

NODI PROBLEMATICI E INCERTEZZE APPLICATIVE DELL'ART. 113 C.P.

In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso

di Marta Borghi

Abstract. Dopo avere delineato il contrasto dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi durante la vigenza del Codice Zanardelli sull'ammissibilità di un concorso di persone nel reato colposo, l'Autrice affronta alcune delle questioni più discusse circa la figura della cooperazione colposa, codificata nel Codice Rocco all'art. 113. Innanzitutto, identifica quale sia l'elemento che caratterizza la cooperazione colposa rispetto al "concorso di cause colpose indipendenti" ex art. 41 c.p., vale a dire la "consapevolezza di cooperare con altri". Mostra poi che l'art. 113 c.p. svolge una funzione incriminatrice solo per alcune fattispecie di reati colposi. Quanto alla configurabilità ex art. 113 c.p. del c.d. concorso colposo nel reato doloso, giunge ad una conclusione affermativa, alla luce del superamento del c.d. dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità dei concorrenti e sulla base delle disposizioni normative del diritto vigente.

SOMMARIO: 0. Introduzione: le questioni *controverse*. – 1. La *controversa* configurabilità della cooperazione colposa durante la vigenza del codice Zanardelli e la scelta del legislatore del 1930. – 2. La *controversa* distinzione tra cooperazione colposa ex art. 113 c.p. e concorso di cause colpose indipendenti ex art. 41 c.p. – 2.1. La posizione della dottrina. – 2.2. La posizione della giurisprudenza. – 3. La *controversa* funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. – 3.1. Reati d'evento a forma libera. – 3.2. Reati d'evento a forma vincolata, reati propri e reati di mera condotta (attiva o omissiva). – 3.3. Reati omissivi. – 4. La *controversa* configurabilità di un concorso colposo in reato doloso – 4.1. Rilevanza pratica del problema. – 4.2. I presunti ostacoli alla configurabilità di un concorso colposo in reato doloso. – 4.2.1. Il c.d. dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità. – 4.2.2. Il tenore letterale dell'art. 113 c.p. – 4.2.3. Le fattispecie di agevolazione colposa di un altrui fatto doloso. – 4.2.4. L'elemento della "consapevolezza della cooperazione". – 4.2.5. Il principio di affidamento. – 4.3. Gli argomenti a favore della configurabilità di un concorso colposo in reato doloso. – 4.3.1. L'art. 116 c.p. – 4.3.2. L'argomento sistematico offerto dal D. Lgs. 231/2001. – 4.3.3. Ulteriori argomenti a favore individuati dalla giurisprudenza più recente. – 4.3.3.1. L'argomento desunto dalla configurabilità del concorso doloso nel reato colposo. – 4.3.3.2. L'argomento desunto dal canone: "non c'è dolo senza colpa". – 4.3.3.3. L'argomento tratto dal riconoscimento della partecipazione colposa indipendente al reato doloso. – 4.4. Osservazioni conclusive sul concorso colposo in reato doloso.

0. Introduzione: le questioni *controverse*.

Con il presente scritto ci si propone di affrontare alcune questioni controverse, postesi nel dibattito dottrinale o nell'applicazione giurisprudenziale, intorno alla

cooperazione colposa e agli istituti connessi. Innanzitutto, si analizzerà il dibattito relativo alla stessa configurabilità del concorso di persone nel reato colposo, questione che è stata risolta “d’imperio” dal legislatore del 1930 con la codificazione dell’art. 113 c.p. Si focalizzerà poi l’attenzione su tre profili molto discussi in relazione a tale norma: in primo luogo, si porrà in rilievo quale sia l’elemento che contraddistingue la cooperazione colposa rispetto al concorso di cause indipendenti *ex art. 41 co. 3 c.p.*; in secondo luogo, si chiarirà in quali limiti si possa attribuire alla disposizione di cui all’art. 113 c.p. una autentica funzione incriminatrice; infine, ci si interrogherà sulla possibilità che l’art. 113 c.p. costituisca la base normativa per la configurabilità del c.d. concorso colposo in reato doloso.

1. La controversa configurabilità della cooperazione colposa durante la vigenza del codice Zanardelli e la scelta del legislatore del 1930.

Partendo nella nostra indagine dall’origine storica delle norme sulla cooperazione colposa, si deve rilevare che durante la vigenza del *codice penale del 1889* (che non conteneva alcuna disposizione corrispondente all’attuale art. 113 c.p.) si era dubitato dell’ammissibilità, ontologica e normativa, del concorso di persone nel reato colposo.

Tale dubbio era, tuttavia, risolto per lo più in termini affermativi. Infatti, negli *artt. 63¹ e 64² del codice Zanardelli* – cioè gli articoli contenenti la disciplina del “concorso di più persone nello stesso reato”, e, più precisamente, secondo la dottrina, rispettivamente, della correatità e della complicità³ – si parlava in generale di “reato”, espressione in cui si possono comprendere i delitti dolosi, i delitti colposi e le contravvenzioni. Proprio richiamando tali articoli, Alimena rilevava infatti che il codice Zanardelli non escludeva l’ammissibilità della partecipazione nei delitti colposi⁴.

Inoltre, per quanto riguarda le “contravvenzioni” colpose, si poteva fare riferimento anche alla specifica ipotesi prevista dall’*art. 60 co. 1* del codice Zanardelli, a

¹ Articolo 63. – Quando più persone concorrano nella esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso.

Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all’ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trent’anni, e le altre pene sono diminuite di un sesto, se l’esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi propri.

² Articolo 64. – È punito con la reclusione per un tempo non minore dei dodici anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l’ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo diminuita della metà, colui che è concorso nel reato:

1° con l’eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato;

2° col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo;

3° col facilitarne l’esecuzione, prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto.

La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso.

³ MASSARI, *Le dottrine generali del reato*, Spoleto, 1928, 189.

⁴ ALIMENA, *Principi di diritto penale*, vol. II, Napoli, 1912, 67.

norma del quale “nelle contravvenzioni commesse da chi è soggetto all’altrui autorità, direzione o vigilanza, la pena, oltre alla persona subordinata, si applica anche alla persona rivestita dell’autorità, o incaricata della direzione o vigilanza, se trattasi di contravvenzione a disposizioni che essa era tenuta a far osservare, e se la contravvenzione poteva essere impedita dalla sua diligenza”⁵. Benché Sighele mettesse giustamente in rilievo che tale disposizione fosse riferita alle sole contravvenzioni⁶, tale rilievo non pare, tuttavia, sufficiente a smentire che l’art. 60 del codice Zanardelli configurasse effettivamente un’ipotesi di concorso colposo nel reato.

Non condivisibile – oggi come allora – era invece un ulteriore argomento, invocato da alcuni Autori a favore della configurabilità del concorso colposo, basato sulla qualificazione dell’evento – nei reati colposi di evento – come mera condizione di punibilità: “se è naturale che nei delitti colposi non vi sia concorso né di volontà né d’azione in rapporto all’evento non voluto, è altrettanto naturale che possa esservi partecipazione nel fatto che rende condizionatamente punibile la colpa a titolo di delitto”⁷. A tale argomento, infatti, già sotto la vigenza del codice Zanardelli giustamente si replicava nei seguenti termini: “se il sinistro è indispensabile per aversi un delitto colposo, come è possibile che l’avverarsi del danno sia una condizione, di cui per la complicità non devesi tener conto?”⁸.

Altri Autori sottolineavano, in senso contrario alla configurabilità del concorso nel reato colposo, l’“involontarietà” del fatto colposo e, quindi, la sua ontologica incompatibilità con il “concerto”, cioè la con-volontà del fatto criminoso, ritenuto *elemento caratterizzante del concorso*⁹. Tale posizione risaliva al Carrara: “leggete ripetuto

⁵ In tal senso v. LONGHI, *Teoria generale delle contravvenzioni*, Milano, 1898, 170: “che si possa avere complicità contravvenzionale per semplice colpa (...) risulta pure dal disposto dell’art. 60 c.p., il quale sancisce la responsabilità dei terzi (oltre a quella degli autori) anche in caso di colpa”.

⁶ SIGHELE, *La teoria positiva della complicità*, Torino, 1894, 162, dopo aver evidenziato che l’art. 60 si riferiva alle sole contravvenzioni, sottolineava nei seguenti termini la differenza tra contravvenzioni e delitti: “altra cosa è contravvenzione, altra cosa è delitto colposo. Per l’esistenza di questo occorre un danno, per l’esistenza di questa basta l’infrazione alla disposizione di legge, la quale vieta di fare una data cosa appunto per evitare la possibilità di un danno”.

⁷ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, Torino, 1908, Rn. 488, 446. In particolare, secondo Manzini, *op. cit.*, 445, l’evento dannoso seguito al fatto suddetto non ha importanza per l’accertamento della partecipazione colposa, perché esso non è elemento costitutivo della colpa, ma “semplice ed estrinseca condizione di punibilità di essa”.

⁸ TOSTI, *La colpa penale: studio sociologico giuridico*, Torino, 1908, 212; nello stesso senso, v. SIGHELE, *op. cit.*, 159-160. Che nei delitti colposi d’evento, l’evento non sia condizione di punibilità, ma elemento del fatto tipico, è oggi pacificamente riconosciuto: in tal senso, v. per tutti MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 113 ss.

⁹ PESSINA, *Elementi di diritto penale*, vol. I, Napoli, 1882, 265; CASTORI, *Concorso di più persone in uno stesso reato*, in *Trattato del Cogliolo*, vol. I, parte III, Milano, 1889, 571; MAJNO, *Commento al Codice penale italiano*, vol. I, Verona, 1890, 182 s.; SIGHELE, *op. cit.*, 165; MECACCI, *Trattato di diritto penale*, vol. II, Torino, 1902, 51; PUGLIA, *Delitti contro la persona*, in ZERBOGLIO, FLORIAN, POZZOLINI, SIGHELE (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 1902-1907, 121; TOSTI, *op. cit.*, 201 ss.; JANNITI DI GUYANGA, *Concorso di più persone e valore del pericolo nei delitti colposi. Contributo alla dottrina delle cause colpose mediate*, Milano, 1913, 53; IMPALLOMENI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1921, 376; già prima CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, Pisa, 1831, 393.

da tutti gli istitutisti di diritto penale che nei fatti *colposi* non può ravvisarsi complicità. Eppure in pratica cotesto principio sembrò talvolta fallire. Errò la pratica? È falso il principio? Né l'uno né l'altro. Il principio è assolutamente vero; e finché si vorrà istituire l'accusa sotto l'emblema della *complicità*, dovrà urtarsi in cotesto scoglio, e cadere; perché non si può essere *complici* di un fatto che non si è *preveduto* né *voluto*. Ma ciò non toglie che il preteso complice possa tenersi a calcolo e punirsi come *autore principale* di un fatto di per sé stante, che *individualmente* preso sia punibile come *colposo*"¹⁰.

A tale posizione si replicava – così già Mosca nel 1896 – che la possibilità del concorso di più persone in un'azione od omissione volontaria imprudente ci è attestata ogni giorno dall'*esperienza*¹¹: è ben possibile che un soggetto realizzi con la propria condotta un reato congiuntamente alla condotta di un altro soggetto. Con altre parole, "il nesso fra due attività, ch'è condizione essenziale della partecipazione criminosa, rimane saldo nel caso di colpa; soltanto che qui è nesso fra due imprudenze o due negligenze, mentrèché nel dolo è nesso tra due intenzioni"¹².

Ancora in senso contrario alla configurabilità di un concorso nel reato colposo, Vannini sottolineava che il reato colposo è costituito in modo tale che "ogni attività causale nei riguardi della lesione e qualificabile come azione colposa per la sua contrarietà alla polizia o alla disciplina non può non essere tutta l'attività esecutiva del reato colposo, ossia l'attività totalmente e perfettamente corrispondente a quella enunciata nel precetto che lo contempla"¹³. A suo parere, quindi, non si comprenderebbe "perché quelle azioni, causali e rivolte consapevolmente allo stesso scopo, non debbano concretare altrettanti «fatti colposi autonomi», dal momento che a costituire il «fatto colposo» non altro si richiede che un'azione contraria alla polizia o alla disciplina, punibile come «reato colposo» a condizione che un nesso causale qualsiasi venga a porsi tra questa e l'evento lesivo"¹⁴. Tuttavia il legislatore, in alcune fattispecie colpose del codice Zanardelli, tipicizzava la specifica modalità della condotta offensiva del bene giuridico e con riferimento a fattispecie di tal tipo, come si porrà in rilievo in seguito con riguardo al codice Rocco (v. *infra* §§ 3. ss.), le norme sul concorso colposo svolgevano funzione incriminatrice (si pensi al reato di corrompimento o avvelenamento di acque potabili di uso comune ovvero di cose destinate alla pubblica alimentazione *ex artt.* 318 e 323 del codice Zanardelli).

A fronte di tale accesa disputa, che si rifletteva anche nelle decisioni giurisprudenziali¹⁵, nel codice Rocco venne introdotto l'art. 113 c.p., che oggi regola (e

¹⁰ CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale: del grado della forza fisica del delitto*, I, Firenze, 1909, §§ 221-232, 524 (corsivo nell'originale). L'Autore aderisce alla teoria delle cause colpose mediate.

¹¹ MOSCA, *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa nel diritto civile, penale, amministrativo*, Roma, 1896, 74.

¹² ALIMENA, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, I, Torino, 1894, 485.

¹³ VANNINI, *E' ammissibile la partecipazione colposa al reato colposo?*, in *Per il cinquantenario della Rivista penale fondata e diretta da Luigi Lucchini*, Città di Castello, 1925, 38.

¹⁴ VANNINI, *È ammissibile la partecipazione colposa al reato colposo?*, cit., 39 s.

¹⁵ Ammettono il concorso nei reati colposi: Cass., 7 aprile 1892, in *Riv. Pen.* XXXVI, 308; Trib. Roma, 1° dicembre 1903, in *Riv. Pen.* LX, 730; Cass., 20 marzo 1906, in *Suppl. alla Riv. Pen. del Lucchini* XV, 229 ss.; Cass., 16 agosto 1911, in *Riv. Pen.* LXXIV, 718; Cass., 6 novembre 1925, Lombardo, in *Giust. Pen.* 1926, col.

quindi ammette) esplicitamente la cooperazione nel delitto colposo¹⁶: tale scelta si spiega, da una parte, proprio con la volontà di superare i contrasti che avevano caratterizzato il dibattito dottrinale nella vigenza del codice Zanardelli¹⁷; d'altra parte, con l'impostazione politico-criminale seguita dal legislatore del 1930, ispirato ad un *orientamento di tipo repressivo*, e quindi preoccupato di colmare le lacune di tutela che

70 m. 11; Cass., 30 marzo 1928, Ricciardi, in *Giust. Pen.* 1928, col. 767; Cass., 17 maggio 1929, in *Riv. It. Dir. Pen.* 1929, 636, n. 3; Cass., 12 giugno 1929, Terenzi, in *Giust. Pen.* 1929, col. 1933; Cass., 4 giugno 1930, in *Giust. Pen.* 1931, 93 ss. Si esprimono in senso contrario all'ammissibilità del concorso nel reato colposo: Cass., 24 maggio 1898, in *Foro It.* 1898, II, 371 ss.; Cass., Sez. II, 29 marzo 1906, in *Suppl. alla Riv. Pen. del Lucchini* XV, 114; Cass., Sez. II, 9 maggio 1919, in *Riv. Pen.* XC, 55 s.

¹⁶ Altra e distinta questione, cui l'art. 113 c.p. non ha fornito diretta risposta, è se sia ammissibile il concorso colposo anche nelle contravvenzioni. Per l'opinione negativa, v., tra gli altri: ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 194 s.; ALICE, *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1983, 1037; BOScareLLI, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1985, 168; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2014, 537; FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. II, *Le forme di manifestazione del reato concorso di reati e concorso di norme, le sanzioni*, Torino, 1995, 105 s.; M. GALLO, *La responsabilità penale del professionista in materia tributaria*, in *Boll. Trib.* 1984, 293 s.; LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio nei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari, 2012, 101 s.; MARINI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, vol. II, Torino, 1979, 41 e RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1998, 177; per l'opinione positiva, che a parere di chi scrive può fondarsi, se non sull'art. 113, sicuramente sull'art. 110 c.p., v., tra gli altri: CARACCIOLI, *Profili del concorso di persone nelle contravvenzioni*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1971, 949 ss.; CERQUA, *La configurabilità del concorso colposo del professionista nelle contravvenzioni tributarie commesse colposamente*, in *Il fisco* 1992, 8760 ss.; COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1980, 83; FROSALI, *L'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato*, in *Arch. Pen.*, 1947, 10; ID., *Il sistema penale italiano. Parte I*, vol. III, Torino, 1958, 44; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 536 s.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, aggiornato da GATTA-DOLCINI, Milano, 2015, 477; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro Profili generali*, Milano, 1976, 84 ss. e 296; PAGLIARO, *Il reato*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, 377 s.; RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1949, 121; SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956, 9 ss.; in giurisprudenza, Cass., Sez. III, 7 novembre 1990, 18 dicembre 1990, Polimeno, in *Cass. Pen.* 1992, 1209 ss. e Cass., Sez. III, 16 dicembre 1991, 7 febbraio 1992, Flotta, m. 189067.

¹⁷ V. *Relazione del Guardasigilli, on. Rocco sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, Parte I, Roma, 1929, n. 138, 170 s.: "sul punto se possa applicarsi l'istituto del concorso anche nei reati colposi e nelle contravvenzioni, vivo è il dibattito in dottrina e in giurisprudenza, riguardo al codice in vigore (codice Zanardelli). Il Progetto accoglie la soluzione affermativa della questione, omettendo qualsiasi distinzione di riferimento ai delitti o alle contravvenzioni nella disposizione fondamentale dell'art. 114 (attuale art. 110), ove si parla genericamente di concorso nel medesimo reato, e regolando espressamente il concorso nei reati colposi nell'art. 118 (attuale art. 113)". Che la previsione dell'art. 113 c.p. abbia "troncato" autoritativamente il dibattito sulla configurabilità del concorso nel reato colposo, è sottolineato dalla pressoché unanime dottrina contemporanea: v., tra gli altri, ALDROVANDI, *Commento all'art. 113 c.p.*, in PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2007, 803; CORBETTA, *Commento all'art. 113 c.p.*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), GATTA-DOLCINI (aggiornato da), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, 2015, 1806 s.; COGNETTA, *La cooperazione*, cit., 62, nt. 1; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 607; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 536; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 1 ss.; MARINI, *Elementi di diritto penale*, cit., 38.

sarebbero conseguite all'eventuale prevalere della tesi asserente l'incompatibilità tra l'istituto del concorso e la responsabilità colposa¹⁸.

2. La controversa distinzione tra cooperazione colposa ex art. 113 c.p. e concorso di cause colpose indipendenti ex art. 41 c.p.

La previsione espressa del concorso nel delitto colposo non ha, ovviamente, risolto tutti i problemi; anzi, ne ha fatti emergere di nuovi. Così, uno degli aspetti più discussi con riguardo alla disposizione di cui all'art. 113 c.p. consiste nella individuazione dell'elemento che consenta di distinguere il concorso nel delitto colposo (o cooperazione colposa, usando le parole dell'art. 113 c.p.) dal concorso di cause colpose indipendenti, previsto dall'art. 41 co. 3 c.p.

Tale distinzione ha, a ben vedere, importanti ricadute in termini di disciplina, giacché solo alle ipotesi di cooperazione colposa sono applicabili le norme di cui agli artt. 113 co. 2, 114, 118, 119, 123, 155 co. 2, 187 co. 2 c.p. e 9 co. 2 R.D. 20 luglio 1934, n. 1404¹⁹.

2.1. La posizione della dottrina.

Come noto, parte della dottrina nega che una tale distinzione esista: gli artt. 113 e 41 co. 3 c.p. individuerrebbero, infatti, *istituti tra loro sostanzialmente omogenei e sovrapponibili* e il preteso elemento distintivo – la consapevolezza di cooperare – non troverebbe fondamento né “nel diritto positivo, né in ragioni di principio”²⁰.

¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 607 s.; BERSANI, *Appunti sulla funzione della cooperazione colposa nella sistematica del c.p.*, in *Riv. Pen.* 1995, 999; v., in particolare, ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984, 47 s., secondo cui “è comunque probabile che le disposizioni sul concorso esprimano uno dei tanti luoghi volti ad arginare a ogni costo il pericolo allora molto sentito di lacune penali. In questa atmosfera repressiva non si è stati a sottilizzare e sorvolando davanti alla controversia di stampo liberale sulla ammissibilità del concorso colposo, si è sottoposto pure il reato colposo alle regole sul concorso di persone: *in dubio pro criminatione!*”

¹⁹ Sottolineano adeguatamente la differenza di disciplina tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti, tra gli altri, CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 136 s. e CORBETTA, *Commento all'art. 113 c.p.*, cit., 1808 e 1819 s. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., Sez. IV, 19 gennaio 2010, 8 aprile 2010, n. 13237, in *Dir. Pen. Proc.* VII, 2010, 807. Secondo LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 623, e CARACCIOLI, *Profili del concorso di persone*, cit., 952, nt. 16, anche l'art. 117 andrebbe applicato al concorso colposo, allorché l'*extraneus* ignori per colpa la qualifica rivestita dall'*intraneus*. Risulta tuttavia difficile individuare nel nostro ordinamento ipotesi di reati propri, con correlativi reati comuni, che siano punibili a titolo di colpa.

²⁰ BOSCARELLI, *Compendio*, cit., 167 s. e ID., *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato*, Padova, 1958, 98, sostiene che, rispetto alle fattispecie causalmente orientate, il problema della distinzione tra le due predette norme costituisce “un problema immaginario”. Nello stesso senso PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, 1962, 791 s., il quale, inoltre, mette in rilievo che non è esatta la tesi, di prevalente elaborazione giurisprudenziale (v., ad esempio, Cass., 12 ottobre 1964, Baglietti, in *Ach. Giur. Circ.* 1966, 210; Cass., Sez. IV, 3 novembre 1980, Cecchi, in *Giust. Pen.* 1981, II, 407; Cass., Sez. IV, 15

Tale opinione, tuttavia, non è condivisibile. Come è stato ben rilevato dall'orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza, infatti, la *consapevolezza, anche solo unilaterale*, di cooperare al fatto materiale altrui, ben può costituire l'elemento che consente di operare la distinzione suddetta²¹, senza peraltro che tale elemento debba estendersi fino a richiedere la consapevolezza del carattere *colposo* dell'altrui condotta²².

In primo luogo, infatti, nella Relazione Ministeriale al progetto definitivo del codice penale si legge che l'elemento soggettivo del concorso "ha un contenuto fondamentale, che è comune e identico a tutte le forme di partecipazione e rispetto a

novembre 1986, 23 febbraio 1987, n. 2405, Rv. 175208), secondo cui nella cooperazione nel delitto colposo si avrebbe unità di reato con pluralità di soggetti, mentre nel concorso di cause colpose indipendenti si avrebbe pluralità di reati con unico evento. "Siavi o non siavi adesione psichica, non v'è dubbio che tutte le condotte colpose contribuiscono alla produzione dell'evento, il quale rappresenta la consumazione di un unico delitto, onde sarebbe contraddittorio ammettere la pluralità dei delitti in confronto ad un solo evento".

²¹ ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1995, 155; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 124; BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949, 451; BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1982, 604; BETTIOL-PETTOELLO-MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 650 ss.; SPASARI, *op. cit.*, 78 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 538; GRASSO, *Commento all'art. 113*, in ROMANO-GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, 2012, 240; MAZZON, *Il concorso di reati e il concorso di persone nel reato*, Padova, 2011, 540; FROSALI, *L'elemento soggettivo*, cit., 4 ss. e ID., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. III, 1957, 1025. Si noti che una parte della dottrina, inserendosi in tale orientamento, ha puntualizzato che per la sussistenza della cooperazione colposa è necessario che sia accertata in capo al concorrente la consapevolezza non solo di svolgere un'attività in comune con altri, ma anche del sostrato fattuale che rende possibile qualificare come colposa la condotta del concorrente (CORBETTA, *Commento all'art. 113 c.p.*, cit., 1813; GRASSO, *Commento all'art. 113*, cit., 239; ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, 90 e RISICATO, *Il concorso colposo*, cit., 163).

²² Richiedono, invece, la consapevolezza del carattere colposo della altrui condotta: LATAGLIATA, voce *Cooperazione*, cit., 615; ID., *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 180; SPASARI, *op. cit.*, 80; FIORE, *Diritto penale*, cit., 102; FIORE-FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 518, e PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 75.

A tale ultima teoria è stato obiettato, da una parte, che se l'agente dovesse rappresentarsi anche il carattere colposo dell'altrui condotta, l'elemento soggettivo della cooperazione colposa sarebbe erroneamente limitato alla sola colpa cosciente (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 609; ANGIONI, *Il concorso colposo*, cit., 47, nt. 9; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 169; per contro la limitazione della cooperazione colposa alla sola ipotesi di colpa cosciente sembra tranquillamente ammessa da PERINI-CONSULICH, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del Corso di Diritto penale progredito [del prof. Paliero]*, Milano, 2006, 169 e MARINI, *Elementi di diritto penale*, cit., 38 s.).

D'altra parte, secondo autorevole dottrina l'elemento della consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta deve ritenersi "estraneo alla cooperazione colposa" in quanto, "se il compartecipe si rendesse conto del carattere imprudente dell'altrui condotta (...) e fosse consapevole di cooperare con una condotta così caratterizzata, si rappresenterebbe la possibilità di realizzazione dell'evento, grazie anche al proprio contributo, e verserebbe quindi in una situazione di dolo eventuale" (GRASSO, *Commento all'art. 113*, cit., 238).

Infine, la giurisprudenza (ad esempio, Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2008, 16 gennaio 2009, n. 1786, caso Tomaccio, in *De Jure*) ha posto in rilievo che la teoria in parola "reca il rischio (...) di svuotare di significato la norma e di renderla inutile, una tale consapevolezza [della colposità dell'altrui condotta] potendo implicare un comportamento penalmente rilevante già in via autonoma".

tutti i reati, e consiste nella *consapevolezza di concorrere* con la propria azione all'azione altrui"²³.

In secondo luogo, come bene è stato rilevato da Marcello Gallo²⁴ e Antonio Pagliaro²⁵, la necessità della "consapevolezza di cooperare" con altri sembra imposta proprio da alcune norme relative al concorso di persone nel reato: si tratta, segnatamente, delle norme che prevedono le circostanze aggravanti e attenuanti²⁶, nonché degli artt. 116²⁷, 117²⁸, 118 (prima della modifica del 1990) e 119 c.p.²⁹, che possono avere un senso solo nel caso in cui si accerti il predetto elemento soggettivo.

In terzo luogo, lo stesso termine "cooperazione" (derivante dal latino "*cooperari*", composto di *co-* 'con' e di *operari* 'operare') sembra letteralmente fare riferimento all'agire *congiunto* di più persone, e non ad una mera intersecazione casuale di condotte tenute da più persone.

Per altro verso, la "consapevolezza di cooperare" – la quale, come abbiamo visto, è assunta dall'orientamento maggioritario quale elemento distintivo tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti – ha subito anche un secondo ordine di critiche da parte di chi ha sottolineato l'essenza tutta normativa del reato colposo, sicché dalla struttura del concorso colposo bisognerebbe estromettere qualsiasi coefficiente psicologico naturalistico, quale sarebbe, invece, la consapevolezza qui richiesta³⁰. Inoltre, anche a volerla ammettere, tale "consapevolezza" non sarebbe

²³ *Relazione del Guardasigilli*, cit., n. 139, 171.

²⁴ M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 123 ss.

²⁵ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 539 s.

²⁶ Con riferimento ad esempio alla circostanza di cui all'art. 112 n. 1 c.p., secondo M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 123, si comprenderebbe difficilmente il motivo per cui il legislatore ha previsto una pena aggravata, da comminare "a cinque o più soggetti che, all'insaputa l'uno dell'altro, avessero cooperato alla causazione del medesimo evento".

²⁷ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 5, afferma che la necessità dell'elemento soggettivo in esame per l'applicabilità dell'art. 116 c.p. deriva dalla *ratio* di tale norma, "diretta a prevenire e a reprimere i fenomeni di delinquenza organizzata".

²⁸ Secondo PAGLIARO, *Principi*, cit., 539, "il mutamento del titolo del reato" ex art. 117 c.p. "non avrebbe senso, se i soggetti non qualificati non avessero la consapevolezza di cooperare con il soggetto qualificato alla realizzazione di un fatto che, secondo la obiettiva valutazione della legge, costituisce reato".

²⁹ PAGLIARO, *Principi*, cit., 540, sottolinea che "pure gli artt. 118 e 119, in quanto disciplinano la comunicabilità delle circostanze aggravanti, attenuanti e di esclusione della pena, confermano il requisito della coscienza del concorso", dal momento che "la considerazione del puro rapporto materiale" "non autorizzerebbe certo a trasferire da un soggetto a un altro le circostanze che già non siano obiettivamente comuni a tutti".

³⁰ In particolare, COGNETTA, *La cooperazione*, cit., 86 ss., distingue due diverse ipotesi di condotte di cooperazione colposa: quando tutte le condotte cooperanti siano di per sé qualificabili come colpose, la coscienza e volontà di accedere con la propria all'altrui condotta costituisce "semplicemente il nesso di imputazione degli effetti (di disciplina) della fattispecie concorsuale"; quando, invece, venga in rilievo un comportamento di cooperazione atipico rispetto alla fattispecie monosoggettiva, il carattere colposo di tale condotta non può che discendere dalla violazione di un dovere di carattere cautelare, in quanto "il nesso psichico di coscienza e volontà di accedere all'altrui condotta" "non è di per sé in grado di qualificare come «colposa» la loro partecipazione al fatto". Per SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 72 ss., "a configurare il concorso colposo non è necessaria la consapevolezza dell'altrui agire concorrente con il proprio", dal momento che l'art. 113 c.p. prevede una fattispecie colposa e ciò che conta del reato colposo è il suo

un requisito peculiare ed esclusivo della colpa, ma semmai di una sua circostanza (art. 61 n. 3 c.p.) e comune anche al dolo³¹. Infine, richiedendo una siffatta consapevolezza, secondo Severino di Benedetto, si escluderebbe dall'ambito della cooperazione colposa un rilevante gruppo di ipotesi colpose, vale a dire gli atti automatici, riflessi o dovuti a semplice dimenticanza³².

Tali obiezioni non sembrano però decisive, in quanto, come rilevato da Mantovani, "l'arricchimento psicologico della cooperazione colposa (...) non ne impoverisce (...) la normatività"³³.

Inoltre, quanto al rilievo di Severino di Benedetto, si consideri che, mentre sul versante dei reati a forma libera la condotta colposa, tenuta senza la consapevolezza di accedere all'altrui condotta, potrà comunque essere punibile ai sensi di una fattispecie di Parte Speciale e dell'art. 41 c.p., per quanto riguarda i reati a forma vincolata, la legge esige che la condotta sia compiuta con determinate modalità. Appare pertanto corretto richiedere, per la punibilità di comportamenti atipici colposi, un elemento soggettivo ulteriore e caratteristico del concorso di persone: per l'appunto, la consapevolezza di cooperare.

2.2. La posizione della giurisprudenza.

Anche la giurisprudenza, nella maggior parte delle decisioni, sottolinea che la cooperazione colposa si distingue dal concorso di cause colpose indipendenti per la consapevolezza, presente in capo al concorrente, di cooperare all'altrui condotta. A tale consapevolezza la giurisprudenza fa riferimento utilizzando solitamente la seguente

contrastare con una regola preventiva di comportamento. Secondo GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, vol. I. *La fattispecie*, Padova, 1993, 451 ss., "un'adeguata delimitazione dell'ambito della cooperazione è collegata già al tipo di regola prudenziale violata e all'oggetto del suo scopo preventivo". CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., in particolare, 142 ss., 180 ss. e ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Scritti in onore di Romano*, 2011, 838 ss., non condivide la tesi del "contrassegno concorsuale di carattere psicologico" come elemento che caratterizza la norma di cui all'art. 113 c.p.; viceversa, costituirebbero "il piedistallo normativo della fattispecie di cooperazione colposa" i c.d. obblighi sinergici o complementari, accessori ed eterotropi o di controllo del comportamento altrui. Non richiedono, altresì, un elemento soggettivo di carattere psicologico, infine, MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, 476. Essi infatti ritengono che in aggiunta alla pluralità di persone, alla realizzazione di un fatto di reato e al contributo causale della condotta atipica alla realizzazione del fatto, è elemento strutturale del concorso colposo ai sensi dell'art. 113 c.p. esclusivamente "il carattere colposo della condotta di partecipazione, come violazione di una regola di diligenza, prudenza o perizia che ha la finalità di prevenire il riconoscibile realizzarsi del fatto dannoso o pericoloso che integra il delitto colposo".

³¹ CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 152, 169.

³² SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 113.

³³ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 537, nt. 189.

formula: “consapevolezza della convergenza del proprio e dell'altrui comportamento alla realizzazione di una condotta unitaria e comune”³⁴.

Per capire che cosa intendano i giudici con tale formula e la concreta rilevanza della stessa, si pensi al caso in cui la Corte di Cassazione ha confermato la condanna per cooperazione colposa in omicidio colposo *ex artt.* 113 e 589 c.p. di due imputati che, su due diverse autovetture, gareggiavano in velocità: mentre la prima procedeva a zig zag da destra a sinistra sulla strada davanti alla seconda, questa la sorpassava a grande velocità finendo però successivamente fuori strada e cagionando un incidente, a seguito del quale morivano due persone³⁵. Nel caso in esame entrambi gli imputati erano ben consapevoli di cooperare alla condotta altrui. Qualora, invece, fosse stato cagionato un incidente da due automobilisti, provenienti da direzioni opposte e senza che nessuno dei due fosse stato in alcun modo consapevole di cooperare con la condotta altrui (perché, ad esempio, non si erano nemmeno visti negli attimi immediatamente precedenti all'incidente), sarebbe venuta in rilievo la norma di cui all'art. 41 c.p., e non l'art. 113 c.p.

Si consideri, altresì, la pronuncia con cui il G.u.p. presso il Tribunale di Torino, ad esito del giudizio abbreviato, ha condannato, tra l'altro, per cooperazione colposa in omicidio *ex artt.* 113 e 589, co. 1, 2, 3 n. 2, e 4 c.p., due giovani tossicodipendenti che il 3 dicembre 2011, a bordo di un'auto guidata da uno di essi, in stato di alterazione dovuta all'assunzione di eroina, procedendo oltre il limite di velocità, investivano una famiglia intenta ad attraversare la strada sulle strisce pedonali: dopo aver superato sulla destra due veicoli che si erano invece regolarmente fermati per consentire l'attraversamento dei pedoni, procuravano lesioni alla madre, lesioni gravissime al padre e cagionavano la morte del loro bimbo di sette anni. Ebbene, il giudice, sottolineando la rilevanza dell'elemento della consapevolezza di cooperare, ha affermato la responsabilità penale

³⁴ Cass., 1° dicembre 1937, in *Giust. Pen.* 1938, II, 438; Cass., Sez. I, 10 ottobre 1951, in *Giust. Pen.* 1952, 497 ss.; Cass., 23 gennaio 1956, in *Giust. Pen.* 1956, II, 648; Cass., Sez. III, 13 aprile 1959, in *Giust. Pen.* 1960, 49 ss.; Cass., Sez. IV, 24 novembre 1961, Paradisi, in *Leggi d'Italia*; Cass., Sez. IV, 8 marzo 1965, 18 maggio 1965, n. 626, Rv. 099615; Cass., Sez. VI, 27 ottobre 1976, 29 gennaio 1977, n. 1511, Rv. 135162; Cass., Sez. I, 18 marzo 1982, 24 giugno 1982, n. 6247, Rv. 154361; Cass., Sez. IV, 6 dicembre 1982, 30 giugno 1983, n. 6134, Zanirato; Cass., Sez. III, 18 ottobre 1982, n. 5425, Grati C. Del Monaco, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 31 maggio 1983, Luciani, in *Cass. Pen.* 1984, 277 ss.; Cass., Sez. IV, 15 novembre 1986, 23 febbraio 1987, n. 2405, Rv. 175208; Cass., Sez. II, 10 dicembre 1986, Salamina e altro, in *De Jure*; C. App. Bari, 7 febbraio 1987, De Nicolò e altro, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 23 novembre 1987, 21 aprile 1988, Rv. 178202, Mazzetti, in *De Jure* e in *Riv. pen.* 1989, 188; Cass., Sez. IV, 20 febbraio 1990, 5 giugno 1990, n. 8162, Zappulla, in *Arch. giur. circ. sin.*, 1991, 24 ss.; Cass., Sez. Un., 25 novembre 1998, 11 marzo 1999, n. 15, Loparco, in *Cass. Pen.* 1999, 986 ss.; C. App. Perugia, 11 ottobre 2002, Capalbo e altro, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 30 marzo 2004, 22 novembre 2004, n. 45069, Rv. 230280, in *De Jure*; Trib. Sez. dist. Carrara, 1 luglio 2004, 22 aprile 2004, n. 1104, in *Riv. Pen.* 2004, 1119 ss.; Cass., Sez. IV, 9 luglio 2004, 13 ottobre 2004, n. 40205, in *De Jure*; C. App. Perugia, 26 gennaio 2005, Cipiccia e altro, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 15 dicembre 2006, 8 febbraio 2007, n. 5277, in *Leggi d'Italia*; Trib. Ravenna, 22 maggio 2007, in *Leggi d'Italia*; Cass., Sez. IV, 5 dicembre 2007, 10 gennaio 2008, n. 887, in *De Jure*; Cass., Sez. V, 11 gennaio 2008, 16 aprile 2008, n. 15872, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 12 novembre 2009, 17 dicembre 2009, n. 48318, Rv. 245736, in *De Jure*; C. App. Catania, 12 novembre 2010, in *De Jure*; [Trib. Torino, Ufficio G.u.p., 12 luglio 2012, 9 ottobre 2012, in questa Rivista, 12 ottobre 2012](#); Cass., Sez. IV, 12 febbraio 2013, 12 aprile 2013, n. 16978, in *De Jure*.

³⁵ Cass., Sez. IV, 15 dicembre 2006, 8 febbraio 2007, n. 5277, cit.

non solo del soggetto che era alla guida del mezzo, ma anche del passeggero che, proprietario del veicolo, l'aveva affidato al guidatore pur essendosi reso conto del suo stato di alterazione e senza accertarne la capacità di guida in quel momento (in violazione, quindi, della regola cautelare prevista dagli artt. 115 e 116 cod. strada); non solo, costui, trovandosi a bordo dell'auto, non faceva alcunché per “dissociarsi” dalla guida incauta del conducente chiedendogli di non guidare più e sostituendolo alla guida della propria auto³⁶.

Per contro, non sembra corretta la ri-descrizione del tratto distintivo della cooperazione colposa – la consapevolezza di cooperare – fornita da alcune sentenze a partire dal 2004: secondo tali pronunce, la cooperazione *ex art. 113 c.p.* sarebbe “ipotizzabile anche in tutte quelle ipotesi nelle quali un soggetto interviene essendo a conoscenza che la trattazione del caso non è a lui soltanto riservata perché anche altri operanti nella medesima struttura ne sono investiti”; una tale situazione si verificherebbe in “tutte le organizzazioni complesse quali la sanità, le imprese e i settori della pubblica amministrazione (si pensi alla formazione di atti complessi nei quali confluiscono atti adottati da persone diverse, in tempi diversi, senza alcun rapporto tra i partecipanti)”: in casi del genere esisterebbe – questa la conclusione da noi contestata – “il legame psicologico previsto per la cooperazione colposa, perché ciascuno degli agenti è conscio che altro soggetto (medico, pubblico funzionario, dirigente ecc.) ha partecipato o parteciperà alla trattazione del caso”³⁷.

Si tratta di una lettura riduttiva che, come ha osservato attenta dottrina, “tende, in realtà, a trascolorare nella mera rappresentabilità/prevedibilità”³⁸ e non è pertanto idonea a distinguere la cooperazione colposa dal concorso di cause colpose indipendenti.

Infine, va segnalato che per una parte della giurisprudenza, al fine di “evitare l'eccessiva estensione della fattispecie di cooperazione”, per l'applicazione dell'art. 113 c.p. sarebbe necessario richiedere l'accertamento di un elemento oggettivo, che incide anche sulla configurazione della regola cautelare rilevante nel caso di specie e che andrebbe ad aggiungersi al requisito soggettivo della consapevolezza di cooperare (la c.d. “pretesa d'interazione prudente”)³⁹: sarebbe, in altre parole, necessario che “il

³⁶ Trib. Torino, Ufficio G.u.p., 12 luglio 2012, 9 ottobre 2012, cit.

³⁷ Cass., Sez. IV, 7 aprile 2004, 7 giugno 2004, Rv. 228927, Sidoti, in *Dir. Pen. Proc.* 2004, 1081; successivamente, nello stesso senso, v. Cass., Sez. IV, 12 novembre 2008, 28 gennaio 2009, n. 4107, Calabrò, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 29 aprile 2009, 22 giugno 2009, n. 26020, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 10 dicembre 2009, 16 febbraio 2010, n. 6215, Rv. 246420.

³⁸ ALDROVANDI, *Il concorso nel reato colposo (art. 113 c.p.)*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte generale, II, Il reato*, Torino, 2013, 711.

³⁹ Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2008, 16 gennaio 2009, n. 1786 (caso Tomaccio), cit. Così pure Cass., Sez. IV, 2 novembre 2011, 17 gennaio 2012, n. 1428 (caso Gallina), in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 21 giugno 2012, 20 settembre 2012, n. 36280 (caso Forlani), in *De Jure*; [Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012, n. 380, in questa Rivista, 21 gennaio 2013](#); Cass., Sez. IV, 19 marzo 2013, 14 giugno 2013, n. 26239, in *De Jure*; Cass., Sez. IV, 3 ottobre 2013, 18 ottobre 2013, n. 43083, in *Leggi d'Italia*; Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, 18 settembre 2014, n. 38343 (caso Thyssenkrupp), in *De Jure*; richiama la prima parte del principio sopra citato Cass., Sez. IV, 13 novembre 2014, 28 novembre 2014, n. 49735, Rv. 261183.

coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza". Si pensi, ad esempio, a quanto affermato dalle Sezioni Unite nel caso Thyssenkrupp, in cui i giudici sottolineano che la figura della cooperazione colposa "si attaglia perfettamente a contingenze come quella in esame, nelle quali la gestione del rischio avviene all'interno di organizzazioni complesse, nelle quali i processi decisionali vedono il contributo di diversi livelli di potere, di diversificati ruoli, di distinte competenze" e dove "si determina", appunto, "il coinvolgimento integrato di varie condotte che, solitamente, non possono essere considerate isolatamente senza perdere il loro significato"⁴⁰.

A parere di chi scrive tale elemento oggettivo "aggiuntivo" non pare, tuttavia, necessario. Se, infatti, si parte dall'opinione che gli elementi caratterizzanti la cooperazione colposa siano, sul piano soggettivo, la consapevolezza di cooperare con la condotta altrui, l'assenza di dolo e la violazione di una regola cautelare, la cui configurazione, come vedremo meglio nel § 3.1., dipende dalle circostanze concrete conosciute e conoscibili che accompagnano l'azione, risulta che "il coinvolgimento integrato" delle condotte è già implicito negli elementi suddetti: così, ad esempio, nei casi analizzati precedentemente (gara di velocità e caso dei due tossicodipendenti), le condotte degli imputati si integrano oggettivamente e i giudici hanno correttamente fatto applicazione dell'art. 113 c.p., senza bisogno di procedere ad uno specifico e autonomo accertamento del requisito del "coinvolgimento integrato".

3. La controversa funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.

Una ulteriore, rilevante questione concernente la cooperazione colposa è se alla norma contenuta nell'art. 113 c.p. debba essere riconosciuta, oltre ad una funzione di disciplina, anche una funzione incriminatrice.

Autorevole dottrina ritiene che tutte le fattispecie di reato colpose abbiano una struttura causalmente orientata e che ogni causazione dell'evento sia tipica e quindi già punibile ai sensi della relativa fattispecie colposa monosoggettiva di Parte Speciale⁴¹: la norma di cui all'art. 113 c.p. non avrebbe dunque alcuna funzione incriminatrice.

A ben vedere, tuttavia, l'ordinamento penale italiano non conosce solo reati colposi d'evento a forma libera, ma prevede reati colposi strutturati in vario modo. Di conseguenza, la risposta circa la funzione (solo) di disciplina o (anche) incriminatrice dell'art. 113 c.p. va adeguata alle diverse fattispecie di reato colpose.

Anticipando le conclusioni cui arriveremo nelle pagine successive, occorre riconoscere all'art. 113 c.p. funzione incriminatrice con riferimento a quattro tipologie di fattispecie colpose, e segnatamente: i *reati colposi d'evento a forma vincolata*, i *reati*

⁴⁰ Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, 18 settembre 2014, n. 38343, (caso Thyssenkrupp), cit.

⁴¹ M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 113 ss.

colposi propri, i *reati colposi di mera condotta* e *alcune categorie di reati omissivi* (su cui v. *infra* §§ 3.2. e 3.3.). Nel nostro ordinamento, retto dal principio di legalità, la norma di cui all'art. 113 c.p. consente infatti di punire condotte concorsuali in sé atipiche, che altrimenti resterebbero prive di rilievo penale, in quanto non riconducibili all'interno delle norme incriminatrici di siffatti reati. Ma procediamo con ordine e verifichiamo la possibilità di individuare una funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. in relazione alle varie tipologie di reati ipotizzabili.

3.1. *Reati d'evento a forma libera.*

Si pensi, innanzitutto, ai reati colposi d'evento a forma libera, vale a dire reati nei quali la legge attribuisce rilevanza a qualsiasi comportamento umano che abbia contribuito causalmente alla produzione di un determinato evento, come l'omicidio colposo o le lesioni personali colpose.

Secondo un orientamento, diffuso in dottrina e in giurisprudenza, l'art. 113 c.p. avrebbe funzione incriminatrice con riguardo a questa categoria di reati. In particolare, Latagliata ha sostenuto che l'art. 113 c.p. incriminerebbe comportamenti che, di per sé, non si pongono in diretto contrasto con la regola cautelare e che, "isolati dal contesto delle altre azioni oggetto della cooperazione, a cui sono legati soltanto per una relazione psicologica, non costituirebbero in nessun caso delitti colposi a sé stanti"⁴². Ciò che consentirebbe di sanzionarli sarebbe "il particolare atteggiamento psicologico del soggetto", che "manifesta la propria adesione di volontà all'imprudenza commessa da un'altra persona"⁴³.

Similmente, per Risicato la funzione estensiva svolta dall'art. 113 c.p. in rapporto a tale categoria di reati consisterebbe nella "possibilità di superare – e non a spese della fattispecie colposa di base – la rigorosa connessione di rischio richiesta espressamente dall'art. 43 c.p. tra la regola cautelare violata e l'evento lesivo cagionato, sempre che sussista, in colui che coopera, la consapevolezza di concorrere al fatto materiale altrui (...). Solo su questa base acquistano rilievo penale condotte dotate di pericolosità ancora astratta ed indeterminata rispetto al fatto colposo realizzato in cooperazione"⁴⁴.

Parte della giurisprudenza, infine, afferma che una siffatta funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. si avrebbe, con riguardo ai reati d'evento a forma libera,

⁴² LATAGLIATA, *I principi*, cit., 180.

⁴³ LATAGLIATA, voce *Cooperazione*, cit., 615; ID., *I principi*, cit., 180; similmente: FIORE, *Diritto penale*, cit., 102; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., 518; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., 86, il quale riconosce una funzione incriminatrice della disposizione di cui all'art. 113 c.p. con riferimento alle fattispecie causalmente orientate, essendo ipotizzabili "comportamenti (di istigazione, di agevolazione colposa, ad es.) che, pur essendo determinanti per la verifica dell'evento, non sono di per sé sussumibili nelle fattispecie ad esecuzione individuale".

⁴⁴ RISICATO, *Il concorso colposo*, cit., 167; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 136 ss.

quando la regola cautelare violata attenga all'obbligo di prevenire altrui condotte colpose e quando vengano in rilievo condotte che, prive di compiutezza nell'ottica della tipicità se isolatamente considerate, si integrano con altre dando luogo alla fattispecie causale colposa. In tali ipotesi "l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio, giustifica la penale rilevanza di condotte che (...), sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche"⁴⁵.

In senso critico rispetto a tali posizioni, consideriamo brevemente quanto segue. Come noto, per "regola cautelare" si può intendere una regola di condotta che suggerisce di agire in un determinato modo per evitare la verifica di un determinato evento o, comunque, la realizzazione di un determinato fatto tipico di reato⁴⁶. Tale regola cautelare "scaturisce da una valutazione di prevedibilità ed evitabilità di un determinato evento in una determinata situazione"⁴⁷. Con riferimento alle conoscenze ontologiche (cioè sulla realtà di fatto) che stanno alla 'base del giudizio' di prevedibilità ed evitabilità, la dottrina afferma che rileva "non solo il conoscibile, ma anche il concretamente e attualmente conosciuto"⁴⁸. Tra tali cognizioni è dunque da comprendersi anche la conoscenza o conoscibilità della condotta dei soggetti con cui si interagisce⁴⁹. Come è stato lucidamente evidenziato da Veneziani, dunque, "la

⁴⁵ Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2008, 16 gennaio 2009, n. 1786 (caso Tomaccio), cit.; Cass., Sez. IV, 12 novembre 2009, 17 dicembre 2009, n. 48318, Rv. 245736, cit.; Cass., Sez. IV, 2 novembre 2011, 17 gennaio 2012, n. 1428 (caso Gallina), cit.; Cass., Sez. IV, 21 giugno 2012, 20 settembre 2012, n. 36280 (caso Forlani), cit.; Trib. L'Aquila, 22 ottobre 2012, n. 380, cit.; Cass., Sez. IV, 19 marzo 2013, 14 giugno 2013, n. 26239, cit.; Cass., Sez. IV, 3 ottobre 2013, 18 ottobre 2013, n. 43083, cit.; Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, 18 settembre 2014 n. 38343, (caso Thyssenkrupp), cit.

⁴⁶ BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in BELLANTONI-VIGONI (a cura di), *Diritto dell'esecuzione penale; diritto penale; diritto, economia e società*, in *Studi in onore di Pisani*, Milano, 2010, 212, che fa riferimento a BOLDT, *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Fahrlässigkeit im kommenden Recht*, in *ZStW* 1936, vol. 55, 54 e ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, 327 ss.

⁴⁷ BASILE, *Fisionomia e ruolo dell'agente modello*, cit., 214.

⁴⁸ LUNGHINI, *Commento all'art. 43*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), GATTA-DOLCINI (aggiornato da), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, 655. M. GALLO, voce *La colpa penale (dir. vig.)*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 639 s., analizzando il giudizio di rappresentabilità e di prevenibilità dell'evento, a fondamento dell'esistenza e del contenuto delle regole di condotta la cui trasgressione dà luogo a colpa, osserva che, quanto alla "misura alla cui stregua viene affermata la possibilità di comportamenti che non si sono verificati", "occorre tener conto (...) delle conoscenze possedute dal soggetto, nonché di quelle conoscenze che era legittimo presumere in lui data la posizione sociale e l'attività svolta". Sul punto v. anche ANGIONI, *Il concorso colposo*, cit., 61. In particolare, l'Autore, 60 s. precisa che "il carattere colposo non è mai una qualità intrinseca all'azione isolata dal suo contesto, ma una qualifica che si ricava dalla considerazione di tutte le circostanze concrete conosciute o riconoscibili *ex ante*, che accompagnano l'azione". V., infine, DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 427, secondo la quale "il rilievo delle conoscenze particolari del soggetto agente si spiega agevolmente pensando alla citata "base del giudizio" che contempla [...] una somma tra le conoscenze effettive dell'agente concreto e quelle che avrebbe dovuto avere o procurarsi la *Maßfigur*".

⁴⁹ Sul punto, esplicitamente PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela. Commento a Cass., Sez. IV, 12 ottobre 2011, n. 46819*, in *Riv. pen. cont. – Riv. Trim.*, n. 2, 2012, 109: "il giudizio di prevedibilità, necessario a definire il dovere di

consapevolezza che la propria condotta interagisca con condotte altrui ben può incidere sul contenuto del dovere di diligenza, rimodellando le valutazioni di prevedibilità ed evitabilità del potenziale evento dannoso che derivino da una considerazione «isolata» della condotta di ciascuno dei singoli soggetti agenti. Ma ciò non significa – almeno pare – che, in tali contesti, si debba riconoscere all’art. 113 c.p. una funzione incriminatrice di condotte che sarebbero di per sé atipiche. La tipicità della condotta colposa non può che parametrarsi, infatti, al contenuto della regola cautelare: ed in caso di interazione tra condotte, è proprio il contenuto delle regole cautelari doverose che muta, proprio in quanto viene ad essere riformulato il giudizio di prevedibilità (ed evitabilità) dell’evento. Ne consegue che la condotta sarà tipica o atipica a seconda che (si) rispettino o meno le regole cautelari che presidiano l’agire del singolo in collaborazione con altri”⁵⁰.

Alla luce di ciò, si può affermare dunque che l’art. 113 c.p. non ha funzione incriminatrice con riguardo ai reati colposi d’evento a forma libera.

Per comprendere meglio tale conclusione, analizziamo brevemente alcune delle pronunce in cui i giudici hanno espresso l’opinione qui criticata.

Con la pronuncia del 2 dicembre 2008 (caso Tomaccio), la IV Sezione della Corte di Cassazione ha condannato per concorso in omicidio colposo alcuni agenti di polizia, per avere ecceduto colposamente dai limiti previsti per la scriminante dell’adempimento del dovere, in concorso tra loro, giacché era risultato che, per ridurre in stato di arresto un giovane in preda ad un delirio cocainomane, arrestato e poi evaso, non era in realtà necessario – come invece i condannati fecero – ridurre il giovane all’assoluta impotenza, bloccargli il torace e la testa e adoperare i piedi per tenerlo immobile al suolo. In particolare, i giudici affermano che “la consapevolezza di agire in cooperazione imponeva a ciascuno non solo di operare per proprio conto in modo appropriato, ma anche di interrogarsi sull’azione altrui se del caso agendo per regolarla moderandola. Tale azione è mancata in tutti gli agenti e per tutti, dunque, si configura la colpa concorsuale che, come pure si è detto, abbraccia tutte le condotte, non solo quelle tipiche (lo schiacciamento della testa, la compressione del torace) ma anche quelle di comune partecipazione agevolatrice”⁵¹. A ben vedere, tuttavia, non si comprende perché la Corte debba distinguere tra “condotte tipiche” e condotte di

diligenza di fonte sociale e a concretizzare quello richiesto dalle regole cautelari elastiche, deve tener conto non solo degli accadimenti naturalistici in senso stretto, ma anche delle convergenti attività umane”.

⁵⁰ VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l’incolumità individuale. I delitti colposi*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2003, 89 s. L’Autore esemplifica come segue. Si pensi ad una macchina, “dotata di due dispositivi di sicurezza («x» e «y») «ridondanti», in grado ciascuno di «azzerare» il rischio del verificarsi di eventi lesivi dello stesso tipo. Si immagini che Tizio proceda alla rimozione del dispositivo «x» e Caio alla rimozione del dispositivo «y». Ebbene, la condotta di rimozione di uno dei dispositivi non violerebbe alcuna regola cautelare, perché le esigenze di sicurezza sarebbero salvaguardate dalla presenza dell’altro. Le condotte sono invece imprudenti se, come nell’esempio, portano all’eliminazione di entrambi i dispositivi. Qualora ne derivi un evento mortale, Tizio e Caio ne potranno rispondere a titolo di omicidio colposo, se sapevano (o avrebbero dovuto sapere, usando l’ordinaria diligenza, prudenza, perizia) ciascuno dell’operato altrui”.

⁵¹ Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2008, 16 gennaio 2009, n. 1786 (caso Tomaccio), cit.

“comune partecipazione agevolatrice”: le condotte di tutti gli agenti di polizia, considerando tutte le circostanze conosciute e conoscibili al momento del fatto, risultano colpose e causali rispetto all’evento.

Nella sentenza del 2 novembre 2011, n. 1428 (caso Gallina), l’imputato viene condannato in ordine al reato di cui agli artt. 113 e 449 c.p. per avere colposamente cooperato col proprietario di un terreno all’incendio da questi cagionato: egli, realizzando solchi tagliafuoco a bordo di un trattore, concorreva al divampare delle fiamme che devastavano diversi ettari attigui, non avendo tenuto conto della presenza del forte vento e delle altre condizioni climatiche sussistenti ed essendo consapevole dell’incedere della procedura, nel complesso pericolosa. La Corte di Cassazione sottolinea che l’imputato contribuiva a quest’ultima “con una condotta che non era quella tipica (l’accensione delle fiamme) ma costituiva comunque parte integrante del comune coinvolgimento di diverse persone”⁵². Tale affermazione non si può condividere, in quanto la norma di cui all’art. 449 c.p. descrive un reato a forma libera, focalizzando il disvalore sul prodursi dell’evento lesivo, e la condotta dell’imputato rileva già ai sensi della disposizione di Parte Speciale. Dal momento però che in capo all’imputato sussisteva la consapevolezza della cooperazione (che incide sul contenuto della regola cautelare da lui violata, come affermato da Veneziani), la sua condotta è punibile ai sensi degli artt. 113 ss. c.p.: tali disposizioni in queste ipotesi esplicano evidentemente solo una funzione di disciplina.

Si precisa, infine, sempre con riguardo a questa categoria di reati, che non è accoglibile la teoria secondo cui nel concorso colposo, in virtù dell’elemento soggettivo che collega i concorrenti, si potrebbe prescindere da qualsiasi contributo causale⁵³: in assenza di quest’ultimo, la condotta atipica non reca, infatti, alcun contributo all’offesa del bene giuridico immanente al fatto principale e dunque non può essere punita⁵⁴.

3.2. *Reati d’evento a forma vincolata, reati propri e reati di mera condotta (attiva o omissiva).*

Passiamo ora ad esaminare altre tipologie di reati colposi:

- innanzitutto, i reati colposi d’evento a forma vincolata, in virtù dei quali è punibile la condotta, causale rispetto all’evento, solo se corrisponde allo specifico modello di comportamento descritto dalla norma incriminatrice. Si pensi, ad esempio, al reato di epidemia colposa (artt. 452 co. 1 e 438 c.p.);

- in secondo luogo, i reati colposi propri, vale a dire i reati colposi che possono essere commessi soltanto da chi possieda determinate qualità o si trovi in determinate relazioni con altre persone. Ad esempio, si consideri la fattispecie di agevolazione colposa del reato di procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato, che

⁵² Cass., Sez. IV, 2 novembre 2011, 17 gennaio 2012, n. 1428, (caso Gallina), cit.

⁵³ Sostengono la funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p. con riferimento a condotte non causali, tra gli altri: ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 181 s.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 531, nt. 181; MUSOTTO, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, 1981, 319; PAGLIARO, *Principi*, cit., 554 ss. e ID., *Il reato*, cit., 374.

⁵⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, 458.

può essere commessa, tra l'altro, da chi era in possesso del documento (artt. 259 e 256 c.p.);

- infine, i reati colposi di mera condotta, in cui il fatto si esaurisce nel compimento di una o più azioni determinate (cioè legislativamente descritte) ovvero nel mancato compimento di una determinata azione doverosa. Ad esempio, si pensi al reato di commercio o somministrazione di medicinali guasti (artt. 452 co. 2 e 443 c.p.).

Con riguardo a tali tipologie di reati, in cui il legislatore ha specificamente descritto la modalità dell'offesa al bene giuridico o ha individuato un determinato soggetto attivo, se non esistessero le norme sul concorso di persone nel reato "resterebbero al di fuori della sfera della punibilità" molte condotte causali rispetto alla realizzazione del reato, ma non conformi allo schema legale tipico⁵⁵. Come giustamente ha sottolineato Grasso, dunque, "la punibilità di chi concorre al reato con un comportamento atipico oppure in mancanza della qualifica soggettiva richiesta è legata esclusivamente alla previsione dell'art. 113, che possiede quindi sicuramente una funzione incriminatrice"⁵⁶. Ad esempio, potrà essere punita solo alla luce dell'art. 113 c.p. la condotta di colui che ha fornito colposamente ad un laboratorio scientifico uno strumento difettoso, poi utilizzato da uno scienziato per eseguire un esperimento, il quale così provochi per colpa la diffusione di germi patogeni sfociata nell'epidemia⁵⁷; o, ancora, si potrà concorrere *ex art. 113 c.p.*, se consapevoli di cooperare con altri e tramite una condotta colposa causale, nel reato di agevolazione colposa di procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato (artt. 259 e 256 c.p.), pur senza essere i possessori del documento; o, infine, sarà punibile *ex artt. 113, 452 co. 2 e 443 c.p.* la condotta di chi (ad es., il produttore) abbia fornito medicinali guasti poi da altri posti in commercio.

3.3. Reati omissivi.

In relazione alla categoria dei *reati omissivi impropri*, occorre segnalare che la giurisprudenza, riferendosi alla categoria delle *fattispecie causalmente orientate a forma libera*, sostiene che l'art. 113 c.p. svolgerebbe funzione incriminatrice quando vi sia l'apporto di un soggetto non gravato dall'obbligo di garanzia⁵⁸.

Ciò non sembra tuttavia condivisibile: qualora infatti l'apporto alla realizzazione di un reato a forma libera sia di tipo *commissivo* e risulti, ad un tempo, causale rispetto alla realizzazione dell'evento e contrario ad una regola cautelare, esso è già tipico in forza della norma incriminatrice di Parte Speciale. In tali ipotesi gli artt. 113 ss. c.p. vengono in rilievo solo nella loro funzione di disciplina.

⁵⁵ LATAGLIATA, voce *Concorso di persone nel reato (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 574.

⁵⁶ GRASSO, *Commento all'art. 113*, cit., 240. Nello stesso senso CORBETTA, *Commento all'art. 113 c.p.*, cit., 1815.

⁵⁷ Per questo esempio, si veda, MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, 476.

⁵⁸ Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2008, 16 gennaio 2008, n. 1786 (caso Tomaccio), cit.; Cass., Sez. IV, 2 novembre 2011, 17 gennaio 2012, n. 1428 (caso Gallina), cit.

Se, invece, l'apporto è di tipo *omissivo*, non si vede come si possa dare rilevanza ad un comportamento omissivo tenuto da un soggetto che non aveva l'obbligo giuridico di impedire l'evento se non calpestando il dettato della legge e, segnatamente, dell'art. 40 cpv. c.p.

A parere di chi scrive, pertanto, in tema di reati omissivi è corretto riconoscere una funzione incriminatrice all'art. 113 c.p. solo in particolari ipotesi, come proposto da Severino di Benedetto: con riferimento alle condotte *attive* che forniscono un contributo causale alla realizzazione di un *reato omissivo proprio* (ipotesi, peraltro, cui abbiamo già fatto cenno *supra*, § 3.2., parlando di reati di mera condotta, segnatamente omissiva), nonché alla realizzazione di *reati omissivi impropri per i quali l'obbligo di attivarsi e la condotta doverosa sono tipicizzati dal legislatore* (ad esempio art. 57 c.p.); affinché, invece, assumano rilevanza *contributi omissivi atipici*, è necessario che in capo al concorrente sia configurabile un "obbligo giuridico" di agire⁵⁹.

4. La controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso.

4.1. Rilevanza pratica del problema.

Le questioni illustrate nei precedenti paragrafi assumono un valore "introduttivo", rispetto ad un'ulteriore questione, coinvolgente l'art. 113 c.p.: se sia possibile, o meno, configurare un concorso colposo in reato doloso. Peraltro, precisiamo subito che nel presente contributo, quando parliamo di "concorso colposo in reato doloso", ci riferiamo all'ipotesi in cui chi realizza direttamente l'offesa penalmente rilevante agisce con dolo⁶⁰.

Dalla risposta alla questione della configurabilità di un concorso colposo in reato doloso discendono alcune importanti conseguente pratiche.

In primo luogo, infatti, qualora la risposta fosse positiva potrebbero venire in rilievo le norme di disciplina, proprie del concorso di persone, già sopra menzionate. Ad esempio, solo qualora un caso possa essere considerato un'ipotesi di concorso colposo in reato doloso, potrà rilevare la circostanza attenuante della "minima

⁵⁹ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 190 ss. In particolare, secondo l'Autrice si possono configurare tutti i presupposti necessari per il realizzarsi di una fattispecie concorsuale colposa nell'ipotesi di c.d. "incarico di funzioni" (sulla nozione di "incarico di funzioni" v. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale d'impresa*, Firenze, 1984, 45 ss. e 347 ss.).

⁶⁰ Nello stesso senso CRIMI, *Concorso colposo nel delitto doloso: intersezioni e cointeressenze tra causalità e colpa, violazione dello scopo di protezione della norma, posizioni di garanzia ed orizzonti del principio di affidamento*, in *Riv. Pen.* 12/2008, 1356, nt. 18. In dottrina, tuttavia, si è messo in rilievo che è inappropriato parlare di "concorso colposo nel fatto doloso" e di "concorso doloso nel fatto colposo": tale terminologia tradizionale sarebbe il frutto di una costruzione coerente alla teoria dell'accessorietà, sull'accoglimento della quale si esprimono riserve (in tal senso, DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, 109), dovendosi più correttamente parlare di "concorso di persone con coefficiente soggettivo eterogeneo" (ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo*, cit., 94).

importanza” di cui all’art. 114 c.p., o potrà operare l’effetto estensivo della querela di cui all’art. 123 c.p. o delle cause di giustificazione di cui all’art. 119 co. 2 c.p.

In secondo luogo, sempre qualora si dia risposta positiva al quesito circa la configurabilità di un concorso colposo in reato doloso, potranno rientrare nell’area della punibilità comportamenti di per sé atipici (si veda quanto abbiamo detto ai §§ 3.2. e 3.3. in relazione alla funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p. per i reati d’evento a forma vincolata, i reati propri, i reati di mera condotta e per talune ipotesi di reati omissivi). Si pensi, ad esempio, al reato di mera condotta di cui agli artt. 442 e 452 co. 2 c.p. (commercio di sostanze alimentari contraffatte o adulterate): in tale ipotesi la condotta è puntualmente tipizzata dal legislatore, e può consistere solo nel detenere per il commercio, nel porre in commercio o nel distribuire per il consumo cose pericolose per la salute, elencate tassativamente dal legislatore. Qualora un produttore di dolci, per negligenza o imperizia, fornisca al rivenditore taluni dolci andati a male, e quest’ultimo li ponga volontariamente in commercio, pur avendo riconosciuto l’alterazione di tali prodotti, il primo agente potrà essere punibile solo attraverso la disposizione di cui all’art. 113 c.p., per concorso colposo in reato doloso.

A questo proposito può essere utile riferire anche un esempio formulato da Severino di Benedetto: l’Autrice, partendo dal presupposto che la fattispecie di cui all’art. 440 c.p. configuri un reato a forma vincolata, ipotizza la condotta di un soggetto che, “titolare di uno stabilimento di imbottigliamento di vino (...) per errore inescusabile ritenga che una determinata sostanza conservante sia innocua e quindi inidonea ad adulterare il prodotto. Si ipotizzi altresì che tale soggetto dia istruzioni ovvero consenta passivamente che un suo dipendente utilizzi tale sostanza, in realtà adulterante, immettendola nel vino destinato alla distribuzione per il consumo, e che il dipendente, pur essendosi reso conto dell’errore di valutazione, dolosamente adulteri il prodotto, perseguendo, ad esempio, un proprio motivo personale di vendetta”⁶¹. Ebbene, il titolare dello stabilimento potrà essere punito, ai sensi dell’art. 440 c.p. (in combinato disposto con l’art. 452 co. 2 c.p.), solo ai sensi dell’art. 113 c.p., vale a dire solo se si ammette un concorso colposo in reato doloso.

4.2. I presunti ostacoli alla configurabilità di un concorso colposo in reato doloso.

Un consistente orientamento dottrinale e giurisprudenziale nega la configurabilità di un concorso colposo in reato doloso, in quanto ritiene che ad essa ostino una serie di ragioni di ordine logico e normativo. Proprio all’illustrazione di tali ostacoli sono dedicate le seguenti pagine.

⁶¹ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 257.

4.2.1. Il c.d. dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità.

Il primo ostacolo alla configurabilità di un siffatto concorso è rappresentato dal c.d. dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità dei concorrenti: per aversi concorso criminoso di persone sarebbe indispensabile l'esistenza di un unico, identico reato, il quale "deve sussistere non nei confronti di alcuni soltanto, ma di tutti i concorrenti"⁶², e l'identità del reato postula non solo che il fatto materiale sia il medesimo (il reato in concorso si concretizza in un'unica lesione dell'interesse protetto), ma anche che "l'elemento psicologico si presenti della stessa specie nei confronti di ciascuno dei concorrenti"⁶³.

A parere di chi scrive e come è stato sottolineato da alcuni autori, invece, "il principio di unitarietà della responsabilità penale dei concorrenti è limitato alla esigenza che i partecipi contribuiscano alla stessa offesa tipica, senza coinvolgere affatto la punibilità, il titolo di reato, la forma dell'elemento psicologico"⁶⁴. A ragione, inoltre, una parte della dottrina pone in rilievo che il principio dell'unitarietà del fatto concorsuale "si rivela inaccettabile anche se inteso (...) come identità del *nomen juris* del reato attribuito ai concorrenti"⁶⁵. Infatti, in alcuni casi, "il medesimo elemento può essere portatore di significati diversi" in quanto in esso ogni partecipe realizza "un volere dal significato ben distinto da quello degli altri"⁶⁶.

⁶² RANIERI, *Il concorso*, cit., 124.

⁶³ RANIERI, *Il concorso*, cit., 124 s. Sostengono il c.d. dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità anche: BATTAGLINI, *Diritto penale*, cit., 453; BETTIOL, *Diritto penale, Parte generale*, Palermo, 1945, 387 (mutando opinione rispetto a quanto sostenuto nello scritto: *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Riv. It.* 1930, 672 ss.); ID., *In tema di partecipazione colposa a delitto doloso*, in *Giur. It.*, 1946, 182 s.; BETTIOL-PETTOELLO-MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 669 ss.; MANZINI, *op. cit.*, vol. II, 1948, Rn. 455, 517.

⁶⁴ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 224; PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, 106; PEDRAZZI, *op. cit.*, 81 ss. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 108 ss., osserva che "l'unicità lesiva dell'ipotesi plurisoggettiva eventuale non è d'ostacolo al diverso contributo soggettivo dei concorrenti". Aderiscono a tale concezione, anche se sulla base della diversa "teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate": PAGLIARO, *Principi*, cit., 544 s.; BOSCARIELLI, *Contributo*, cit., 21 ss.; ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo*, cit., 99 s., e, in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007, 11 marzo 2008, n. 10795, Rv. 238957, Pozzi, in *De Jure*. In senso parzialmente diverso SPASARI, *op. cit.*, 137, che si colloca tra i sostenitori della teoria dell'accessorietà relativa o limitata, secondo cui "la locuzione reato va intesa, nella teoria del concorso personale, in senso restrittivo, in quanto essa sta a significare semplicemente fatto oggettivamente antigiuridico". M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 81, afferma che occorre "riflettere seriamente se sia proprio il caso di intendere il cosiddetto principio dell'unità del reato in regime di concorso, non come schema riassuntivo di risultati ottenuti in via interpretativa, valido, pertanto, nei limiti in cui questi sono validi, ma, con inversione concettualistica, quale regola vincolante per l'interprete".

⁶⁵ ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 201.

⁶⁶ PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 21. Si considerino in proposito i seguenti esempi: si pensi a chi distrugge una bandiera in concorso con taluno, quando per l'uno il gesto significa danneggiamento, per l'altro vilipendio; oppure si pensi a chi, con intenzione omicida, istighi taluno a percuotere una persona che sa affetta da malattia cardiaca, così da esserne probabile la morte alla minima emozione. Se la persona istigata, ignara di tale circostanza, viene fermata subito dopo avere commesso atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere il delitto di percosse, ma prima della consumazione di tale delitto, dovrà rispondere di tentativo di percosse. Per l'istigatore invece non mancherebbe nulla per una incriminazione a titolo di omicidio tentato in regime di concorso (idoneità delle percosse a provocare la

Vediamo ora più nel dettaglio perchè la teoria qui criticata non possa essere sostenuta.

Per corroborare la tesi dell'unitarietà del titolo soggettivo del concorso, la dottrina fa riferimento, in primo luogo, all'*art. 110 c.p.* Tale disposizione legislativa, affermando che più persone "concorrono nel medesimo reato", vorrebbe dire "semplicemente che, allorquando il fatto di due soggetti cade sotto titoli giuridici diversi, benché essi sbocchino nella produzione del medesimo evento, non si ha concorso di persone, ma si ha distinta responsabilità"⁶⁷.

Tuttavia, se si considera la vigente disciplina del concorso di persone nel reato, tale osservazione, come vedremo meglio in seguito, risulta smentita.

In secondo luogo, i sostenitori del 'dogma' richiamano l'*art. 116 c.p.* il quale avrebbe la finalità "di tener fede al principio della unitarietà del concorso, sì che non possa farsi carico a ciascuno dei concorrenti di un titolo criminoso diverso: tutti concorrono nel *medesimo* reato"⁶⁸.

A ben guardare, invece, l'*art. 116 c.p.* costituisce proprio una conferma della ammissibilità di una fattispecie concorsuale nella quale taluno dei partecipi agisce con dolo, mentre altri rispondono a titolo diverso (responsabilità oggettiva, secondo l'orientamento tradizionale; colpa, secondo l'orientamento più innovativo)⁶⁹ (sul punto, v. anche *infra* § 4.3.1.).

In terzo luogo, a favore del 'dogma' verrebbe in rilievo la fattispecie di cui all'*art. 117 c.p.* "allorché tutti i concorrenti hanno voluto lo stesso fatto, ma la qualificazione giuridica di questo muti, rispetto a taluno, per le sue condizioni o qualità personali o per i suoi rapporti con l'offeso. In tal caso, il diverso titolo del reato si applica anche agli altri partecipi, non perché si estendano ad essi condizioni o qualità personali, che non possiedono né possono possedere, ma perché hanno voluto e

morte; intenzione omicida) (PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 21; ID., *Principi*, cit., 533; ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 201; il secondo esempio è tratto da M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 82).

⁶⁷ PANNAIN, *Manuale*, cit., 778 s.

⁶⁸ PANNAIN, *Manuale*, cit., 786. Nello stesso senso, in giurisprudenza: Cass., Sez. I, 7 giugno 1983, 15 ottobre 1983, n. 8271, Rv. 160677, Guidi, in *Riv. Pen.* 1984, 429; Cass., Sez. I, 2 ottobre 1989, 17 novembre 1989, Rv. 182557, Loddo, in *Cass. pen.*, 1992, 621 ss. e Cass., Sez. I, 13 febbraio 1990, 14 marzo 1990, Rv. 183698, Marino, in *Cass. Pen.* 1992, I, 618, secondo cui l'*art. 116 c.p.* avrebbe come base fondante la teoria monistica del concorso di persone e quindi la necessaria unitarietà del titolo di responsabilità per tutti i concorrenti.

⁶⁹ ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 199; SEVERINO DI BENEDETTO, cit., 226; FROSALI, *L'elemento soggettivo*, cit., 12; PAGLIARO, *Il reato*, cit., 379; ID., *Principi*, cit., 541 s. e ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo*, cit., 97. In giurisprudenza, ad esempio, v. Cass., Sez. I, 1° luglio 2010, 24 settembre 2010, n. 34581 e Cass., Sez. I, 3 febbraio 2010, 3 maggio 2010, n. 16762, Rv. 246926, Malgeri, e altri. Si veda tuttavia la sagace "controreplica" di FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 535: "laddove il legislatore ha voluto riconoscere la possibilità che più partecipi rispondano, rispettivamente, a titoli diversi [art. 116 c.p.], lo ha fatto in maniera esplicita. (...) Da questa previsione espressa di una ipotesi di concorso a titoli soggettivi diversi sembra lecito *a contrario* desumere che il fenomeno della diversità di titolo, lungi dal costituire la regola, rappresenta una eccezione: sicché una interpretazione in senso contrario rappresenterebbe una forzatura del principio di legalità". Inoltre, PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 203, osserva che l'*art. 116 c.p.* si sottrae "ad ogni utilizzazione nella disputa sulle forme di colpevolezza dei concorrenti, per il carattere indubbiamente anomalo del tipo di responsabilità che esso introduce".

cooperato a dar vita a quello stesso fatto che va qualificato diversamente da come lo sarebbe, se non concorressero quelle qualità o condizioni personali o rapporti con l'offeso di uno dei concorrenti"⁷⁰.

A ciò si può efficacemente replicare quanto ha evidenziato Severino di Benedetto, con riguardo ai "contenuti impliciti della disposizione concorsuale contenuta nell'art. 117, 1° comma c.p. Tale norma, nel disciplinare l'unificazione del titolo di reato fra concorrenti, in ipotesi di mutamento di esso a cagione delle condizioni o qualità personali del colpevole o per i rapporti tra il colpevole e l'offeso, lascia implicitamente intendere che nelle ipotesi in cui il cambiamento della qualificazione giuridica del fatto sia dovuto a motivi diversi (...), pur operando la disciplina concorsuale, non si determina unificazione del titolo di reato"⁷¹.

Infine, Bettiol⁷², a sostegno del dogma della unitarietà del titolo di responsabilità, sottolinea che, affinché più soggetti possano rispondere a titolo diverso della commissione del medesimo reato, la legge deve disporre espressamente questa possibilità, come è avvenuto negli *artt. 54 e 55 c. p. mil. di guerra*⁷³.

Tale argomento va respinto in quanto le norme di cui agli *artt. 112, ult. co.*⁷⁴ e *48 c.p.*⁷⁵, non sono riferite a specifici reati di Parte Speciale, eppure configurano ipotesi di concorso a titoli soggettivi differenti.

Un ulteriore indebolimento (se non un definitivo superamento) del dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità deriva, infine, da quella opinione che ammette – sulla base di alcuni argomenti sistematici e di esigenze di equità – la configurabilità di un concorso doloso nel reato colposo⁷⁶.

⁷⁰ RANIERI, *Il concorso*, cit., 125 s.

⁷¹ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 225 s.

⁷² BETTIOL, *In tema di partecipazione*, cit., 182-183.

⁷³ L'art. 55 c.p. mil. di guerra dispone che è punito "il militare che, per colpa, ha reso possibile, o soltanto agevolato la esecuzione del reato preveduto dal primo comma dell'articolo precedente (...) se dal fatto può derivare danno alla situazione politica o militare dello Stato italiano" e il primo comma dell'art. 54 c.p. mil. di guerra prevede che "è punito il militare che, per favorire il nemico, tiene con esso intelligenze o corrispondenza".

⁷⁴ Come sottolinea SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 224, che rinvia a M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 34, l'art. 112 ult. co. c.p. "ammette la configurabilità del concorso anche con riferimento ad un soggetto non punibile e, nella non limitata estensione dell'espressione, consente di includere anche la non punibilità per carenza dell'elemento soggettivo". Nello stesso senso, ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo*, cit., 98.

⁷⁵ L'art. 48 c.p., richiamando la disciplina dell'art. 47 c.p., è idoneo a ricomprendere l'ipotesi in cui, con la colpa dell'ingannato, concorre l'attività dell'ingannatore. Secondo ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 199 s., "si viene a configurare, in quest'ultimo caso, un concorso criminoso in cui, del reato commesso in conseguenza dell'errore rispondono, a titolo di dolo, il soggetto ingannante e, a titolo di colpa, la vittima dell'inganno". Nello stesso senso ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo*, cit., 97 s.; PADOVANI, *Le ipotesi speciali*, cit., 102 ss.; SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 227 s.

⁷⁶ Parte della dottrina (ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 200; SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 229; FIORE-FIORE, *Diritto penale*, cit., 519; GRASSO, *Commento all'art. 113*, cit., 247; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 533) osserva che, sotto un profilo di equità sostanziale e coerenza sistematica, sarebbe ingiusto e assurdo punire *ex art. 111 c.p.* l'istigazione dolosa ad un fatto commesso incolpevolmente e considerare penalmente irrilevante la più grave ipotesi in cui il fatto dell'istigato sia stato realizzato con colpa. Con riferimento alla configurabilità del concorso doloso nel reato colposo, SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 230 ss. afferma che, per quanto

4.2.2. Il tenore letterale dell'art. 113 c.p.

Superato l'ostacolo del dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità dei concorrenti, dobbiamo ora fare i conti con altri possibili ostacoli all'ammissibilità di un concorso colposo in reato doloso, tra i quali un ruolo decisivo sembra assumere il tenore letterale dell'art. 113 c.p.: la norma fa esplicito riferimento, infatti, alla sola "cooperazione nel delitto colposo" e non alla "cooperazione colposa nel delitto" in genere (e quindi anche nel delitto doloso)⁷⁷. Gli oppositori alla configurabilità di un concorso colposo in reato doloso sottolineano, pertanto, che per una siffatta ipotesi sarebbe stata indispensabile una previsione espressa di legge ai sensi dell'art. 42 co. 2 c.p.⁷⁸. Ne conseguirebbe che il fatto colposo che accede al fatto principale doloso potrebbe essere punibile solo in via autonoma, a condizione che integri una fattispecie colposa espressamente prevista nella Parte Speciale.

L'argomento non è decisivo: come parte della dottrina ha posto in luce, in primo luogo, dalla lettura del testo della disposizione normativa "si desume che il punto di incidenza del dettato legislativo è un *evento cagionato dalla cooperazione di più persone*, ed il referente soggettivo per l'applicazione della pena è quello tipico del delitto colposo, per colui che abbia agito nell'ambito di tale elemento psicologico"⁷⁹. Dunque, "l'espressione «cooperazione di più persone» alla causazione dell'evento (...) è idonea ad esprimere tanto una ipotesi di partecipazione dolosa, quanto un'ipotesi di partecipazione colposa"⁸⁰, come si evince anche dall'art. 112 n. 2 c.p.

riguarda i reati a forma libera previsti dal codice tanto nella configurazione dolosa quanto nella configurazione colposa, il ricorso alla disciplina concorsuale appare conforme ad esigenze di equità sostanziale e giustificato, sul piano oggettivo, dalla pluralità di soggetti e dal concorrere della loro condotta al verificarsi dell'offesa, e, sul piano soggettivo, dalla rappresentazione dell'altrui comportamento concorrente con il proprio. Quanto ai reati a forma vincolata, l'Autrice evidenzia che solo attraverso il riconoscimento della partecipazione dolosa al delitto colposo possono essere colpite da sanzione penale condotte atipiche di partecipazione dolosa all'altrui fatto colposo, che rimarrebbero altrimenti ingiustificatamente impunte. Sul punto, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 533, GIUNTA, *Illiceità*, cit., 455 e M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 80, affermano che la inammissibilità di una figura di partecipazione dolosa a delitto colposo può ritenersi dimostrata solo a patto di porre in luce l'inutilità, in quanto sotto la sua previsione ricadrebbero condotte ciascuna delle quali sarebbe oggetto di una autonoma incriminazione ai sensi delle disposizioni di Parte Speciale.

⁷⁷ M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 112; ANGIONI, *Il concorso colposo*, cit., 72; ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 208. In giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 11 ottobre 1996, 7 novembre 1996, n. 9542, De Santis, in *De Jure e Trib. Avellino*, Ufficio G.i.p., 23 maggio 2011, n. 31, in *Riv. Pen.* 2/2012, 221.

⁷⁸ M. GALLO, *Lineamenti*, cit., 112; ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 207 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 539; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 301; RISICATO, *Il concorso colposo*, cit., 153 e 154, nt. 78, dove l'Autrice afferma che la generalizzata configurazione di ipotesi di partecipazione colposa all'altrui fatto doloso sarebbe frutto di un'interpretazione analogica *in malam partem*; in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 11 ottobre 1996, 7 novembre 1996, n. 9542, De Santis, cit.

⁷⁹ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 237.

⁸⁰ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 237.

Quanto alla disciplina dettata dall'art. 42, co. 2 c.p., si osserva che l'art. 113 c.p. costituisce una "norma meramente chiarificatrice del titolo di responsabilità in ipotesi di cooperazione colposa omogenea" e una "norma di copertura del titolo di responsabilità colposa in ipotesi di cooperazione nelle quali convergano anche contributi dolosi"⁸¹.

In secondo luogo, correttamente Albeggiani rileva che "il requisito della espressa previsione del «titolo» di responsabilità colposa può dedursi anche dalla singola norma incriminatrice, senza bisogno che, a questo scopo, venga formulata un'apposita disposizione nell'ambito del concorso"⁸².

In modo simile, la giurisprudenza di legittimità, in particolare Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2002, imp. Capecchi, ha affermato che l'art. 42 co. 2 c.p. concerne la Parte Speciale del codice penale⁸³. Si noti, d'altra parte, che l'argomento esposto non varrebbe per contrastare la *configurabilità del concorso colposo in contravvenzione dolosa*, in quanto, ai sensi dell'art. 42 co. 4 c.p. per la punibilità delle contravvenzioni colpose non è necessaria un'espressa previsione in tal senso e l'art. 110 c.p. parla genericamente di "reato", includendo pertanto anche le contravvenzioni⁸⁴.

In terzo luogo, e più in generale, sembra condivisibile l'affermazione secondo cui "la mancanza di una espressa regola generale non può interpretarsi come rifiuto ad ammettere, nel concorso di persone, la differenziazione del titolo soggettivo di responsabilità", dovendo questo essere piuttosto oggetto di dimostrazione⁸⁵.

4.2.3. Le fattispecie di agevolazione colposa di un altrui fatto doloso.

Per alcuni Autori "le ipotesi di agevolazione colposa a delitto doloso previste nel codice vigente (artt. 254, 259, 326 cpv., 335, 350, 387, 391 cpv. c.p.) rappresentano una riprova della necessità che per la punibilità degli atti atipici di partecipazione colposa a delitto doloso sussista una espressa previsione normativa"⁸⁶: il legislatore avrebbe cioè individuato "in *numerus clausus* delle ipotesi eccezionali di partecipazione colposa all'altrui fatto doloso"⁸⁷.

⁸¹ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 237 s.

⁸² ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 209, nt. 62, replica giudicata "più plausibile" da SERRAINO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2005, 466.

⁸³ Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2002, 22 novembre 2002, n. 39680, Rv. 223214, Capecchi, in *De Jure*. Critica nei confronti di tale pronuncia SERRAINO, *Il problema della configurabilità*, cit., 470, che evidenzia che l'interpretazione prospettata dalla IV Sezione appare "arbitraria" in quanto, sul piano normativo, nulla autorizza "una restrizione del campo applicativo dell'art. 42 co. 2 c.p. alle sole norme di parte speciale, tanto più che esso è stato collocato nella disciplina della parte generale del codice".

⁸⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 539 e PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 302. Mantovani aggiunge però che deve essere fatta salva "la conciliabilità col principio di eguaglianza di tale discriminazione" (riferendosi alla non configurabilità della cooperazione colposa rispetto al delitto doloso).

⁸⁵ ARDIZZONE, *In tema*, cit., 70; FROSALI, *L'elemento soggettivo*, cit., 11.

⁸⁶ COGNETTA, *La cooperazione*, cit., nt. 56, 83 s.; similmente, v. ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 209.

⁸⁷ GIUNTA, *Illiceità*, cit., 456.

Senonché, si è obiettato correttamente che “le ragioni di un’apposita previsione di tali fattispecie possono discendere anche da motivi diversi da quello dell’inammissibilità, in via generale, di un concorso colposo a fatto doloso (perché, per esempio, il fatto agevolato non è previsto nella forma colposa o per stabilire una pena di misura autonoma rispetto a quella prevista per l’ipotesi di realizzazione colposa del fatto agevolato)”⁸⁸.

Inoltre, il riferimento alla specialità delle norme di agevolazione “è fondato su una interpretazione basata su un mero canone letterale (*ubi lex voluit*), tralasciando una più ampia lettura sistematica con le altre norme, da cui fare emergere la volontà del legislatore”⁸⁹.

4.2.4. L’elemento della “consapevolezza della cooperazione”.

Secondo parte della dottrina la configurabilità di un concorso di persone a titoli soggettivi eterogenei – e, quindi, in particolare, la configurabilità di un concorso colposo in reato doloso – “presuppone la conciliazione di due dati difficilmente compatibili: da un lato, la violazione di una regola cautelare costruita sulla prevedibilità di un fatto doloso del terzo; dall’altro, la effettiva rappresentazione del comportamento del terzo, che però dovrebbe apparire all’agente mediato come una condotta colposa (e non – come invece è nella realtà – un comportamento doloso). Ciò appare problematico, soprattutto in considerazione della circostanza che il tipo di regola cautelare violata dovrebbe giustificare proprio l’attesa di un comportamento doloso del terzo ed è, quindi, improbabile, ove tale comportamento venga effettivamente a realizzarsi, che l’agente mediato non sia consapevole della natura dolosa del fatto altrui”⁹⁰.

A questo proposito occorre però rimarcare che l’elemento soggettivo della “consapevolezza”, che contraddistingue il concorso di persone nel reato colposo, come abbiamo visto, ha ad oggetto non le caratteristiche psicologiche dell’altrui comportamento, concorrente con il proprio, ma il fatto di accedere con la propria condotta ad una condotta altrui.

4.2.5. Il principio di affidamento.

Come ben ha posto in rilievo la dottrina, il principio di affidamento opera anche rispetto ai reati dolosi commessi da altri: “non solo possiamo confidare che gli altri consociati non agiranno colposamente, ma siamo anche autorizzati a confidare che non agiranno dolosamente”⁹¹.

⁸⁸ Lo stesso ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 209, nt. 62.

⁸⁹ PIGHI, *La Cassazione e l’incerta autonomia della cooperazione colposa*, in *Cass. Pen.* 2005, 828.

⁹⁰ ALBEGGIANI, *I reati*, cit., 213 s.

⁹¹ MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, 352.

Proprio nel principio di affidamento (o, secondo altra parte della dottrina, nel principio di autoreponsabilità, il quale, tuttavia, non sembra avere una reale autonomia rispetto al principio di affidamento⁹²) viene ravvisato uno dei principali ostacoli alla configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso: “non possono essere definite colpose, in base alla mera prevedibilità dell’evento, quelle azioni le quali sono pericolose non in sé stesse, ma semplicemente perché forniscono ad altri l’occasione per delinquere”⁹³.

Una simile opinione non pare, tuttavia, condivisibile, tanto più che è pacifico il fatto che il principio di affidamento possa subire talune eccezioni.

In particolare, per quanto riguarda le ipotesi in cui la regola cautelare abbia ad oggetto l’impedimento di un comportamento doloso di un terzo, Fiandaca-Musco individuano come eccezioni al principio di autoreponsabilità, in primo luogo, i casi nei quali un soggetto rivesta una posizione di garanzia avente a contenuto la difesa di un bene rispetto anche alle aggressioni dolose di terzi che intendono minacciarlo. In secondo luogo, un limite può venire in questione in rapporto al controllo di fonti di pericolo (armi, veleni, esplosivi) di cui un terzo possa far uso al fine di commettere un illecito doloso, quando però particolari conoscenze dell’agente o le circostanze concrete siano tali da rendere particolarmente elevata la probabilità che il terzo stesso se ne approfitti⁹⁴. Si può dunque riconoscere che, quando ricorrono le situazioni descritte, è possibile che si configuri il concorso colposo nel reato doloso.

4.3. Gli argomenti a favore della configurabilità di un concorso colposo in reato doloso.

Dopo aver “superato” i vari ostacoli che una parte della dottrina frappone alla configurabilità di un concorso colposo in reato doloso, passiamo ora ad illustrare una serie di argomenti in forza dei quali tale forma di concorso sembra senz’altro ammissibile.

⁹² Il principio di autoreponsabilità è così riassunto da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 584: “Se si presuppone in ciascun individuo «normale» l’attitudine ad una «autodeterminazione» responsabile, ne consegue che ognuno deve evitare soltanto i pericoli derivanti dalla «propria condotta». Tale principio è definito da MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 63, “solo nominalmente diverso dal principio di affidamento”.

⁹³ FIANDACA, *Omicidio colposo per imprudenza professionale del giornalista? (A proposito di una «sconcertante» sentenza emessa in Spagna)*, in *Foro It.*, vol. IV, Parte III, 1982, 243. FIANDACA, *Omicidio colposo*, cit., 245, affronta il problema (con riferimento tuttavia all’invocabilità del principio di affidamento ai fini dell’individuazione della responsabilità a titolo di “autore”) in una nota alla sentenza del 17 novembre 1981 della *Audencia Nacional*, Sezione I, resa in Spagna nel processo n. 16/1980. Nel caso di specie era stata ritenuta sussistente la responsabilità, a titolo colposo, del giornalista Francisco Javier Vinader in ordine all’omicidio, da parte dell’organizzazione separatista basca ETA, di due individui implicati in azioni dirette contro tale organizzazione, e la cui attività era stata pubblicamente svelata dal giornalista medesimo in articoli apparsi su un settimanale. Fiandaca afferma che la condotta del giornalista “non può qualificarsi «imprudente» nel senso del diritto penale, in base alla semplice ragione che il giornalista non è tenuto a impedire che terzi soggetti «autoreponsabili» commettano, per libera scelta, un’azione omicida”.

⁹⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 586.

4.3.1. L'art. 116 c.p.

Un argomento a favore della configurabilità della figura in esame è fornito dall'art. 116 c.p., che disciplina la responsabilità del compartecipe per un reato diverso da quello voluto.

A proposito di tale norma, G.A. De Francesco afferma in modo condivisibile quanto segue: "ciò che nel codice veniva configurato come un problema di causalità – il che può spiegarsi, del resto, considerando la ben nota riluttanza dei compilatori a qualificare come colposi (o «contro» l'intenzione) fatti pur sempre collegati ad un'originaria *voluntas illicita* (...) – è destinato ad apparire oggi come un problema di responsabilità colposa (e sia pur trattata come dolosa, per il medesimo motivo della sussistenza, ancora una volta, di una precedente finalità illecita) o, più esattamente, di cooperazione colposa ad un fatto altrui commesso con dolo"⁹⁵.

Nello stesso senso, sia pur in prospettiva *de iure condendo*, si esprime anche Pagliaro, con riguardo all'art. 29 del Progetto di riforma che porta il suo nome (25 ottobre 1991), che disciplina la responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello da lui voluto: si tratterebbe di una forma di concorso colposo (in particolare, verrebbe in rilievo la colpa da rischio totalmente illecito) in fatto doloso⁹⁶.

Tale orientamento è corretto in quanto, riconosciuto il rilievo costituzionale del principio di colpevolezza a partire dalle storiche pronunce della Corte Costituzionale n. 364 e 1085 del 1988, "ex art. 116 c.p. il reato doloso «diverso» sarà addebitabile a chi non lo ha voluto solo se costui era in colpa, e cioè solo se una persona ragionevole, sulla base delle circostanze concrete conosciute o conoscibili, poteva prevedere che sarebbe stato commesso quel reato diverso"⁹⁷. Configurando infatti l'art. 116 c.p. un'ipotesi di concorso di persone⁹⁸, si può affermare che ricorrono nel caso in esame tutti gli elementi del concorso colposo nel reato doloso (pluralità di persone,

⁹⁵ G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 353.

⁹⁶ PAGLIARO, *Diversi titoli di responsabilità*, cit., 19.

⁹⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, 368.

⁹⁸ Si veda sul punto PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe*, cit., 2 ss., il quale, dopo aver messo in rilievo alcuni dati testuali (l'art. 116 c.p. è contenuto nel libro I, titolo IV, capo III del c.p. che, come indica l'epigrafe, tratta "del concorso di persone nel reato"; l'intitolato dell'articolo medesimo fa riferimento al "reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti"; non sussistono altri argomenti testuali che possano dimostrare una diversa volontà legislativa; nel testo dell'articolo, il soggetto cui è attribuito il reato diverso da quello voluto è indicato come "taluno dei concorrenti") osserva che "il concetto di concorso capace di ricomprendere anche la situazione prevista nell'articolo 116 è lo stesso concetto di concorso che abbraccia tutte e soltanto le ipotesi in cui un soggetto realizza il proprio volere doloso o colposo avvalendosi anche della condotta materiale di altri soggetti". L'art. 116 c.p. richiede infatti che "l'evento sia conseguenza dell'azione od omissione del partecipe che non ha voluto il reato effettivamente commesso" e che sussista "la consapevolezza di collaborare con altri alla realizzazione di un fatto che, secondo la legge penale, costituisce reato, senza che occorra una effettiva coincidenza tra il fatto voluto e il fatto realizzato".

realizzazione di un fatto di reato, contributo causale ed elemento soggettivo, costituito dalla violazione di una regola cautelare diretta a prevenire il fatto altrui doloso, l'assenza di dolo e la consapevolezza di cooperare con altri). L'art. 116 c.p. offre quindi un argomento a favore della configurabilità del concorso colposo nel reato doloso.

4.3.2. L'argomento sistematico offerto dal D. Lgs. 231/2001.

Un argomento a favore della configurabilità del c.d. concorso colposo nel reato doloso può basarsi su una particolare interpretazione del D. Lgs. 231/2001: secondo autorevole dottrina, confermata da una parte della giurisprudenza⁹⁹, lo schema di responsabilità adottato dal legislatore del 2001 è assimilabile all'istituto del concorso di persone¹⁰⁰.

Se ciò fosse vero, si potrebbe sostenere che il legislatore con il D. Lgs. 231/2001 ha previsto un'ipotesi di concorso colposo nel reato doloso, nel caso in cui all'ente sia rimproverabile la c.d. colpa di organizzazione e la persona fisica abbia commesso un reato doloso.

⁹⁹ Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, 2 luglio 2008, n. 26654, in *De Jure*: nell'ipotesi di responsabilità della persona giuridica v'è "una convergenza di responsabilità, nel senso che il fatto della persona fisica, cui è riconnessa la responsabilità anche della persona giuridica, deve essere considerato "fatto" di entrambe, per entrambe antiggiuridico e colpevole, con l'effetto che l'assoggettamento a sanzione sia della persona fisica che di quella giuridica s'inquadra nel paradigma penalistico della responsabilità concorsuale. Pur se la responsabilità dell'ente ha una sua autonomia".

¹⁰⁰ ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. Soc.*, 2002, 410: si tratterebbe di "una forma inedita di partecipazione dell'ente nel reato altrui", di un "concorso anomalo di un garante «collettivo» (=di un garante non persona fisica) nel reato commesso da altri". Si veda, sebbene l'Autore si riferisca al concorso necessario e non al concorso eventuale nel reato, anche PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Soc.* 2011, suppl. 12, 14 s. e ID., *La società punita: del "come", del "perché" e del "per cosa"*, in *Riv. It Dir. Proc. Pen.*, 2008, 1535 ss., secondo cui la responsabilità della persona giuridica può essere letta come una "fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso (necessario) di persone fisiche e giuridiche nello stesso reato" (in tal senso v. già PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 24 ss.). Anche VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in VINCIGUERRA, CERESA GASTALDO, ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse*, Padova, 2004, 27 parla di "fattispecie a concorso necessario". Contra l'inquadramento della responsabilità degli enti nel modello del concorso di persone, ad esempio, PAGLIARO, Premessa a "La situazione europea: indirizzi comunitari e scelte legislative nazionali", in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 72; MELCHIONDA, *Brevi appunti sul fondamento «dogmatico» della nuova disciplina sulla responsabilità degli enti collettivi*, in PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 227 ss. Secondo GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. Trim. Dir. Pen.* 2004, 5 s. si tratterebbe di "una responsabilità da posizione, anziché di compartecipazione".

4.3.3. Ulteriori argomenti a favore individuati dalla giurisprudenza più recente.

La giurisprudenza di merito e la Corte di Cassazione, dopo alcuni iniziali tentennamenti, a partire dalla sentenza Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2002, imp. Capecchi, si sono espresse in modo pressoché unanime a favore della configurabilità del concorso colposo nel reato doloso¹⁰¹. La Corte Costituzionale, nella pronuncia 58/2012¹⁰², ha invece affermato che è configurabile il concorso colposo nell'illecito amministrativo doloso, mentre ha solo accennato che per l'ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso suole desumersi un impedimento legislativo nell'art. 113 c.p.

Prima di analizzare gli argomenti addotti a sostegno della configurabilità, che si aggiungono rispetto a quelli già formulati dalla dottrina, si deve evidenziare, tuttavia, che nella prassi non è emerso l'effetto estensivo dell'incriminazione proprio delle norme sul concorso di persone nel reato, dal momento che, nei casi presi in esame dai giudici, rilevavano esclusivamente reati d'evento a forma libera. Infatti, le pronunce in cui i giudici sono giunti a condannare gli imputati per concorso colposo nel reato doloso riguardano i reati di omicidio e di lesioni personali.

In particolare, con la sentenza del 14 novembre 2007, la IV Sezione della Corte di Cassazione¹⁰³ ha confermato la sentenza di condanna di un medico psichiatra che lavorava presso una comunità terapeutica per concorso colposo¹⁰⁴ in omicidio doloso commesso da un paziente psicotico, il quale aveva aggredito con un coltello un educatore che prestava ivi servizio.

¹⁰¹ Trib. Trieste, 13 aprile 1989, 16 marzo 1989, n. 152, in *Corr. Trib.* 28/1989, 1917; Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2002, 22 novembre 2002, n. 39680, Rv. 223214, Capecchi, cit.; Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007, 11 marzo 2008, n. 10795, Rv. 238957, Pozzi, cit.; Cass., Sez. IV, 12 novembre 2008, 28 gennaio 2009, n. 4107, Calabrò, cit.; Trib. Milano, Sez. V, 9 dicembre 2008, 26 febbraio 2009, in *Foro Ambros.* 2008, 396 ss.; [Cass., Sez. IV, 4 maggio 2010, 27 settembre 2010, n. 34748, in questa Rivista, 22 dicembre 2010, con nota di COLELLA](#); Cass., Sez. IV, 14 luglio 2011, 20 settembre 2011, n. 34385, in *De Jure*; Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 16 maggio 2011, in *De Jure* e in *Foro Ambros.* (II) 2011, 2, 133; [C. Ass. Milano, 9 aprile 2014, 2 luglio 2014, in questa Rivista, 15 dicembre 2014, con breve scheda di presentazione di MONTANARI](#); Cass., Sez. IV, 27 gennaio 2015, 6 marzo 2015, n. 9855, in *Leggi d'Italia*; Cass., Sez. IV, 27 aprile 2015, 26 maggio 2015, n. 22042, Rv. 263499. In senso negativo, invece, Trib. Avellino, Ufficio G.i.p., 23 maggio 2011, n. 31, in *Riv. Pen.* 2/2012, 216, su cui v. *infra* nt. 115.

¹⁰² Corte Cost., 7 marzo 2012, 19 marzo 2012, n. 58. In tale pronuncia, la Corte rigetta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 335 c.p. ex art. 3 Cost., in quanto il giudice rimettente aveva omesso di verificare se l'imputato potesse rispondere, ai sensi degli artt. 5, Legge 689/1981 e 213, co. 4, D. Lgs. 285/1992, di concorso colposo nell'altrui illecito amministrativo doloso.

¹⁰³ Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007, 11 marzo 2008, n. 10795, Rv. 238957, Pozzi, cit.

¹⁰⁴ Nel caso di specie, il medico è rimproverabile a titolo di colpa per avere omesso di valutare adeguatamente i sintomi di aggressività manifestati dal paziente, per aver ridotto e poi sospeso la somministrazione di una terapia farmacologica di tipo neurolettico, per non avere commisurato la quantità e qualità delle visite alla situazione e non avere accompagnato la riduzione della terapia con misure di supporto, e per avere omesso di richiedere il trattamento sanitario obbligatorio in presenza di sintomi che rendevano necessaria tale iniziativa. Inoltre qualora, a scompenso conclamato, il dottore avesse adottato adeguate misure terapeutiche di pronta efficacia, non vi sarebbe stata l'aggressione nei confronti della persona offesa.

I giudici di legittimità, nella pronuncia del 12 novembre 2008¹⁰⁵, hanno condannato invece uno psichiatra e un medico militare per concorso colposo nei delitti dolosi di omicidio e lesioni personali commessi da un soggetto con l'utilizzo di un fucile, da lui ottenuto grazie alla licenza per il porto d'armi, colposamente¹⁰⁶ rilasciata dai suddetti medici. Il destinatario della licenza, dopo aver conseguito il porto d'armi, uccideva la convivente, una occupante di un appartamento al primo piano dell'immobile in cui abitava, e sparava su alcuni passanti dal proprio appartamento al terzo piano, tre dei quali riportavano all'esito del fatto lesioni gravissime con perdita o indebolimento di un organo; infine si suicidava.

La V Sezione del Tribunale Milano, nella sentenza del 9 dicembre 2008¹⁰⁷, ha poi affermato la responsabilità di alcuni infermieri e del primario di un reparto psichiatrico ospedaliero per concorso colposo nell'omicidio doloso commesso da un paziente che uccideva un altro paziente, ricoverato nella medesima stanza, con un coltello. Egli riusciva a portare con sé tale oggetto al momento dell'ingresso in reparto, da una parte, grazie ai controlli effettuati dagli infermieri in modo non conforme alle linee guida redatte per l'ingresso di un paziente in reparto per la sua degenza, dall'altra, grazie ad una negligenza del primario responsabile del reparto di psichiatria, il quale, "dopo avere acquisito le informazioni che ne avrebbero dovuto diversamente orientare la condotta, ha omesso anche di prendere qualsivoglia informazione circa le modalità con cui era stato effettuato lo spoglio, e di disporre un'integrazione di quell'attività".

In seguito, con la pronuncia del 14 luglio 2011, la IV Sezione della Corte di Cassazione¹⁰⁸ ha condannato per concorso colposo in due omicidi dolosi, commessi da un Ispettore Capo della Polizia di Stato, un dirigente di un ufficio di Pronto Intervento della Questura. Quest'ultimo aveva autorizzato la restituzione dell'arma di ordinanza al sottoposto, il quale in passato aveva mostrato segni di violenza e instabilità psicologica; in particolare, aveva usato violenza nei confronti della moglie. Con l'arma restituitagli l'Ispettore Capo uccideva quindi la moglie ed il cognato.

Infine, la Corte d'Assise di Milano, con la sentenza del 9 aprile 2014¹⁰⁹, in cui si riconosce, tra l'altro, la responsabilità di un dirigente medico responsabile dell'unità Operativa di Chirurgia Toracica della casa di cura Santa Rita di Milano e di due

¹⁰⁵ Cass., Sez. IV, 12 novembre 2008, 28 gennaio 2009, n. 4107, Calabrò, cit.

¹⁰⁶ Il primo medico, rilasciava un certificato di sana e robusta costituzione fisica (nel quale dava atto dell'assenza di malattie incidenti sulla capacità di intendere e di volere) e un certificato anamnestico, mentre il secondo medico, all'esito della visita e in base alla documentazione prodotta, sottoscriveva il certificato di idoneità per il rilascio o il rinnovo della licenza che veniva successivamente rilasciata dalla Questura di Milano. Si noti che, per la medesima vicenda, all'esito di un processo separato, con la pronuncia del 4 maggio 2010, 27 settembre 2010, n. 34748, cit., la IV Sezione della Corte di Cassazione ha affermato la responsabilità anche del funzionario di Polizia *ex artt.* 40 co. 2, 41 e 589 co. 1 e 3 (oggi 4) c.p., il quale aveva provveduto al rilascio del porto d'armi nonostante esistessero presso il commissariato numerosi atti rilevanti ai fini di una valutazione negativa del richiedente sia in ordine alla sua buona condotta, sia in ordine all'affidamento che egli non avrebbe abusato delle armi.

¹⁰⁷ Trib. Milano, Sez. V, 9 dicembre 2008, 26 febbraio 2009, cit.

¹⁰⁸ Cass., Sez. IV, 14 luglio 2011, 20 settembre 2011, n. 34385, cit.

¹⁰⁹ C. Ass. Milano, 9 aprile 2014, 2 luglio 2014, cit.

membri della relativa équipe medica per i reati dolosi di lesioni personali e omicidio nei confronti di diversi pazienti, ha condannato due anestesisti per avere colposamente¹¹⁰ concorso ad uno dei predetti omicidi dolosi.

Invero, trattandosi in tutte queste pronunce di reati d'evento a forma libera, in base alle considerazioni sopra esposte (v. *supra* § 3.1.), la condanna a titolo di concorso colposo nel reato doloso non ha comportato l'ampliamento dell'area della punibilità delle relative fattispecie di Parte Speciale.

4.3.3.1. L'argomento desunto dalla configurabilità del concorso doloso nel reato colposo.

Nella sentenza del 2002 sopra ricordata¹¹¹, che segna il cambio di rotta della nostra giurisprudenza, la Corte di Cassazione correttamente ha messo in luce che è contraddittorio ritenere configurabile il concorso doloso nel delitto colposo (su cui v. anche *supra* nt. 76) ed escludere la corrispondente possibilità del concorso colposo nel delitto doloso.

4.3.3.2. L'argomento desunto dal canone: "non c'è dolo senza colpa".

In una pronuncia del 2007¹¹² la Corte di Cassazione ha opportunamente sottolineato la rilevanza in questo contesto del principio "non c'è dolo senza colpa", coniato da Marinucci¹¹³. Secondo la Corte, proprio l'esame congiunto delle norme di cui agli artt. 42 co. 2 c.p. e 113 c.p. consente di ritenere ammissibile il c.d. concorso colposo nel delitto doloso: "la compartecipazione è stata espressamente prevista nel solo caso del delitto colposo perché, nel caso di reato doloso, non ci si trova in presenza di un atteggiamento soggettivo strutturalmente diverso ma di una costruzione che comprende un elemento ulteriore – potrebbe dirsi «in aggiunta» – rispetto a quelli previsti per il fatto colposo, cioè l'aver previsto e voluto l'evento (sia pure con la sola accettazione del suo verificarsi, nel caso di dolo eventuale). Insomma il dolo è qualche

¹¹⁰ Il primo anestesista, che aveva effettuato la visita pre-operatoria del paziente, e il secondo, che era presente in sala operatoria, agevolavano la condotta dolosa dei chirurghi, non valutando adeguatamente, ciascuno nel rispettivo ambito di competenza ed avuto riguardo alle condizioni della paziente, il gravissimo rischio anestesilogico in rapporto all'intervento proposto ed eseguito in assenza di utilità.

¹¹¹ Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2002, 22 novembre 2002, n. 39680, Rv. 223214, Capecchi, cit.

¹¹² Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007, 11 marzo 2008, n. 10795, Rv. 238957, Pozzi, cit.; motivazione richiamata da Cass., Sez. IV, 12 novembre 2008, 28 gennaio 2009, n. 4107, Calabrò, cit.; Cass., Sez. IV, 4 maggio 2010, 27 settembre 2010, n. 34748, cit.; Trib. Milano, Ufficio G.i.p., 16 maggio 2011, cit.; Cass., Sez. IV, 14 luglio 2011, 20 settembre 2011, n. 34385, cit.

¹¹³ MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1991, 3 ss. Secondo l'Autore, "si configura la realizzazione dolosa di un fatto, sempreché – in assenza di dolo – siano presenti, rispetto allo stesso fatto, gli estremi della colpa". Si rinvia a tale testo per i riferimenti alla dottrina tedesca che ha riconosciuto tale principio.

cosa di più, non di diverso, rispetto alla colpa e questa concezione è stata riassunta nella formula espressa da un illustre studioso della colpa che l'ha così sintetizzata: «*non c'è dolo senza colpa*». “Se questa ricostruzione è plausibile la conseguenza è che non fosse necessario prevedere espressamente l'applicabilità del concorso colposo nel delitto doloso perché se è prevista la compartecipazione nell'ipotesi più restrittiva non può essere esclusa nell'ipotesi più ampia che la prima ricomprende e non è caratterizzata da elementi tipici incompatibili”.

Si potrebbe dire, dunque, che per la Corte “non c'è concorso doloso senza concorso colposo”. Vale a dire, il secondo è presupposto necessario e minimo perché sia configurabile il primo, “dolo e colpa si trovano in un rapporto scalare”. Come Marinucci ha evidenziato, “in un diritto penale della protezione dei beni giuridici, nel quale dolo e colpa (insieme ad altri criteri) assolvono alla funzione di graduare il rimprovero personale per la commissione di un fatto antigiuridico, non potrà essere mosso il rimprovero più grave: quello per dolo, se rispetto allo stesso fatto non si potrà muovere il rimprovero meno grave: quello per colpa – non vi potrà essere colpevolezza dolosa senza colpevolezza colposa”¹¹⁴. Ciò certamente non implica, come ha sottolineato l'Ufficio G.i.p. del Tribunale di Avellino nella pronuncia del 23 maggio 2011 n. 31¹¹⁵, che sussista un'identità “strutturale” tra dolo e colpa, i quali sono “l'uno rispetto all'altra, un *aliud*”¹¹⁶.

4.3.3.3. L'argomento tratto dal riconoscimento della partecipazione colposa indipendente al reato doloso.

Nella sentenza del 2007 appena citata, la Corte di Cassazione afferma giustamente anche che, “se per il riconoscimento della partecipazione colposa indipendente al reato doloso non esistono ostacoli insuperabili”, essendo irrilevante che uno dei contributi causali sia di natura colposa o dolosa, stante la previsione dell'art. 41 co. 3 c.p., “è agevole concludere che sarebbe irragionevole, nel caso di cooperazione, escludere la partecipazione colposa al delitto doloso solo perché l'agente è consapevole dell'altrui condotta dolosa. Il dippiù costituito da questa consapevolezza

¹¹⁴ MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 34. Ugualmente, FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 383 ss., il quale afferma che “mentre nei delitti colposi (...) il ruolo del dovere di diligenza emerge palesemente come espressione di quella riconoscibilità del pericolo su cui si basa il rimprovero all'agente, in quelli dolosi il parametro della riconoscibilità risulta in qualche modo superato e «mascherato» dall'effettivo coefficiente psicologico ravvisabile in capo all'agente”.

¹¹⁵ Trib. Avellino, Ufficio G.i.p., 23 maggio 2011, n. 31, in *Riv. pen.* 2/2012, 216 ss. In tale pronuncia veniva contestato all'imputato il reato di omicidio colposo della moglie, la quale si suicidava con l'arma da fuoco legittimamente detenuta dal marito. Il giudice rileva che nel caso in esame non è presente una forma (colposa) di compartecipazione, innanzitutto per l'assenza di un legame psicologico tra la condotta colposa dell'imputato e il fatto doloso della moglie; inoltre, manca “un fatto-reato rispetto al quale la condotta asseritamente colposa possa essere ritenuta accessoria, nella declinazione propria delle regole del concorso di persone”, atteso che il suicidio, nell'ordinamento penale “è atto lecito (o comunque tollerato)”.

¹¹⁶ MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 33.

aggrava infatti, e non attenua, il disvalore sociale della condotta: quale spiegazione razionale potrebbe trovare una soluzione affermativa sulla compartecipazione al reato doloso quando manca la consapevolezza di questa condotta e non quando questa consapevolezza esista?”

4.4. Osservazioni conclusive sul concorso colposo in reato doloso.

Alla luce di quanto si è detto, possiamo concludere che nel nostro ordinamento non sussistono ostacoli insuperabili alla configurabilità del concorso colposo in reato doloso. Tuttavia, come emerge dalle poche pronunce in cui i giudici sulla base di tale istituto hanno condannato gli imputati, la risposta al quesito circa l'ammissibilità di tale forma di concorso nel reato non ha finora consentito di punire condotte che non sarebbero già state punibili ai sensi dell'art. 41 c.p. Dunque, finora non si è verificata la seconda serie di conseguenze pratiche sopra evidenziate.