

Il concorso di persone con coefficiente psicologico omogeneo e eterogeneo. Una questione ancora controversa.

di **Alessandro Continiello**

Sommario. 1. Concorso di persone nel reato. Lineamenti generali. 2. Concorso doloso nel delitto colposo. – 3. Concorso colposo nel delitto doloso. – 4. Cooperazione nel delitto colposo.

1. Concorso di persone nel reato. Lineamenti generali.

La questione che si andrà ad analizzare potrà apparire, a occhi inesperti, un'analisi squisitamente giuridica necessitante, come *extrema ratio*, di un'eventuale interpretazione ermeneutica. Contrariamente, la *vexata quaestio*, produce riverberi in campo processuale più comuni di quanto possa sembrare a chi è un profano di diritto penale. Le norme di riferimento, che fungeranno da viatico in tale analisi, saranno gli articoli 41 e 42 del codice penale e 110, 113 c.p. Prima di addentrarsi nella disquisizione, è opportuno un prodromico richiamo, di carattere generale, sul concorso di persone nel reato, previsto dall'articolo 110 del nostro codice penale. L'istituto *de qua* disciplina l'ipotesi di più soggetti autori nel medesimo reato. La pluralità dei concorrenti costituisce, quindi, il (primo) requisito essenziale: occorre che il reato sia, di fatto, realizzato almeno da due persone, indipendentemente dalla circostanza che uno di essi non sia imputabile¹ o non punibile² (per effetto, in questo secondo caso, della presenza di una causa personale di esclusione della punibilità). Naturalmente si escludono, dal novero della suddetta ipotesi, i cosiddetti reati necessariamente plurisoggettivi o a concorso necessario (vedasi la rissa, art. 588 c.p. o la bigamia, art. 556 c.p.), per i quali deve concorrere necessariamente un'altra persona con quella la cui condotta è già richiesta dalla struttura della norma incriminatrice³. Per i più raffinati su quest'ultimo tema, si potrebbe ulteriormente compiere una sotto divisione tra reati plurisoggettivi in senso stretto (o propri), nei quali tutti i concorrenti sono assoggettati a pena; e reati plurisoggettivi in senso ampio (o impropri), ove una sola delle condotte descritte nella norma risulta espressamente punibile (es. rivelazione di segreti di ufficio, ex art. 326 c.p. che sancisce la sola punibilità del pubblico ufficiale che riveli la notizia

¹ Vedasi gli articoli 86, 88, 96-98 del codice penale e l'articolo 111 cod.pen.

² Vedasi l'articolo 111 cod. pen.

³ Per un approfondimento: Merenda, I., *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Dikegiuridica ed. 2016

segreta).⁴ La successiva - ed eventuale - realizzazione del reato formerà, poi, il secondo elemento costitutivo, perché si possa incorrere nella suddetta condotta. Tornando al primo requisito (*rectius*: forse al prerequisite) il nostro ordinamento – si anticipa - non ammette (o ha superato) la figura del cosiddetto 'autore mediato', ossia il soggetto che si avvale di un altro essere umano, non punibile o non imputabile per altra causa, per compiere un reato e che ne risponda come nell'esecuzione monosoggettiva. Per comprendere compiutamente cosa s'intenda per 'autore mediato', si deve far richiamo alla teoria dell'accessorietà o, meglio, all'intensità per così dire, di codesta teoria. Cita il manuale di diritto penale redatto dai Prof.ri Dolcini, Marinucci e Gatta che <<subordinando la rilevanza delle condotte atipiche alla presenza di un fatto tipico, il legislatore italiano ha dunque modellato il concorso di persone secondo l'idea dell'accessorietà, risalente in Italia a Francesco Carrara e dominante in molti orientamenti stranieri: il comportamento atipico rileva se e in quanto accede a un fatto principale tipico. Si pone il problema se, ai fini del concorso, sia sufficiente un fatto principale tipico (accessorietà minima), se oltre che tipico il fatto debba essere antiggiuridico (accessorietà limitata), se il fatto principale debba essere non solo tipico e antiggiuridico, ma anche colpevole (accessorietà estrema); o, addirittura, non solo tipico, antiggiuridico e colpevole ma anche punibile (iperaccessorietà). Il nostro ordinamento ritiene sufficiente che la condotta atipica acceda a un fatto tipico (a. minima): non sono, invece, condizioni per la configurabilità di un concorso di persone né l'antigiuridicità né la colpevolezza, né la punibilità del fatto commesso da altri>>.⁵ Il concetto di 'autore mediato' nasce nel sistema penale tedesco⁶ poiché tale ordinamento, ancorato alla teoria dell'accessorietà estrema, richiedeva una siffatta astrazione per giustificare la punibilità di comportamenti che, seppur ritenuti meritevoli di castigo, non sarebbero potuti esser sanzionati attraverso le norme di concorso di persone. È pacifico che ciascun concorrente debba cooperare casualmente al verificarsi dell'evento: il contributo potrà configurarsi, come si vedrà nel prosieguo, sia in senso materiale (fase preparativa o esecutiva: autore, coautore, partecipe) che morale (fase ideativa: determinatore, istigatore). In merito, invece, al secondo requisito (realizzazione del reato), non occorre che l'illecito sia

⁴ Cfr. Grispigni, F., *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, I, Milano, 1947, pag.229 ss.

⁵ Cfr. Marinucci, G.-Dolcini, E.-Gatta, G.L., *Manuale di Diritto Penale*, VIII ediz., Giuffrè 2018, pag.126

⁶ Inizialmente in Germania l'autore mediato era chi, meritevole di punizione, partecipasse all'atto di una persona che non poteva esser qualificata autore del delitto. Nel 1943 c'è stata una riforma che ha limitato il grado di accessorietà, ma non ha ciò coinciso con la fine della figura dell'autore mediato sulla scena giuridica/dottrinale tedesca.

consumato, ma la condotta deve essere quantomeno punibile a titolo di tentativo. Nel nostro ordinamento, infatti, non è perseguibile il semplice accordo o la semplice istigazione, quando ad essi non consegua la commissione di un reato, almeno sotto forma di delitto tentato: <<...Il fatto di reato descritto da una norma incriminatrice di parte speciale: prima che sia integrato il fatto, il comportamento atipico è penalmente rilevante. Questo requisito del concorso è imposto dall'art. 115 c.p., che sancisce la non punibilità dell'accordo per commettere un reato o dell'istigazione accolta a commettere un reato quando il delitto, oggetto dell'accordo o dell'istigazione, non è stato commesso. E, come si sa, un illecito può considerarsi commesso quando il fatto è stato realizzato sia nella forma consumata sia nella forma tentata: basta, quindi, che l'autore realizzi un delitto tentato perché possa profilarsi un concorso di persone (nel reato)...>>⁷ (alla luce del noto brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*, tramutatosi poi nel nostro principio di materialità). Successivi elementi costitutivi per il concorso di persone – oltre, come visto, alla pluralità e alla realizzazione anche solo in forma tentata – sono il contributo causale della condotta atipica e la consapevolezza e volontà di contribuire causalmente alla realizzazione del fatto. Per quanto concerne la natura del contributo arrecato alla commissione del reato, tradizionalmente si distingue tra concorso materiale e concorso morale o psicologico. In particolare, si verifica un concorso materiale quando il concorrente intervenga materialmente negli atti concreti di preparazione o di esecuzione del reato; configurandosi, al contrario, un concorso morale se il concorrente dà soltanto un impulso psicologico alla realizzazione del reato che materialmente venga poi commesso da altri. All'interno del concorso materiale, come anticipato, si distinguono le singole figure di autore, coautore e complice. L'autore è colui che pone in essere atti esecutivi di per sé corrispondenti ad una condotta tipica – quindi conforme alla fattispecie incriminatrice di parte speciale (si pensi a chi spari un colpo mortale contro taluno, realizzando così un evento/omicidio). Il coautore è chi, insieme con altri, esegue in tutto o in parte la stessa condotta tipica, come nel caso dei due assassini che sparino contemporaneamente contro la stessa vittima. Infine il complice – ausiliatore o partecipe –, è chi apporta un contributo che, di per sé, non realizza la fattispecie incriminatrice, bensì fornisca solamente un qualsiasi aiuto materiale nella preparazione o nell'esecuzione del reato: è il classico esempio del concorrente che si limiti a fare da “palo” durante l'esecuzione di una rapina. Tuttavia la differenza tra autore – o coautore – e complice – partecipe – viene ravvisata dalla dottrina anche attraverso la verifica della c.d. <signoria

⁷ Cfr. Marinucci, G.-Dolcini, E.-Gatta, G.L, op. cit., pag.126

sul fatto>.⁸ Conseguentemente, i summenzionati contributi, riceveranno una differente valutazione in sede d'irrogazione della pena, ai sensi dell'articolo 133 del codice penale. All'interno del concorso morale si distinguono, invece, le due figure del determinatore e dell'istigatore. Il determinatore è il compartecipe che fa sorgere in altri un proposito criminoso prima inesistente (ad es. il mandante); l'istigatore è colui che si limiti a rafforzare in altri un proposito criminoso già esistente. Tuttavia, anche il contributo psicologico, come quello materiale, per considerarsi rilevante deve aver effettivamente agevolato la commissione del reato dal punto di vista psichico. E precisamente, in conformità a un giudizio *ex post*, la condotta del concorrente morale deve aver esercitato un'effettiva influenza sulla psiche dell'esecutore materiale del reato.⁹ Anche in questo caso si dovrebbe compiere un'altra distinzione tra il concorso e la mera connivenza, quest'ultima penalmente non rilevante ai fini della responsabilità. Per 'connivenza', infatti, deve intendersi il comportamento di chi assiste alla perpetrazione di un reato ma senza intervenire, non essendo però gravato da alcun obbligo giuridico di farlo. Questo accade perché il sistema penale italiano è privo di una norma che preveda un obbligo incombente sui comuni cittadini di impedire il verificarsi di reati, seppur – non si dimentichi – può sussistere comunque una (singola) responsabilità per condotta omissiva propria o impropria (o un concorso mediante omissione: naturalmente l'omissione dev'essere condizione necessaria per la commissione del reato da parte dell'autore - una specie di connivenza/inerzia da parte di chi sappia che altri stia per commettere o stia commettendo un reato). Dunque non può configurare il concorso morale una condotta di mera connivenza o la semplice adesione psichica manifestata all'esecutore materiale del reato. La Cassazione, infatti, ha affermato che: <<Per aversi concorso di persone nel reato non basta la semplice adesione morale a un programma criminoso, poiché occorre comunque un apporto che produca un rafforzamento dell'attività criminosa dell'agente o di un aiuto all'attività di costui>>.¹⁰ L'ultimo requisito del concorso è la volontà di cooperare nel reato o la consapevolezza di contribuire causalmente alla realizzazione del fatto. In questo caso la responsabilità del partecipe/concorrente dipende, oltre che dall'aver apportato un contributo causale alla realizzazione del fatto da parte dell'autore, anche della presenza dell'elemento soggettivo del dolo. Sempre la Cassazione sancisce che: <<Ai fini del dolo nel concorso di persone nel

⁸ Cfr. Moccia, S., *Autoria mediata e apparati di poteri organizzati*, in Arch. Pen., 1984, pagg.388 ss.

⁹ Cfr. Fiandaca, G.-Musco, E., *Diritto penale Parte generale*, V ediz. 2007, pag. 502; Seminara, S., *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, pagg.1123 ss.

¹⁰ Cfr. Cass. Pen., sez. VI, 8 marzo 1989, n. 14368

reato, non è necessario un previo accordo, né è necessaria una consapevolezza reciproca dell'altrui attività: è sufficiente il dolo di partecipazione...>>.¹¹ Pertanto il concorso può indifferentemente manifestarsi come previo concerto, come intesa istantanea o come semplice adesione all'opera di un altro che rimanga ignaro: ciò che appare decisivo è l'unitarietà del fatto collettivo realizzato, che accade quando le condotte dei concorrenti risultino, con un giudizio di prognosi postuma, integrate in un unico obiettivo.

In questo caso trattasi di elemento soggettivo riconducibile – come detto - esclusivamente al dolo o, meglio, al concorso (doloso) di persone in un fatto previsto dalla legge come delitto doloso. Quest' osservazione vale anche nell'ipotesi di concorso di persone nel delitto tentato ove, facendo riferimento all'articolo 42 co.2 c.p., se ne ricava la suddetta regola: <<nella sfera del tentativo, in assenza di un'apposita previsione legislativa, nessuno spazio compete dunque alla responsabilità per colpa>>.

2. Concorso doloso nel delitto colposo.

Prima di analizzare il concorso colposo (di persone) nel delitto doloso e/versus la cooperazione colposa, si anticipa la possibilità, quantomeno astratta, di un'ipotesi di concorso doloso nel delitto colposo: <<In dottrina 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,¹² dovendosi più correttamente parlare di "concorso di persone con coefficiente soggettivo eterogeneo">>. La possibilità – ad avviso di chi scrive, ma non solo - avverrebbe quando un soggetto, assecondando e sostenendo l'altrui condotta (in questo caso colposa), si rappresenti e accetti il possibile verificarsi, come conseguenza di essa, dell'evento tipico del delitto: che, al contrario, non deve esser previsto dall'autore diretto della condotta colposa. Tale ipotesi ricorrerebbe, pertanto, nel caso in cui un soggetto strumentalizzi, con dolo, l'altrui condotta colposa: ad esempio, nel caso in cui un soggetto sostituisca (volontariamente) con il veleno una fiala che l'infermiera deve iniettare e, quest'ultima, trascurando colposamente, per negligenza o imperizia, di rilevarne la diversità della confezione, somministri la sostanza letale da cui derivi la morte del paziente. Risponderanno entrambi del delitto di omicidio con un differente elemento soggettivo, il primo per dolo e il secondo per colpa. L'autonomia della posizione di ciascun concorrente renderebbe, dunque, ammissibile il concorso doloso nel delitto colposo. Non

¹¹ Cfr. Cass. Pen., sez. II, 15 gennaio 2013, n. 25894

¹² In tal senso, Dell'Andro, R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè 1956, pag.109

sussisterebbero, infatti, preclusioni, né normative né di principio, alla riconducibilità dell'istituto del concorso doloso al delitto colposo secondo il combinato dell'articolo 110 c.p. e delle singole fattispecie di parte speciale, con riferimento alla condotta *contra legem* perpetrata dai concorrenti (salvo, in alcuni casi predefiniti, per impossibilità di elevare una contestazione se un delitto è necessariamente configurabile a titolo doloso e non colposo). L'autonomia della posizione di ciascun concorrente renderebbe, in via definitiva, ammissibile il concorso (doloso) di persone nel delitto colposo. Differente sarebbe se, il fatto concreto realizzato dall'autore, dovesse integrare una figura di reato diversa da quella che il partecipe voleva comunque contribuire a realizzare: trattandosi, in questa situazione, di un'ipotesi prevista dall'art. 116 del codice penale ("reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti"). In apparenza, a seguire la disciplina astratta del dolo, questi non dovrebbe rispondere del fatto (a titolo di dolo) ma, al contrario, gli verrà contestata la condotta come dolosa ("se l'evento è conseguenza della sua azione o omissione") per c.d. concorso anomalo. È opportuno ricordare, a tal proposito, la sentenza della Corte Costituzionale numero 42 del 1965. Si ravvisava, nella norma dell'art. 116 del codice penale, un'ipotesi di concorso a titolo di responsabilità oggettiva per mero rapporto di causalità materiale tra l'evento non voluto e l'azione o omissione dell'imputato e, tale responsabilità, sarebbe "ascritta per fatto non proprio": quindi, in contrasto con l'art. 27, primo comma, della Costituzione, cioè col principio della personalità della responsabilità penale. Secondo i giudici della Consulta <<ferma rimanendo la giurisprudenza di questa Corte secondo la quale la responsabilità oggettiva non è responsabilità per fatto altrui, è da ritenere che, con l'art. 116 del codice penale, non si versi nell'ipotesi della responsabilità oggettiva, in quanto, secondo l'interpretazione che negli ultimi anni, in numerose sentenze, ha dato la Corte di Cassazione, e che questa Corte ritiene di condividere, è necessaria, per questa particolare forma di responsabilità penale, la presenza anche di un elemento soggettivo>>. Le interpretazioni immediatamente successive all'entrata in vigore del codice furono strettamente influenzate dalla formulazione letterale della nuova disposizione e ne derivarono, per un certo tempo, affermazioni piuttosto decise del principio della responsabilità oggettiva, come fondamento della disposizione stessa. Tuttavia questa esegesi non mancò di suscitare, fin dal principio, vive obiezioni. Sebbene i suoi sostenitori abbiano sempre tentato di attenuarne in certa misura la portata, è innegabile che - cita la Consulta -, a voler assumere come fondamento della responsabilità ex art. 116 c.p. unicamente il rapporto di causalità materiale, non si potrebbe, a stretto rigore, stabilito un tale rapporto, sfuggire a talune estreme conseguenze: a quella, soprattutto, di dover imputare all'agente, solo perché materiale conseguenza della sua azione, un reato non soltanto diverso o più grave di quello voluto, ma anche del tutto al di fuori, per sua natura, da ciò che

sarebbe un prevedibile omogeneo sviluppo dell'azione concordata. <<L'interpretazione dell'art. 116 in senso rigidamente oggettivo è, pertanto, apparsa giustamente alla Cassazione, non conforme al vero spirito della norma, venendo a creare una forma di responsabilità del tutto contrastante col sistema e produttiva, oltre tutto, di conseguenze penali di sproporzionata gravità>>. Di qui il graduale manifestarsi della tendenza a riconoscere nella responsabilità ex art. 116 c.p. un coefficiente di partecipazione anche psichica: tendenza, che ha poi trovato negli ultimi anni, come si è detto, costante e decisa attestazione nella giurisprudenza. Né ciò può attribuirsi a una differente interpretazione rispetto a quella che fu l'originaria interpretazione, giacché rilevanti precedenti nello stesso senso si riscontrano in una parte notevole della dottrina sin dai primi anni dall'entrata in vigore del codice e traccia evidente ne presentano gli stessi lavori preparatori. Già, infatti, nella Relazione sul testo definitivo si avvertiva che, "chi coopera a un'attività criminosa può e deve rappresentarsi la possibilità che il socio commetta un reato diverso da quello voluto". L'interpretazione che in definitiva si è affermata nella giurisprudenza, pur tra qualche difformità e incertezza di formulazione, esige, sostanzialmente, come base della responsabilità ex art. 116 del codice penale, la sussistenza non soltanto del rapporto di causalità materiale, ma anche di un rapporto di causalità psichica, concepito nel senso che il reato diverso o più grave commesso dal concorrente, debba potere rappresentarsi alla psiche dell'agente, nell'ordinario svolgersi e concatenarsi dei fatti umani, come uno sviluppo logicamente prevedibile di quello voluto, affermandosi in tal modo la necessaria presenza anche di un coefficiente di colpevolezza. <<Tale interpretazione questa Corte, accogliendo i motivi che la giurisprudenza ne ha via via esposti e sviluppati, ritiene di dover pienamente condividere, escludendo con ciò che l'art. 116 del codice penale importi una violazione del principio della personalità sulla responsabilità penale: principio che nella partecipazione psichica dell'agente al fatto trova la sua massima affermazione>>.¹³ L'art. 116 c.p. descrive e disciplina, come visto, con la punibilità del correo nolente a titolo, per l'appunto, di concorso doloso anomalo, un caso molto frequente nella pratica, cioè quello nel caso in cui taluno dei correi commetta un fatto di reato distinto rispetto a quello originariamente programmato; e che tale distinto fatto di reato sia, in ogni caso, sotto il profilo della causalità, riconducibile anche al contributo offerto da altro concorrente che non abbia, tuttavia, la volontà di realizzare il fatto di reato commesso autonomamente dal correo. La summenzionata sentenza n. 42 del 13 maggio 1965 della Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare che, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 116 c.p., rispettosa del

¹³ Cfr. sentenza C. Cost. n. 42, Anno 1965, Pres. Prof. G. Ambrosini, consultabile su sito web.giurcost.org/decisioni/1965

principio della responsabilità personale colpevole quale desumibile dall'art. 27 Cost., impone di ravvisare la responsabilità del concorrente ex art. 116 c.p. per il diverso fatto di reato commesso dal correo, solo qualora tale diverso fatto possa essere considerato uno sviluppo logicamente prevedibile del reato oggetto del programma criminoso. Per effetto dell'interpretazione adeguatrice dell'art. 116 c.p. fornita dalla Corte Costituzionale, la responsabilità del concorrente per il fatto doloso del correo è di natura sostanzialmente colposa, poiché postula la mancanza di volontà relativa al reato diverso e la prevedibilità della commissione del reato diverso e, quindi, la violazione della norma cautelare insita nell'affidarsi ad una condotta, di per sé non controllabile, come quella degli altri correi. In tale prospettiva, nella fattispecie di cui all'art. 116 c.p., è stata ravvisata la sussistenza di un concorso anomalo in quanto il correo risponde a titolo di dolo di un fatto al medesimo imputabile a titolo di colpa. Deve, peraltro, soggiungersi che, con riferimento al reato diverso, ai fini dell'applicazione dell'art. 116 c.p. e dell'eventuale diminuzione di pena per il correo, non deve neppure essere accettato il rischio della verifica in quanto, in tale caso, il concorrente ne risponderà ex art. 110 c.p., a titolo di dolo eventuale. Con riferimento al requisito della prevedibilità del fatto di reato ulteriore, deve sottolinearsi che sussistono due orientamenti diversi. Secondo una prima tesi, la prevedibilità deve sussistere solo in astratto, nel senso che, ai fini della configurabilità della responsabilità del concorrente, è necessario che tra le due fattispecie astratte di reato, come contemplate dalle norme penali di parte speciale, sussista un'astratta compatibilità, nel senso che l'una possa astrattamente costituire lo sviluppo dell'altra. Secondo altra tesi, invece, la punibilità del correo, in caso di concorso anomalo, presuppone la prevedibilità in concreto del reato diverso, nella specifica situazione in cui sia realizzato il fatto di reato diverso, poste le qualità personali del correo materialmente responsabile e quelle della vittima, nonché le peculiari caratteristiche del luogo e del tempo. Il reato diverso (*ergo con nomen iuris* differente) può essere più o meno grave e, nel caso di concorso anomalo nel reato più grave, al correo potrà essere applicata una diminuzione di pena.

3. Concorso colposo nel delitto doloso.

Fatte queste doverose precisazioni, si passi ad analizzare la – eventuale - condotta di concorso colposo nel delitto doloso (altrui) e la sua successiva differenziazione con l'ipotesi di cooperazione colposa, ai sensi dell'art. 113 del codice penale. Quest'ipotesi ricomprenderebbe l'eventualità in cui un soggetto, pur potendo prevedere l'evento criminoso, pone in essere una condotta colposa che fornisca un contributo alla realizzazione di propositi delittuosi deliberati e concretizzati da parte dell'autore diretto, il quale agisce con dolo (la dottrina richiama, a titolo esemplificativo, la possibilità in cui un soggetto, pur essendo a conoscenza del proposito omicida di una donna, sua

conoscente, nei confronti del marito, le consegna un veleno topicida nella erronea convinzione che serva ad uccidere i ratti; mentre la donna, invece, lo utilizza proprio per uccidere il coniuge). La questione resta controversa. Questo il pensiero e le conclusioni della "Commissione Grosso - per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) - Relazione 15 luglio 1999": <<La Commissione a) considerato che la previsione dell'istituto risulta confermata sia dal progetto Pagliaro sia da quello Riz, mentre in dottrina è da tempo aperto il dibattito relativo alla opportunità di una abrogazione della norma, b) ritenuto che le ragioni addotte a sostegno del mantenimento non appaiono decisive, in quanto riguardano una (presunta) funzione incriminatrice dell'art. 113, che risulta comunque adempiuta dalla previsione generale del concorso di persone nel reato e dei reati colposi, c) considerata altresì l'assoluta originalità della norma nel contesto europeo, si è orientata nel senso della abrogazione. A fronte delle univoche posizioni assunte sul punto dalla Cassazione, riterrebbe altresì inopportuno prevedere un concorso colposo nel fatto doloso altrui>>¹⁴. <<Un argomento (nota: al contrario) 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 giurisprudenza¹⁵, lo schema di responsabilità adottato dal legislatore del 2001 è assimilabile all'istituto del concorso di persone¹⁶. 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>>¹⁷. Secondo alcuni autori,¹⁸ alla luce di una sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite del 1990,¹⁹ la risposta è negativa: <<Premesso che l'art.

¹⁴ Cfr. Commissione Grosso-Per la riforma de codice penale, consultabile sul sito web giustizia.it

¹⁵ Cfr. 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>>.

¹⁶ Romano, M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in Riv. Soc., 2002, pag.410

¹⁷ Borghi, M., *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p. In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso*, in Diritto Penale Contemporaneo, 14.3.2106, pag.28

¹⁸ Marinucci, G.-Dolcini, E.-Gatta, G.L, op. cit., pag. 549

¹⁹ Cfr. sent., SS.UU, 3 febbraio 1990 n. 2720, Cancillieri

113 c.p. prevede la sola cooperazione colposa nel delitto colposo, si sottolinea che l'art. 42 co. 2 c.p. subordina la configurabilità di una responsabilità per colpa nella sfera dei delitti ad un'espressa previsione di legge, assente in relazione al concorso colposo nel delitto doloso. Inoltre si rammenta l'esistenza nell'ordinamento, di norme che prevedono autonome figure di agevolazione colposa di un delitto doloso (ad es. l'agevolazione colposa di evasione, a norma dell'art. 387 c.p.)>>.²⁰ La sua configurabilità è, quindi, messa in dubbio sulla base dell'art. 42 c.p. che pone il principio generale – non derogabile nell'ambito della partecipazione - della necessità di un'espressa previsione di legge per ascrivere, a titolo di colpa, una qualunque fattispecie delittuosa e dallo stesso articolo 113 c.p., che limita la cooperazione colposa al solo delitto colposo non permettendo, quindi, di intendere che la condotta tipica possa essere dolosa. Si osserva, inoltre, che è quantomeno incerto che l'articolo 113 c.p., quando menzioni la cooperazione di più persone, rinvii sia alla partecipazione a titolo di dolo che di colpa. Infatti, la previsione dispone che ciascuno dei partecipi "soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso". Non essendo indubbio che "stesso" stia ad indicare proprio il delitto colposo, si dovrebbe ammettere che, grazie all'art. 113 c.p., il partecipe doloso sia assoggettato alle pene previste per il delitto colposo: una conclusione evidentemente poco probabile. <<Tale impostazione ermeneutica è stata, tuttavia, superata da una serie di successive pronunce che hanno portato al consolidamento dell'opposta soluzione incline ad ammettere la configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso. Già con la sentenza del 2002 numero 39680 (Capecchi) – in relazione a un caso d'incendio doloso ad opera di ignoti di un deposito, è stata riconosciuta la responsabilità a carico del custode, per aver tenuto una condotta colposa consistita nel mancato rispetto delle disposizioni impartite dalle autorità competenti -. Secondo tale pronuncia, l'art. 42 c.p. non avrebbe rilevanza dirimente nella soluzione della questione, riguardando esclusivamente le fattispecie incriminatrici di parte speciale e non interessando, invece, se non in maniera indiretta e mediata, le disposizioni di cui agli artt. 110 e 113 del codice penale. Sostiene, invece, la Corte che, il criterio ermeneutico da utilizzare, attenga piuttosto al profilo funzionale del rapporto di causalità, disciplinato dagli artt. 40 e 41 cod. pen.: ciò che distingue l'ipotesi del concorso di cause indipendenti dalla cooperazione colposa (art. 113 c.p.) è soltanto l'elemento della rappresentazione dell'altrui condotta che, assente nel primo caso, dev'essere presente nel secondo. E pertanto, mentre nel primo caso l'evento sarà posto separatamente a carico degli agenti senza alcun vincolo soggettivo, nel secondo caso si avrà un unico reato posto in essere da una pluralità di persone. Una volta, quindi, ammesso il concorso doloso nel delitto colposo, per il quale il legislatore non avrebbe

²⁰ Marinucci, G.-Dolcini, E.-Gatta, G.L, op. cit., pag. 550

posto preclusioni formali, non si potrebbe escludere la possibilità, astratta e in via di principio, della corrispondente possibilità di configurare ipotesi di partecipazione colposa nel delitto doloso, non ostandovi per quanto detto il disposto di cui all'art. 42 cod. pen.>>.²¹ Argomentazioni riprese da due pronunce successive del 2007 e 2008.²² Di recente, la Corte di Cassazione, si è invece nuovamente assestata sull'impossibilità di una configurazione di concorso colposo nel delitto doloso <<in assenza di un'espressa previsione normativa, non ravvisabile nell'art. 113 c.p., che contempla esclusivamente la cooperazione colposa nel delitto colposo>>.²³ La Corte, con funzione nomofilattica, ha, come si vedrà, precisato una responsabilità a carico del concorrente, a titolo autonomo, ex art. 41 c.p. (e art. 589 c.p. - nota: nel caso specifico, si trattava di un duplice omicidio e successivo suicidio da parte di un soggetto, cui era stato rilasciato il certificato medico attestante l'assenza di disturbi mentali, da parte di un medico consapevole del fatto che l'autore degli omicidi fosse affetto da disturbo bipolare. Il medico fu in primo grado assolto dall'imputazione di aver concorso, colposamente, nei reati di omicidio volontario commessi dal suo paziente e di avere altresì causato il suicidio dello stesso; poi, in appello, la sentenza fu riformata; in Cassazione venne definitivamente esclusa la responsabilità colposa del ricorrente). È bene, però, andare ad analizzare alcuni passaggi della suindicata sentenza, per chiarire questa inversione di marcia interpretativa: <<...Il tema introdotto dal ricorrente si colloca, più in generale, nella dibattuta questione riguardante la configurabilità, nel nostro ordinamento giuridico, dell'ipotesi del concorso di persone con coefficiente psicologico eterogeneo (...) La dottrina classica che afferma l'impossibilità della configurazione del concorso di persone, ai sensi del combinato disposto dell'art. 110 c.p. e segg. e delle singole fattispecie incriminatrici, qualora la realizzazione pluripersonale del fatto illecito sia accompagnata da titoli soggettivi diversi per i partecipi, trae spunto dal dogma dell'unitarietà del reato concorsuale e desume, implicitamente o esplicitamente, che esso si rifletta anche nell'esigenza di omogeneità dell'elemento psicologico. Secondo questa impostazione, poiché il reato è unico rispetto a tutti i concorrenti, la volontà e la rappresentazione richieste per la partecipazione delittuosa devono uniformarsi all'elemento psichico proprio del reato, che si considera dolo nei reati dolosi e colpa in quelli colposi. Le elaborazioni teoriche più evolute si pongono in una prospettiva critica rispetto alla tesi tradizionale e sottolineano che l'analisi delle norme che disciplinano l'istituto del concorso di persone nel reato, chiariscono che

²¹ Cfr. Costantini, F., *Il concorso colposo nel delitto doloso*, in sez. II della Rassegna della Giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle sezioni penali. Vol. I, A. 2019, pag.57 e ss., consultabile sul sito web della corte di cassazione.it

²² Vedasi Cass., sent. n. 10795/2007, Pozzi; e sent. n. 4107/2008, Calabrò

²³ Cfr. Cass, sez. IV, n. 7032 del 19.7.2018, dep. 14.2.2019, Zampi, Rv, 276624

il principio di unitarietà della responsabilità penale dei concorrenti, è limitato all'esigenza che i partecipi contribuiscano alla stessa offesa tipica sotto un profilo essenzialmente causale, senza che ciò comporti alcuna conseguenza in ordine alla punibilità, al titolo di reato e alla forma dell'elemento psicologico. Si afferma che l'unità del reato concorsuale non potrebbe infatti intendersi né come uguale punibilità estesa a tutti i concorrenti (sia per quanto riguarda l'*an* che il *quantum* della pena) né come titolo di responsabilità (*sub specie* elemento soggettivo doloso, colposo, preterintenzionale), né, infine, come identità del *nomen iuris* della fattispecie attribuita ai partecipi. A conforto di tale assunto vengono valorizzati l'art. 111 c.p. e art. 112 c.p., u.c. in tema di responsabilità per determinazione al reato di persona non imputabile a cagione di una condizione o qualità personale e in materia di aggravamenti di pena previsti dall'art. 112 c.p., nn. 1, 2, 3. Tali disposizioni, infatti, da un lato, ascrivono espressamente all'istituto concorsuale le ipotesi nelle quali vi sia concorso doloso in un fatto incolpevole e, dall'altro, consentono di affermare, per ragioni di ordine logico e di equità sostanziale, l'applicabilità delle norme sul concorso di persone anche alle ipotesi che rappresentano un *minus* rispetto a quelle prese in considerazione dalle norme in questione, ovvero di semplice diversità e non già di totale carenza dell'elemento psicologico che accompagna la condotta di taluno dei concorrenti rispetto a quello che contrassegna il comportamento dell'altro. E ancora, tali conclusioni sono suffragate dai contenuti impliciti dell'art. 117 c.p., comma 1 che, nel disciplinare l'unificazione del titolo di reato tra 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, nei casi in cui il cambiamento della qualificazione giuridica sia dovuta a motivi diversi, pur operando la disciplina concorsuale, si applica la disciplina comune della differenziazione del titolo di reato. Quanto al regime dell'elemento psicologico nel fatto, realizzato da più soggetti in concorso tra loro, una ancor più significativa serie di indicazioni normative orienta nel senso di ritenere che il dogma della unitarietà vada circoscritto alla dimensione lesiva, sul piano oggettivo, delle varie condotte concorrenti, senza implicare, sul piano soggettivo, l'identità dei coefficienti psichici cui si riferisce il titolo di responsabilità dei vari concorrenti. Depone in tal senso l'art. 116 c.p. che costituisce una conferma dell'ammissibilità di fattispecie concorsuali nelle quali taluno dei partecipi e, precisamente, l'esecutore del reato commesso agisce con il coefficiente psichico del dolo mentre gli altri, ovvero coloro che volevano il reato diverso, rispondono a titolo diverso (responsabilità oggettiva o colpa, a seconda degli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali seguiti). Inoltre, l'art. 48 c.p. ribadisce, da un punto di vista sistematico, la possibilità di invocare l'istituto del concorso di persone nel reato anche quando al fatto doloso di uno dei partecipi si affianchi il fatto colposo di

altri. Tale norma configura, infatti, un'ipotesi nella quale alla responsabilità a titolo di dolo dell'ingannatore, nelle ipotesi in cui il fatto sia previsto come colposo, si affianca la responsabilità a titolo di colpa dell'ingannato. Il fenomeno della partecipazione sinergica di più persone nel reato, sorretto da diversi atteggiamenti psicologici dei concorrenti, si estrinseca, per quanto qui di specifico interesse, nelle forme del c.d. concorso doloso nel delitto colposo e del c.d. concorso colposo nel delitto doloso, il cui *discrimen* va, in prima battuta, ravvisato nel carattere doloso o colposo della condotta che realizza direttamente l'offesa penalmente rilevante. Al fine di sgombrare il campo da possibili equivoci di ordine terminologico, si procede a tracciare una definizione generale delle due fattispecie ricavata da un procedimento di astrazione delle esemplificazioni che sono il frutto della elaborazione teorica. Il c.d. concorso doloso nel delitto colposo si verifica quando un soggetto, assecondando e sostenendo l'altrui condotta colposa, si rappresenta e accetta il possibile verificarsi - come conseguenza di essa - dell'evento tipico del delitto che non deve, invece, essere previsto dall'autore diretto della condotta colposa. Tale ipotesi ricorre, pertanto, nel caso in cui un soggetto strumentalizza con dolo l'altrui condotta colposa. La manualistica richiama, a titolo esemplificativo, l'ipotesi in cui un soggetto sostiene e incita, con dolo, l'autista a guidare in modo pericoloso, rappresentandosi ed accettando il possibile verificarsi dell'uccisione di una persona presente sul luogo; rappresentazione che, invece, non ha l'autore diretto della condotta colposa; ed ancora, il caso in cui un soggetto sostituisce con un veleno la fiala che l'infermiera deve iniettare e quest'ultima trascura colposamente di rilevare la diversità di confezione e somministra la sostanza letale da cui deriva la morte del paziente. Il c.d. concorso colposo nel delitto doloso ricomprende, invece, le ipotesi in cui un soggetto, pur potendo prevedere l'evento criminoso, pone in essere una condotta colposa che fornisce un contributo alla realizzazione di propositi delittuosi deliberati e concretizzati da parte dell'autore diretto il quale agisce in dolo. La dottrina richiama, a titolo esemplificativo, il caso in cui un soggetto, pur essendo a conoscenza del proposito omicida di una donna, sua conoscente, nei confronti del marito le consegna un veleno topicida nell'erronea convinzione che serva ad uccidere i ratti mentre la donna lo utilizza proprio per uccidere il coniuge. Osserva il Collegio che non sussistono preclusioni, né normative né concettuali, alla riconducibilità dell'istituto del c.d. concorso doloso al delitto colposo al combinato disposto dell'art. 110 c.p. e delle singole norme incriminatrici di parte speciale che vengono, di volta in volta, in questione con riferimento all'illecito colposo. Ed invero il dolo dell'atto di concorso di persone nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p. assume come oggetto la condotta tenuta e la sua connessione con quella degli altri compartecipi e come proprio contenuto strutturale la coscienza e volontà di contribuire alla realizzazione del fatto di reato. Non è necessario il c.d. previo concerto, dato che il concorso può instaurarsi senza alcuna

determinazione preventiva e la volontà di concorrere può essere anche unilaterale. L'autonomia della posizione di ciascun concorrente rende, dunque, ammissibile il concorso doloso nel delitto colposo. Ed invero, posto che l'esecutore della fattispecie monosoggettiva può anche agire senza dolo, senza con ciò escludere la responsabilità degli altri concorrenti, ne deriva *a fortiori* che può agire con colpa. Si tratta di una partecipazione non solo causalmente rilevante ma anche tipica rispetto agli eventi concreti previsti dal combinato disposto dell'art. 110 c.p. con le norme di parte speciale (...)

La configurabilità della figura del concorso doloso nel delitto colposo assume, invece, una vera e propria funzione incriminatrice nelle fattispecie a forma vincolata, in quanto consente di rendere penalmente rilevanti le condotte di partecipazione dolosa atipica nel delitto colposo da altri commesso, che altrimenti rimarrebbero impunte. Il caso esemplificativo richiamato dalla dottrina è quello di chi istiga taluno, il quale versa già in una situazione di errore colposo sulla natura tossica di una sostanza, ad immetterla in acque destinate all'alimentazione allo scopo, di cui l'istigato è ignaro ma al quale è addebitabile la violazione di norme cautelari, di provocare un avvelenamento, ai sensi dell'art. 439 c.p., che poi si verifica; in tal caso è evidente la rilevanza pratica della ammissibilità di tale figura sul piano della tipicità della condotta dell'istigatore che non rientra, di per sé, nella fattispecie tipica. Quest'ultimo non può essere chiamato a rispondere direttamente del reato essendo il suo comportamento atipico rispetto al delitto di cui all'art. 439 c.p.; né può trovare applicazione l'art. 48 c.p. perché l'istigatore non induce in errore ma si limita a sfruttare l'errore colposo preesistente di colui che realizza l'azione esecutiva. Ed ancora non è applicabile l'art. 113 c.p., non potendosi configurare a carico dell'istigatore una condotta colposa in quanto egli manifesta inequivocabilmente la rappresentazione e volontà dell'evento criminoso. Ben più controverso risulta, invece, l'istituto del c.d. concorso colposo nel delitto doloso altrui, la cui configurabilità viene posta in dubbio anche da parte di quegli orientamenti dottrinari che ritengono ormai ampiamente superato il principio dell'unicità del titolo soggettivo della responsabilità concorsuale. Il fondamento della posizione negatoria viene individuato nel disposto normativo di cui all'art. 42 c.p., comma 2 e art. 113 c.p.. Da un lato, si osserva, l'art. 42 c.p., comma 2, pone il principio generale - non derogabile nell'ambito della partecipazione - della necessità di una espressa previsione di legge per ascrivere a titolo di colpa una qualunque fattispecie delittuosa. Dall'altro lato, l'art. 113 c.p., per come si desume dal tenore letterale della disposizione, limita la cooperazione colposa al solo delitto colposo, non permettendo di intendere che la condotta tipica possa essere dolosa. In tale prospettiva viene anche valorizzata la circostanza che il legislatore ha contemplato ipotesi tassative di agevolazione colposa punite come reato a sé stante, come ad esempio gli artt. 254, 259 e 350 c.p.. La giurisprudenza di legittimità, dal canto

suo, dopo aver mantenuto un orientamento concordante con la prevalente dottrina, a partire da una decisione del 2002 ha consolidato una diversa posizione, attestandosi sulla tesi della ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso (...) Reputa questa Corte che la tesi sin qui adottata meriti di essere riconsiderata, alla luce di taluni rilievi che ne rendono incerto il fondamento. In primo luogo occorre considerare che in assenza di un'esplicita previsione legale il rinvenimento di una disciplina "implicita" deve risultare incontrovertibile allorquando - come nel caso che occupa - la tesi non opera una contrazione dell'area del penalmente rilevante, bensì una sua espansione. Il concorso colposo nel delitto doloso, infatti, nelle intenzioni dei suoi sostenitori, avrebbe proprio la funzione di rendere tipiche condotte altrimenti atipiche. Non appare pletorico rammentare il vincolo che viene all'interprete dal principio di legalità, per esso astretto al dovere di non operare "accessioni" *in malam partem*; ferma restando l'indiscutibile necessità di trarre dalla legge ogni possibile plausibile significato attraverso i noti criteri interpretativi. Ciò implica, ad avviso di questa Corte, che più dell'argomento logico (se è disciplinato l'uno allora è disciplinato anche l'altro) vale il limite della previsione legale, perché è da dimostrare che il legislatore abbia inteso ricorrere ad una penalizzazione estesa piuttosto che contratta. Pertanto non sembra convincente un'impostazione che miri a evidenziare che "nulla osta" alla configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso; piuttosto è necessario dimostrare che vi è una previsione legale che contempla tale istituto. Orbene, osserva il Collegio che non appaiono convincenti gli argomenti posti a base della diversa ricostruzione esegetica che circoscrive l'applicabilità dell'art. 42 c.p., comma 2, alle singole fattispecie incriminatrici previste dalla parte speciale del codice penale e non anche agli istituti o alle disposizioni di parte generale, cosicché il principio della necessaria previsione legislativa delle ipotesi di responsabilità colposa in ambito delittuoso non costituirebbe un limite all'applicabilità in via estensiva degli artt. 110 e 113 c.p. ai casi di concorso, a titolo di colpa, nel delitto doloso. Ed invero, tale assunto viene ricavato da una lettura artificiosa del contenuto di tale disposizione, incentrata sul rilievo che essa esplicherebbe la duplice funzione: a) di norma chiarificatrice del titolo di responsabilità in ipotesi di cooperazione colposa omogenea e b) di norma di copertura del titolo di responsabilità colposa nelle ipotesi di cooperazione nelle quali convergono anche contributi dolosi. Ed ancora, l'argomento secondo cui la cooperazione colposa prevista nell'art. 113 c.p. sarebbe, di per sé, ricomprensiva dell'ipotesi più ampia, ovvero quella del dolo, collide con il principio di legalità che implica il divieto di analogia *in malam partem*, posto che il dolo e la colpa sono coefficienti soggettivi di attribuzione della responsabilità che presentano una diversità strutturale tanto a livello ontologico quanto normativo. Si osserva, inoltre, che, al di là dell'assenza di un reale substrato normativo che legittimi la configurazione di tale istituto,

risulta problematico, già sul piano concettuale, ipotizzare una consapevole interazione, sul piano soggettivo, tra la condotta dell'agente che versa in colpa e il comportamento doloso del terzo. Ed invero il termine "cooperazione", derivante dal latino *cooperari*, allude all'agire congiunto di più persone ed implica la consapevolezza della convergenza del proprio e dell'altrui comportamento alla realizzazione di una condotta unitaria e comune. In particolare, a riguardo della tesi che considera il concorso colposo nel delitto doloso fornito di "copertura legale", va in primo luogo dato atto alla stessa di aver collocato l'interpretazione nel quadro più coerente alla scelta operata dal legislatore del 1930, di superamento della previgente tipizzazione dei singoli contributi causali che danno luogo alla fattispecie plurisoggettiva. Per tal motivo, occorre essere avvertiti della necessità di non subire la suggestione della teoria dell'accessorietà, e quindi di intravedere sullo sfondo, nella dimensione effettuale sottostante la norma, una condotta principale e una condotta accessoria. Ciò detto, pare a questa Corte quanto meno incerto che l'art. 113 c.p. sia incentrato sull'evento cagionato dalla cooperazione di più persone, e pertanto che quando esso menziona la cooperazione di più persone rinvia sia alla partecipazione dolosa che a quella colposa, secondo l'insegnamento della dottrina alla quale si ispira la tesi qui criticata. Infatti, la disposizione si apre con la locuzione 'nel delitto colposo' e ciò sembrerebbe dimostrare che essa si propone di disciplinare la partecipazione nel delitto colposo. La diversa interpretazione sembra marginalizzare in eccesso tale dato testuale, leggendo la disposizione come se menzionasse un onnicomprensivo fatto plurisoggettivo, in ordine al quale si preoccuperebbe di esplicitare la sorte del contributo colposo. Ma questa lettura non convince, stante il tenore dell'enunciato, che significativamente si apre con la locuzione 'nel delitto colposo'. Ora, messa da parte la teoria dell'accessorietà, si deve ammettere che in via di principio tale partecipazione potrebbe essere tanto colposa che dolosa. Tuttavia, poiché la previsione dispone che ciascuno dei partecipi "soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso", non essendo revocabile in dubbio che "stesso" sta a indicare proprio il delitto colposo, si dovrebbe ammettere che, grazie all'art. 113 c.p. il partecipe doloso sia assoggettato alle pene previste per il delitto colposo: una conclusione evidentemente assurda. Sotto diverso aspetto, a questa Corte sembra che la tesi che si rifà ai rapporti tra dolo e colpa presti il fianco ad alcune perplessità (...) Sostenere che nel delitto doloso è comunque riscontrabile la violazione di un dovere oggettivo di diligenza non significa ancora che il legislatore ha voluto riconoscere attraverso l'art. 113 il concorso colposo nel delitto doloso. Peraltro, si può rammentare che la dottrina italiana e d'oltralpe insegna da tempo - almeno da quando ha preso piede la concezione normativa della colpevolezza - che il fatto doloso ed il fatto colposo danno luogo a fattispecie strutturalmente diverse. Appare davvero marginale quel che dei due tipi permetterebbe di dire che essi sono in

rapporto scalare (...); ben più robusto è il profilo che li pone in rapporto di eterogeneità (come insegna la moderna analisi del reato) (...) D'altro canto, le condotte atipiche connotate da colpa possono dar luogo alla fattispecie plurisoggettiva solo se vi è consapevolezza dell'agire cooperativo. Le più recenti acquisizioni giurisprudenziali in materia di cooperazione colposa - del tutto sintoniche alla più acuta riflessione dottrina - ne definiscono anche il campo di operatività, che è quello dell'attività rischiosa ma consentita. Come statuito dalle Sezioni Unite, la necessità di arginare l'eccesso espansivo dell'istituto derivante dalla sufficienza della mera consapevolezza dell'intreccio cooperativo, vanno individuate "con rigore, sul piano fenomenico, le condotte che si pongono tra loro in cooperazione. Occorre cioè che il 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" (vedasi Cass., Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014 - dep. 18/09/2014, P.G., R.C., Espenhahn e altri, Rv. 261107, in motivazione) (...) Si è obiettato che, per il cooperante colposo, sarebbe sufficiente la prevedibilità dell'agire altrui. Ma non sembra una replica convincente. Infatti, la prevedibilità della quale si discorre attiene alla colpa in cui deve versare il cooperante e non alla premessa strutturale della cooperazione colposa, così come definita dalle Sezioni Unite per delimitarne l'ambito di applicazione. Se così è, assume maggior valore anche il rilievo critico per il quale, una volta identificato l'elemento psicologico della cooperazione colposa con la rappresentazione dell'altrui comportamento, l'istituto del concorso colposo nel delitto doloso rischierebbe di caratterizzarsi per la compresenza di due requisiti logicamente incompatibili, ossia la colpa derivante dalla violazione di una regola cautelare costruita sulla prevedibilità di un fatto doloso di terzi e la contestuale rappresentazione della condotta del terzo con la erronea convinzione, al contempo, che quest'ultimo non versi in dolo. Dovrebbe essere accertata, sul piano oggettivo, la realizzazione, a opera di un terzo, di un delitto doloso che costituisca la concretizzazione del rischio che la regola cautelare violata dall'agente mediato mira a prevenire e, contestualmente, sul piano soggettivo, la consapevolezza, da parte dell'agente che versa in colpa, di cooperare con il terzo, autore della condotta dolosa. Tale evenienza appare insuscettibile di ricevere concreta traduzione in termini realistico - fattuali, in quanto la rappresentazione, da parte dell'agente mediato, dell'altrui contegno doloso comporterebbe, inevitabilmente, la configurabilità di un concorso doloso nel delitto doloso. Non è casuale che la maggior parte delle ipotesi possano essere più propriamente ricondotte al concorso di cause indipendenti, difettando in essi il legame psichico dei coagenti che costituisce, invece, il requisito soggettivo necessario per l'esistenza della fattispecie concorsuale. Ne deriva, conseguentemente, la configurazione, ove

ne ricorrano i presupposti, di due fattispecie monosoggettive, l'una colposa e l'altra dolosa, dato l'intersecarsi di condotte causali indipendenti disciplinate ai sensi dell'art. 41 c.p...>>. Come ci ricorda, quindi, la sentenza citata unitamente ai Prof. Marinucci, Dolcini e Gatta <<circa la rilevanza pratico-applicativa della questione, va sottolineato che, negata la configurabilità del concorso colposo in delitto doloso, ciò non sempre porterà ad escludere la responsabilità di colui che, con un comportamento colposo, abbia posto in essere un antecedente causale dell'evento che altri abbia contribuito a cagionare con dolo. Una responsabilità potrà comunque residuare a condizione che, accanto alla figura di delitto doloso, la legge preveda una corrispondente figura colposa a forma libera: in tal caso potrà configurarsi un'autonoma responsabilità per colpa in forza della norma che incrimina la causazione dell'evento per colpa>>.²⁴

4. Cooperazione nel delitto colposo.

Quanto, invece, alla cooperazione nel delitto colposo, ai sensi dell'art. 113 c.p., - indicata dall'Antolisei come "forma impropria di concorso di persone nel reato" - trattasi di una norma parallela rispetto al fenomeno di partecipazione concorsuale (con dolo) nel fatto preveduto dalla legge come delitto doloso, ex art. 110 c.p. (<<La funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. riguarda i delitti colposi di evento a forma vincolata e i delitti colposi di mera condotta: non riguarda, invece, i delitti colposi di evento a forma libera, per i quali è la stessa norma incriminatrice di parte speciale che attribuisce rilevanza a qualsiasi comportamento umano, connotato da colpa, che abbia fornito un contributo causale al verificarsi dell'evento>>).²⁵ <<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 complicità - si parlava in generale di "reato", espressione in cui si possono comprendere i delitti dolosi, colposi e le contravvenzioni. Nel codice Rocco fu introdotto l'art. 113 c.p., che oggi regola (e quindi ammette) esplicitamente la cooperazione nel delitto colposo: 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 Zanardelli>>.²⁶ In effetti, sotto la vigenza

²⁴ Marinucci, G.-Dolcini, E.-Gatta, G.L, op. cit., pag.550

²⁵ Marinucci, G.-Dolcini, E.-Gatta, G.L, op. cit., pag.507

²⁶ Borghi M., *Nodi Problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p. In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso*, op. cit. pag.3

del Codice Zanardelli, era diffusa l'opinione volta a negare la stessa possibilità teorica di concepire una tale figura di compartecipazione criminosa: le argomentazioni in tal senso si fondavano principalmente sulla sostenuta incompatibilità logica tra la necessaria mancanza di volontà del fatto colposo ed il concorso di persone, fondato, invece, sull'accordo (sul "concerto dei concorrenti", secondo Carrara). La cooperazione nel delitto colposo condivide, con il concorso nel delitto doloso, alcuni elementi strutturali, quali la pluralità di soggetti, la realizzazione di un fatto criminoso e la rilevanza causale della condotta atipica. Occorre, però, precisare che la cooperazione nel delitto colposo è configurabile, a differenza del concorso nel delitto doloso, solo con riferimento a fattispecie consumate, giacché non è configurabile il tentativo con riferimento ai delitti colposi. Naturalmente potrà sempre accadere che, da una prodromica imputazione per cooperazione colposa (ad esempio nel delitto di lesioni colpose) possa, come già visto, sussistere – al contrario – un concorso di cause colpose indipendenti nella realizzazione dell'evento, ai sensi dell'articolo 41 comma 3 c.p.: e, quindi, al di fuori della ipotesi prevista dall'art. 113 c.p. Infatti, la «cooperazione colposa e il concorso di cause colpose indipendenti, sono istituti che si differenziano in relazione alla "consapevolezza di cooperare" all'altrui condotta» quando, ad esempio, «i contributi sanitari sono stati condizioni necessarie della lesione prodotta».²⁷

«L'articolo 113 c.p. descrive una fattispecie plurisoggettiva che richiede la sussistenza di un particolare legame psicologico (ancorché diverso dal dolo di concorso necessario ai fini dell'art. 110 c.p.) fra i soggetti, le cui condotte convergono causalmente ai fini della verifica dell'evento.

Proprio nell'esigenza di questo legame psicologico risiede la distinzione tra la cooperazione nel delitto colposo e il concorso di condotte colpose indipendenti. Si avrà, quindi, concorso di condotte colpose indipendenti quando si registra una convergenza causale di più condotte verso la realizzazione di un unico evento, poste in essere da più persone, l'una all'insaputa dell'altra. Così è, ad esempio, nel caso in cui gli automobilisti Tizio e Caio violino entrambi la regola cautelare che impone di stare a destra della carreggiata, scontrandosi e causando la morte delle persone trasportate in entrambe le automobili. Entrambi saranno autonomamente punibili ai sensi dell'art. 589 c.p. Nell'esempio suesposto non è, quindi, dato ravvisare una cooperazione nel delitto colposo perché, pur in presenza di una convergenza causale delle condotte poste in essere da più soggetti verso un unico evento, tali comportamenti non sono avinti tra loro da alcun legame psicologico. Conseguentemente, ciascuno dei soggetti agenti risponderà del reato

²⁷ Vedasi Palmieri C., *La distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti e la sua rilevanza in un caso di lesioni in ambito sanitario*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 6/2017 (nota a Cass. N. 50138/2016)

monosoggettivo colposo quando la condotta sia riconosciuta come idonea a integrare una fattispecie di reato. In tal caso, però, non sarà applicabile l'art. 113 c.p. Vi sarà, invece, cooperazione nel delitto colposo, ai sensi dell'art. 113 c.p., quando sia possibile rilevare la sussistenza della colpa di concorso. Secondo l'impostazione prevalente essa consiste nella consapevolezza della convergenza della propria condotta con quella altrui; per un'altra corrente di pensiero sarebbe, invece, necessaria (oltre alla consapevolezza della convergenza della propria condotta con quella altrui) anche la consapevolezza della violazione da parte di altri di una regola cautelare. Come visto, trattasi di una nozione più intensa di colpa di concorso, che una parte della giurisprudenza ha ritenuto necessaria per evitare un'estensione incontrollata dell'area della punibilità. Tale esigenza nasce dal fatto che si è ormai affermata come prevalente la tesi che ritiene punibili, in forza dell'art. 113 c.p., anche condotte che semplicemente concorrano a incrementare il rischio della verificazione dell'evento, senza che queste siano autonomamente punibili in quanto tipiche e senza che sia necessaria la violazione di una regola cautelare causalmente destinata a cagionare l'evento (c.d. causalità della colpa). Ad ogni modo, quale che sia la nozione di colpa di concorso che s'intenda accogliere, soltanto in presenza del legame psicologico appena descritto sarà applicabile la disciplina del concorso di persone...>>.²⁸ Come già anticipato, affinché un fatto di reato sia imputabile ai suoi autori, è necessario che gli stessi abbiano apportato un contributo causale, di natura materiale o morale, alla realizzazione dello stesso. La rilevanza del nesso causale è, peraltro, sottolineata nel 113 c.p. dallo stesso legislatore che fa uso dello specifico termine "cagionare", così operando una scelta diversa a livello linguistico rispetto alla fattispecie di cui al 110 c.p., ove la più generica formulazione del "concorrere" di più persone nel medesimo reato, ha dato l'avvio ad una serie di problemi interpretativi che hanno reso la tematica della causalità, per la sua incidenza sul problema della compatibilità di taluni apporti con il principio della personalità della responsabilità penale, uno degli argomenti più dibattuti e controversi nell'ambito dell'illecito plurisoggettivo. Senza ripercorrere in questa sede le teorie sulla causalità elaborate con riguardo al concorso di persone nel reato doloso²⁹, è sufficiente sottolineare come la dottrina prevalente sia ormai assestata nel senso che la teoria della *condicio sine qua non* sia l'unica in grado di fondare la rilevanza dell'atto di partecipazione, benché la stessa

²⁸ Vedasi, *Quale differenza tra la cooperazione nel delitto colposo e il concorso di condotte colpose indipendenti?*, sul sito web diritto.it del 17.1.19 redatto dalla Redazione

²⁹ A memoria, teoria condizionalistica/*condicio sine qua non*; t. della causalità adeguata; e t. della causalità umana (oltre la t. dell'imputazione oggettiva dell'evento: correttivo della teoria condizionalistica)

ponga questioni a tutt'oggi controverse, a fronte di condotte di compartecipi che sono qualificate come non necessarie. Una siffatta conclusione può trarsi, oltre che come sopra accennato dalla specificità del termine "cagionare" utilizzato nel 113 c.p., anche a contrario, dalla circostanza per cui, accanto alla norma generale sul concorso colposo, esistano diverse fattispecie incriminatrici speciali, denominate di 'agevolazione colposa' ove, anziché pretendersi un rapporto condizionalistico tra la condotta agevolante e quella agevolata, ci si accontenti di partecipazioni che si limitano a "rendere possibile" o a "agevolare" la verificazione dell'evento finale. A prescindere, pertanto, dalla funzione incriminatrice o di disciplina che s'intende attribuire alla norma in questione, deve concludersi che la stessa presenti una struttura tale da escludere, dall'ambito della rilevanza penale, condotte che non siano dotate di efficacia causale rispetto all'evento collettivamente cagionato, dovendosi tuttavia modularne la consistenza a seconda delle tipologie di fattispecie che possano confluire nella realizzazione plurisoggettiva di un fatto di reato. Nei casi di colpa generica, prevedibilità e prevenibilità, dovranno essere accertate in concreto secondo un modello di agente che svolge la medesima attività e professione dell'agente reale e nelle stesse circostanze concrete in cui quest'ultimo operi, tenendo quindi conto delle sue conoscenze effettive e di quelle che era legittimo presumere nella sua sfera di conoscibilità, in ragione dello specifico ruolo assunto. L'accertamento in concreto della rappresentabilità della natura colposa dell'altrui condotta, non è invece necessario quando si tratti di regole cautelari contenute in una specifica norma giuridica in quanto, come ritenuto dalla dottrina prevalente, il giudizio sulla prevedibilità dell'evento lesivo è, in questi casi, già assorbito dalla norma cautelare positivizzata secondo il parametro dell'*homo eiudem professionis et condicionis*. Al partecipe saranno comunque imputabili i soli fatti colposi che l'esercizio del controllo imposto dalla norma disattesa tendeva a prevenire>>.³⁰

Nell'ambito dell'esercizio del controllo e degli obblighi relazionali, due sono le considerazioni da compiere. Come rileva la prof.ssa Massaro in un suo interessante scritto³¹, <rispetto ai settori tradizionali, si colloca in una posizione per certi aspetti mediana la sicurezza sui luoghi di lavoro, in riferimento alla quale, sul versante giurisprudenziale, il principio fatica a trovare una sua stabile collocazione anche solo sul piano nominalistico. In

³⁰Raffa, A., *La cooperazione colposa*, in tesi di ricerca phd Univ. Roma Tre, A. 2014/15, pag.39, su sito

arcadia.sba.uniroma3.it/bitstream/2307/5124/1/tesi%20dottorato%20Raffa.pdf

³¹ Massaro, A., *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente*

giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso, 8.5.2020, consultabile sul sito web lalegislazionepenale.it, pag.13

questo caso l'intreccio cooperativo risponde, senza dubbio, alla logica della preventiva attribuzione di ruoli, ma sono diverse le relazioni che possono venire in considerazione. Da una parte, risulta rilevante la relazione tra "garanti": l'impianto normativo definito dal d.lgs. 2.4.2008 n. 81, del resto, risponde proprio all'intento di delineare una rete di garanti tra i quali ripartire il "debito di sicurezza", creando dei centri di imputazione che, pur nella perdurante centralità attribuita al datore di lavoro, risultino sufficientemente definiti e reciprocamente distinti. Dall'altra parte, assume rilievo la relazione tra "garante" e "lavoratore" che, nelle ipotesi di eventi lesivi o mortali, viene ad assumere anche il ruolo di vittima: il d.lgs. 81/2008 si muove, senza dubbio, nella direzione di una "responsabilizzazione normativa" del lavoratore, anche se la giurisprudenza prevalente sembrerebbe ancora orientata verso un atteggiamento "iperprotettivo" di quello che, evidentemente, continua a rivestire il ruolo di "soggetto debole" del rapporto lavorativo>>. Chiarisce sul punto il prof. De Francesco: <<...Una volta preservato il rapporto tra l'ambito dei doveri propri del 'garante' ed il tipo di inadempienza a questo o quell'altro compito rientrante nella sua sfera di attribuzioni, sarà necessario riscontrare, ai fini di un'eventuale responsabilità penale, un rapporto di interconnessione teleologica tra la condotta inadempiente e le scelte compiute da altro soggetto a sua volta titolare di una posizione di garanzia. In questo scenario, possono sorgere, in effetti, interrogativi delicati connessi all'esigenza di evitare una 'sfasatura' tra le attribuzioni di volta in volta implicate nella violazione da cui è scaturita l'offesa. Ad esempio, il datore di lavoro che abbia erroneamente valutato il livello di alcuni rischi potrà essere chiamato a rispondere per l'infortunio occorso al lavoratore privo delle misure di protezione volte a fronteggiarli, ma non invece dell'operato del dirigente che, nell'ambito delle attribuzioni conferite, non abbia tenuto conto, pur in assenza, in concreto, di tali maggiori rischi, delle capacità e delle condizioni del lavoratore (cfr. art. 18, lett. c d.lgs. n. 81/2008) in vista del compito che doveva essergli affidato. E così pure, *mutatis mutandis*, (ad esempio) una difettosa analisi clinica di una patologia di tipo tumorale (riguardante la sua pericolosità ed estensione) non potrà rendere responsabile chi l'abbia effettuata per l'operato di chi avesse il compito di identificare la presenza di eventuali forme di allergia tali da imporre un diverso *modus procedendi* nel praticare le terapie richieste dalle condizioni del paziente>>.³² Invece, nell'ambito più generale <<degli 'obblighi relazionali' dovrebbe distinguersi, in particolare, tra "obblighi sinergici o complementari", intesi come quelle cautele da adottare in coordinamento con il comportamento diligente di altri, visto che solo

³² De Francesco, G., *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, 3.2.2020, pag. 3, consultabile sul sito web lalegislazionepenale.it

l'interazione di più condotte è in grado di generare un rischio capace di tradursi in offesa penalmente rilevante; "obblighi accessori", riferibili alle cautele dirette a contenere il rischio della propria attività, laddove altri possano servirsene per realizzare un fatto illecito; "obblighi eterotropi", che si sostanziano nel controllo del comportamento altrui o nell'informazione nei confronti di terze persone>>.³³ Nel 2009, una pronuncia della Suprema Corte ha ridefinito la portata incriminatrice dell'articolo in esame, specificatamente in rapporto ai delitti causali puri di evento. A tal fine, occorre che la consapevolezza di concorrere con altri (ancora insufficiente a determinare un'estensione dei margini della tipicità colposa monosoggettiva) sia ulteriormente qualificata da un "intreccio cooperativo", da un comune coinvolgimento nella gestione di un rischio innescato dal convergere sincronico di condotte in sé (anche solo) genericamente pericolose. La gestione "sinergica" del rischio – che determina l'obbligo di prevedere non più il fatto proprio, ma quello collettivo – giustifica la rilevanza penale di condotte che, sebbene "non autosufficienti", si compenetrano con altre condotte tipiche. Soltanto in questi termini è consentito derogare al generale principio di affidamento quale criterio di delimitazione delle responsabilità individuali nel fatto colposo³⁴. Anche nel caso di cooperazione nel delitto colposo, potranno rilevarsi differenti peculiarità in ordine al trattamento sanzionatorio.

L'argomento trattato non è, indiscutibilmente, di facile approccio ma si confida, comunque, di aver apportato un minimo di chiarezza in ordine al coefficiente psicologico nelle ipotesi concorsuali.

³³ Massaro, A., *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, op. cit., pag.13

³⁴ Cfr. Cass. sez. IV, sent., 16 gennaio 2009, n. 1786