116 c.p. riguarda, come detto, l'area della colpa, cioè l'atteggiamento colposo del concorrente, che sussiste il concorso ex art. 110 c.p. se il concorrente ha previsto e vuole l'evento diverso ovvero accetta il rischio del suo verificarsi, secondo lo schema del dolo eventuale. In tal caso difatti l'atteggiamento del concorrente diviene doloso (a seconda dei casi diretto o eventuale), sicché egli risponderà a titolo di concorso doloso nel reato (doloso o colposo) commesso dall'esecutore.

In questo senso si è pronunciata in più occasioni la Suprema Corte sostenendo che *"Il concorso ex art. 116 c.p. si distingue dal concorso ex art. 110 c.p. per l'esistenza nel soggetto di una diversa volontà diretta alla realizzazione di un fatto diverso rispetto a quello commesso dal concorrente, nel senso che tale evento non deve essere stato né previsto, né accettato neanche nella forma del dolo eventuale."* (cfr., tra le altre, Cass. 16.1.2003, n. 1958; così anche Cass., Sez. I, 1.2.2012, n. 4330; Cass., sez. un., 9.1.2009, n. 337; Cass. 12.3.2009, n. 11071).

La responsabilità per concorso anomalo è dunque da escludersi ogniqualvolta il concorrente versi nei confronti dell'evento diverso in una situazione di dolo, sia esso eventuale o diretto, ovvero alternativo diretto (ad esempio, il concorrente vuole che il suo complice commetta indifferentemente un furto o una rapina) o eventuale (ad esempio, il concorrente accetta il rischio che il suo complice commetta indifferentemente un furto o una rapina).

Infine, va precisato che la norma dell'art. 116 c.p. disciplina il solo caso in cui, a fronte di un accordo per la commissione di un reato, su iniziativa di altro concorrente, venga commesso un reato diverso da quello concordato e non anche l'ipotesi in cui, oltre al reato programmato, ne vengano commessi di *ulteriori*, essendo quest'ultima regolata dalla ordinaria disciplina dell'art. 110 c.p. Quindi, non configura il concorso anomalo, ma rientra nella comune disciplina del concorso di persone l'ipotesi in cui vengano commessi reati ulteriori rispetto a quello programmato, sia pure ad esso collegati (si pensi al caso in cui all'accordo fra i correi per commettere un furto abbiano fatto seguito gli ulteriori reati di resistenza a pubblico ufficiale, lesioni e danneggiamento, commessi durante la fuga a seguito di un intervento della polizia giudiziaria; Cass. 2.5.2013, n. 25446).

3. Il concorso dell'*extraneus* nel reato proprio: discrimen tra l'applicazione dell'art. 110 e dell'art. 117 c.p.

Analizzando il reato dal punto di vista del "soggetto attivo" si suole distinguere i "reati comuni", suscettibili di essere realizzati da *chiunque*, dai "reati propri", i quali possono essere perfezionati soltanto da soggetti connotati da particolari qualifiche naturalistiche o giuridiche,

preesistenti alla norma penale, espressamente indicate dalla stessa o desumibili dalla struttura della fattispecie. L'incriminazione dei reati propri si giustifica perché la qualifica soggettiva a volte pone il soggetto attivo in rapporto con il bene giuridico protetto, consentendogli di arrecargli offesa (ad ex. il "detenuto" rispetto al reato di evasione); altre volte gli consente di realizzare quel determinato tipo di offesa (ad ex. il "possessore" della cosa, rispetto a taluni reati contro il patrimonio); altre volte ancora rende opportuna l'incriminazione di fatti altrimenti penalmente irrilevanti (ad ex. l' "imprenditore" nei reati di bancarotta).

Si ammette ormai pacificamente che il reato proprio possa essere realizzato anche mediante la cooperazione di un soggetto sprovvisto della qualifica soggettiva (c.d. *extraneus*). Infatti, sotto il profilo politico-criminale, non sarebbe possibile mandare esente da sanzione penale colui che, pur non essendo in possesso della qualifica richiesta dalla norma configurante il reato proprio, abbia comunque contribuito ad offendere il bene giuridico protetto dalla stessa.

Preliminarmente si ritiene opportuno dare atto delle distinzioni elaborate in dottrina tra le varie figure di "reati propri", atteso che talvolta alle stesse si ricollegano determinate conseguenze sul piano pratico. Sotto il profilo strutturale, in alcuni casi la qualità personale dell'*intraneus* è strettamente legata alla condotta tipica, che, da un punto di vista naturalistico, può essere realizzata soltanto da chi sia in possesso della particolare qualifica soggettiva prevista dalla norma (si pensi, ad esempio, al delitto di "falsa testimonianza" di cui all'art. 372 c.p., neppure ipotizzabile da parte di un soggetto che non rivesta il ruolo di testimone). In altri casi non vi è alcun legame strutturale tra la qualità personale dell'*intraneus* e la condotta tipica, tant'è che quest'ultima, da un punto di vista naturalistico, potrebbe anche essere realizzata da un soggetto che ne sia privo; tuttavia, la condotta acquista rilievo penale soltanto qualora sia tenuta dal soggetto in possesso di siffatta qualità (si pensi, tra le altre, all'ipotesi dell' "incesto", ex art. 564 c.p., in cui gli atti sessuali, naturalisticamente suscettibili di attuazione da parte di "chiunque", divengono penalmente rilevanti solo se compiuti personalmente dai soggetti in possesso della qualifica prevista dalla norma incriminatrice).

I reati compresi nel primo gruppo, richiedendo che la condotta tipica sia eseguita personalmente dal soggetto titolare della particolare qualità soggettiva, vengono definiti "di mano propria".

Sotto il profilo sostanziale, autorevole dottrina è solita operare una tripartizione tra:

- **reati propri non esclusivi**, che, in assenza della qualifica soggettiva, costituirebbero illeciti extrapenali, poiché la qualifica dell'*intraneus*, non comportando l'offensività del fatto tipico, non ne rappresenta un elemento costitutivo, ma si limita a circoscrivere la punibilità a determinati soggetti (ad esempio, fatti già di per sé pregiudizievoli degli interessi dei creditori integrano il reato di "bancarotta" se compiuti dall' "imprenditore");
- **reati propri semiesclusivi**, che, senza la qualifica soggettiva, costituirebbero un reato diverso, più o meno grave, poiché essa non comporta l'offensività generica bensì specifica del fatto, e dunque è un elemento costitutivo del fatto tipico (ad esempio, condotte appropriative generalmente integranti "appropriazione indebita", che, se compiute da un pubblico ufficiale, si qualificano come "peculato");
- **reati propri esclusivi**, che, in mancanza della qualifica soggettiva, sarebbero fatti inoffensivi di qualsiasi interesse e, dunque, giuridicamente leciti, poiché la particolare qualifica dell'*intraneus*, rappresentando un elemento costitutivo del fatto tipico, ne determina l'offensività ed illiceità (ad esempio. l'incesto o l'evasione).

Occorre a questo punto affrontare la questione relativa al dolo da richiedersi in capo all'*extraneus* allorché questi partecipi alla realizzazione di un reato proprio.

Nelle ipotesi del **reato proprio "esclusivo" o "semiesclusivo"** (rispetto alle quali la qualifica soggettiva dell'*intraneus* conferisce dignità di reato a fatti altrimenti giuridicamente leciti, o integranti illecito extrapenale), in applicazione dei generali principi sull'imputazione soggettiva della fattispecie concorsuale, sarà necessario che l'estraneo non solo abbia coscienza e volontà di concorrere alla realizzazione del reato proprio, bensì sia anche a conoscenza della qualifica dell' *intraneus*, versandosi altrimenti in un'ipotesi di carenza di dolo.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità appare coesa; con sentenza n. 7718/96, la Corte di Cassazione ha affermato che allorché "*l'extraneus sia consapevole della qualità dell'intraneus egli risponde, comunque, del reato proprio anche se la sua condotta non costituirebbe di per sé reato; pertanto, i compartecipi che non hanno la qualifica di pubblico ufficiale, rispondono di*

concorso nel delitto di falso ideologico a norma degli artt. 110 e 479 c.p. e, non essendo applicabile l'art. 117 c.p., non hanno diritto alla riduzione di pena ivi prevista".

Qualora si verta in tema di **reati propri "non esclusivi"**, ossia tali che la qualifica soggettiva dell'*intraneus* comporti un mutamento del titolo di reato, teoricamente l'*extraneus* che non abbia consapevolezza della particolare qualità del concorrente qualificato dovrebbe rispondere del reato comune.

Il legislatore tuttavia, con il disposto dell'art. 117 c.p., ha statuito che anche l'*extraneus* debba rispondere del reato proprio, rimettendo al giudice soltanto la possibilità di attenuare in suo favore il trattamento sanzionatorio, allorché il reato comune sia meno grave. Da più parti si è sottolineato che la norma in esame introdurrebbe una deroga ai principi regolatori dell'elemento soggettivo del reato concorsuale, atteso che viene così imputato in modo indifferenziato il reato proprio anche al soggetto che non ha consapevolezza della qualifica soggettiva dell'*intraneus*, e ciò in virtù della concezione unitaria del reato concorsuale, che impedirebbe di ascrivere titoli di reato diversi ai vari correi.

Nel tentativo di elaborare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 117 c.p., parte della dottrina ha suggerito di esigere, ai fini della sussistenza del concorso dell'*extraneus*, la consapevolezza della qualifica soggettiva del concorrente intraneo. Sennonché siffatta opinione, senza dubbio apprezzabile per l'intento di mitigare il rigore della norma, non può trovare accoglimento, atteso che, nel caso in cui il soggetto estraneo avesse consapevolezza della qualità personale dell'*intraneus*, verrebbe nuovamente ad applicarsi la norma generale dell'art. 110 c.p.

Invero, secondo la tesi più accreditata, seguita dalla giurisprudenza, al fine di individuare l'articolo applicabile all'ipotesi del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio, se l'art. 110 c.p. ovvero l'art. 117 c.p., con la conseguenza che solo qualora si applichi quest'ultimo articolo opera l'attenuante facoltativa nello stesso prevista, occorre distinguere il caso in cui il fatto commesso dall'estraneo costituisce di per sé reato anche senza il concorso dell'intraneo (ad esempio appropriazione indebita anziché peculato), deve cioè trattarsi di un "reato proprio ma non esclusivo", dal caso in cui il fatto del concorrente estraneo non costituisce di per sé reato, trattandosi di un "reato proprio ed esclusivo".

Nel primo caso, ossia quello in cui **il fatto commesso dall'estraneo costituisce di per sé reato** (ad esempio appropriazione indebita anziché peculato), bisogna ulteriormente distinguere l'ipotesi in cui l'estraneo **è a conoscenza della qualifica soggettiva dell'intraneo**, rispondendo in tale eventualità ex art. 110 c.p. Infatti, sussiste il dolo di concorso che postula la consapevolezza di cooperare e la coscienza e volontà del fatto di reato, in questo caso proprio (nell'esempio fatto, solo se l'estraneo sa che il suo concorrente è un pubblico ufficiale, sa di commettere peculato, se non lo sa egli vuole il reato di appropriazione indebita). Si è precisato in giurisprudenza che per essere a conoscenza non è necessario conoscere la qualifica nella astratta configurazione giuridica, ma è sufficiente conoscere il substrato di fatto della qualifica medesima (cioè l'estraneo si rende conto di cooperare nel commettere il reato con un soggetto che ha una posizione privilegiata rispetto al bene giuridico aggredito).

Se invece l'estraneo **non è a conoscenza della qualifica soggettiva**, risponde di concorso nel reato proprio ex art. 117 c.p., atteso che tale articolo prevede un'imputazione oggettiva del reato proprio a carico dell'*extraneus*, come desumibile dal fatto che non viene richiesta la conoscenza della qualifica, dal fatto che l'attenuante facoltativa di cui al secondo periodo si giustifica solo per chi non è a conoscenza della qualifica soggettiva dell'altro concorrente ed infine argomentando dalla previsione di cui all'art. 1081 cod. nav. per cui *"fuori dal caso regolato dall'art. 117 c.p., quando per l'esistenza di un reato previsto dal presente codice è richiesta una particolare qualità personale, coloro che sono concorsi nel reato, ne rispondono se hanno avuto conoscenza della qualità personale inerente al colpevole"*. Da tale norma emerge dunque che l'art. 117 c.p. non presuppone che l'estraneo sia a conoscenza di concorrere ad un reato proprio.

Ritornando a quanto detto in precedenza sul dolo dell'estraneo, si è sostenuto che, in realtà, questa lettura dell'art. 117 c.p. non comporta l'ingresso nel nostro ordinamento di una ipotesi di responsabilità oggettiva, poiché va ricordato che l'estraneo, pur non conoscendo la qualifica soggettiva del concorrente, vuole il fatto materiale posto in essere per il quale viene punito, variando solo la qualifica giuridica del reato che se più grave consente l'applicazione

dell'attenuante prevista. La deroga alle regole generali sul dolo riguarda la conoscenza della qualifica soggettiva e non il fatto in sé.

Tale tesi non tiene conto che comunque al soggetto estraneo può essere imputato un reato diverso e più grave di quello che gli verrebbe imputato senza la qualifica del concorrente intraneo, pur in assenza della conoscenza dell'elemento determinante di tale mutamento di imputazione, ossia la qualifica soggettiva. Inoltre, l'attenuante non è detto che venga in concreto applicata, essendo facoltativa e potendo essere elisa nel giudizio di bilanciamento con le altre circostanze.

Analizzando il secondo caso prospettato, ossia quello in cui **il fatto del concorrente estraneo non costituisce di per sé reato**, ossia quello del "reato proprio ed esclusivo", deve subito precisarsi che non viene in rilievo l'art. 117 c.p. poiché esso presuppone il "Mutamento del titolo del reato per taluno dei concorrenti", talché richiede che l'estraneo commetta di per sé un reato che possa mutare in altro reato, situazione che in questo caso non ricorre.

Anche qui bisogna distinguere tra l'ipotesi della **conoscenza della qualifica dell'intraneo** da parte dell'estraneo, nel qual caso questi risponderà ex art. 110 c.p., essendovi il dolo di concorso, da quella in cui **l'estraneo di tale qualifica soggettiva non è a conoscenza**, nella quale non ricorre alcun reato a carico dell'estraneo il cui comportamento non integra, come detto, un reato comune, ma neppure il reato proprio dell'intraneo mancando il dolo di concorso per difetto della predetta conoscenza (si pensi a chi agevola materialmente la congiunzione carnale volontaria tra due soggetti senza sapere che sono parenti, il quale senza dubbio non concorre nel reato di incesto).

A questo punto vanno affrontate altre due questioni in tema di concorso di persone nel reato proprio, che hanno interessato la dottrina e la giurisprudenza: da un lato **ci si chiede se per l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 117 c.p., sia necessario che la condotta tipica venga realizzata dall'intraneus oppure se è sufficiente che questi si limiti a fornire un qualsiasi contributo atipico**; dall'altro bisogna verificare se il concorso nel reato proprio sia configurabile anche nell'ipotesi in cui l'*intraneus* non sia punibile per mancanza di dolo o comunque di colpevolezza.

Quanto al primo interrogativo, la soluzione fornita dalla dottrina varia a seconda che si utilizzi, per la spiegazione della fattispecie concorsuale, la teoria dell'accessorietà o quella della fattispecie plurisoggettiva eventuale. I seguaci del primo orientamento, partendo dal presupposto che la condotta del concorrente, per assumere rilevanza penale, debba accedere alla condotta principale dell'autore, tipizzata dalla norma incriminatrice di parte speciale, ritengono che il soggetto qualificato debba necessariamente realizzare la condotta tipica. Aderendo invece alla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, *prima facie* si potrebbe sostenere che per l'integrazione concorsuale del reato proprio sia sufficiente che l'*intraneus* realizzi un qualsivoglia contributo atipico, ammettendosi, anche in questo caso, un'esecuzione frazionata del reato. E' noto infatti che nel nostro ordinamento il concorso di persone è disciplinato in chiave eminentemente "oggettiva", fondandosi sull'interazione sinergica delle condotte dei vari concorrenti, senza differenziazione di ruoli.

Di fatto, tuttavia, non è possibile applicare semplicisticamente la concezione dell' "esecuzione frazionata" allorché all'interno della fattispecie concorsuale giochi un ruolo significativo la qualifica soggettiva di uno dei correi. O meglio, **la peculiare condizione dell'intraneus, caratterizzata da un particolare rapporto con il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, implica che il soggetto qualificato debba necessariamente realizzare un contributo che, per quanto atipico, sia espressivo di quella particolare posizione dalla quale dipende il disvalore del fatto incriminato come reato proprio**.

E' dunque attraverso la preventiva individuazione del contenuto di illiceità penale preso in considerazione nelle singole fattispecie di reati propri, che è possibile stabilire se l'intraneo debba realizzare la condotta tipica o, in mancanza, individuare la condotta atipica che integri la particolare modalità di lesione delineata dalla norma incriminatrice. A tal proposito, autorevole dottrina precisa che **l'intraneus deve porre in essere la condotta tipica soltanto nei reati propri "esclusivi" che, per loro stessa natura, sono reati "di mano propria"**. Si pensi all' "incesto", alla "falsa testimonianza", al "falso ideologico in atto pubblico": è evidente in questi casi l'imprescindibilità, ai fini dell'integrazione del reato, dell'azione tipica del soggetto qualificato. Ad esempio, nel caso dell' "incesto" è necessario che sia l'*intraneus* a realizzare personalmente gli "atti sessuali", poiché il disvalore penale di tale ipotesi delittuosa risiede appunto nel contatto sessuale realizzato da quei soggetti che, in ragione dei loro legami

personali, dovrebbero astenersene. Parimenti, nel caso del “falso ideologico in atto pubblico”, il bene giuridico tutelato è la pubblica fede, lesa attraverso la predisposizione di un atto falso, che solo il pubblico ufficiale ha il potere di redigere.

Per contro, **nel caso di reati propri “semiesclusivi” o “non esclusivi”, che ammettono la realizzazione per mano altrui, nulla osta a che l'*intraneus* fornisca un contributo atipico alla condotta tipica dell'*extraneus*.** Si pensi all'ipotesi del pubblico ufficiale che istiga l'inserviente ad appropriarsi materialmente della cosa mobile appartenente alla Pa: non v'è ragione perché non si debba ritenere integrato in forma concorsuale il delitto di “peculato”. Analogamente, la “concussione”, caratterizzata dal *vulnus* inferto al buon andamento della Pubblica Amministrazione e alla libertà di autodeterminazione della vittima, coartata dall'abuso della qualità o dei poteri di cui è titolare il pubblico ufficiale, è integrata a prescindere dal fatto che la condotta tipica di costrizione o induzione sia realizzata materialmente dall'*intraneus* o dal privato concorrente su sua istigazione, poiché anche in questa seconda ipotesi si verifica comunque un abuso della funzione pubblica, a prescindere dal fatto che la minaccia non sia stata direttamente inferta dal p.u.

Diversa sarebbe invece l'ipotesi in cui il privato di sua iniziativa, senza farsi intermediario del p.u., abbia larvatamente suggerito alla vittima di pagare l'*intraneus* per evitare un danno ingiusto, atteso che, in questo caso, mancherebbe l'abuso della pubblica funzione necessario per l'integrazione del delitto di cui all'art. 317 c.p.

Per completezza espositiva si reputa necessario accennare ad un terzo orientamento dottrinale, che affronta la problematica in esame secondo il criterio del “dominio sul fatto”, sostenendo che il concorso nel reato proprio sussiste ogni qualvolta l'*intraneus* abbia il dominio finalistico dell'intero fatto criminoso, avendo assunto direttamente la decisione di commettere il reato, a prescindere dalla circostanza che abbia posto in essere personalmente la condotta tipica. Tale teoria viene tuttavia criticata poiché interpreta la questione secondo un'ottica sostanzialmente soggettiva, prescindendo del tutto dal contributo nella fase esecutiva del fatto criminoso, e finendo così per delimitare arbitrariamente la sfera di operatività del concorso nel reato proprio.

L'altra controversa questione in merito alla tematica in esame, concerne **la possibilità di configurare il concorso nel reato proprio anche qualora l'*extraneus* si avvalga di un soggetto qualificato privo di dolo o di colpevolezza.**

La prevalente dottrina affronta il problema facendo leva sugli artt. 111 e 112 c.p. secondo cui, per l'integrazione della fattispecie concorsuale, è del tutto irrilevante la non punibilità di taluno dei concorrenti per mancanza di colpevolezza o per altre cause.

In realtà è necessario verificare se la partecipazione dolosa dell'*intraneus* sia o meno essenziale per l'offesa al bene tutelato dal reato proprio. Si prenda in considerazione il delitto di “peculato” previsto dall'art. 314 c.p.: se si ritiene che il bene giuridico tutelato dalla norma sia soltanto il patrimonio della Pubblica Amministrazione, il delitto *de quo* sussisterà in forma concorsuale anche nell'ipotesi in cui il p.u., istigato da un privato, si appropri della cosa della P.A. ritenuta erroneamente appartenente ad un terzo. Per contro, accedendo alla tesi secondo cui il delitto in esame comporterebbe anche la lesione del dovere di lealtà del p.u., esso non potrà venire ad esistenza in caso di partecipazione incolpevole dell'*intraneus*.

Infine, un breve cenno alla **circostanza attenuante prevista dalla seconda parte dell'art. 117 c.p.** Dalla formulazione letterale della norma si evince che l'ambito di operatività della stessa è limitato al caso in cui, senza la partecipazione dell'*intraneus*, la condotta dell'*extraneus* costituirebbe comunque reato, ancorché meno grave di quello proprio.

Escludendo qualsivoglia automatismo tra la connotazione di minore gravità del reato comune e l'applicazione dell'attenuante, la disposizione in esame rimette al giudice ampia discrezionalità nell'individuazione dei presupposti in presenza dei quali essa va riconosciuta.

In particolare, secondo consolidata giurisprudenza, dovrà aversi riguardo non solo al risultato del confronto dei rispettivi apporti dell'*intraneus* e dell'*extraneus* al reato specifico contestato, bensì anche ai generali criteri dettati dall'art. 133 c.p. al fine di modulare il trattamento sanzionatorio da infliggere al reo. Quanto all'individuazione del “reato più grave” la Suprema Corte ritiene che si debba tener conto sia della differenza qualitativa tra i due reati (dipendente dal diverso titolo) sia della differenza quantitativa in ordine alla misura della pena, da determinarsi avendo riguardo a tutte le circostanze che ineriscono in concreto alle due ipotesi criminose.