

## QUESITI

---

**RICCARDO ORLANDI**

**Concorso nel reato e  
tipicità soggettiva eterogenea.  
Il concorso colposo nel reato doloso**

Il tema della configurabilità di un concorso colposo nel reato doloso è ritornato di attualità a seguito della recente inversione dell'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla sua ammissibilità che si era nel tempo consolidato. Tale istituto, con l'intento di supplire a presunte esigenze di equità, si è rilevato iniquo strumento di prevenzione generale negativa. Vi sono preclusioni di ordine dogmatico e di razionalità del sistema che impediscono la possibilità di configurare una simile forma concorsuale e non soltanto differenti sensibilità nella lettura delle norme.

*Complicity and Different Subjective Actus Reus. The Negligence Participation in Intentional Crime.*

*The issue of configurability of a negligence participation in intentional crime has become topical again following the recent reversal of the Supreme court's orientation, which had been consolidating over time, until then in favour of its admissibility. This theme, with the intent to make up for alleged needs of fairness, has turned out however an unfair instrument of general negative prevention. There are preclusions concerning theory of crime and system's rationality that prevent the possibility of configuring such form of complicity and not only different sensibilities in reading rules.*

**SOMMARIO:** 1. L'evoluzione giurisprudenziale sul concorso colposo nel reato doloso - 2. Il recente cambio di orientamento. Una lettura sistematica rispettosa del divieto di analogia *in malam partem* e del principio di frammentarietà - 3. Una prima preclusione di tipo dogmatico al concorso eterogeneo: tipicità soggettiva e modello unitario di concorso di persone - 4. Cooperazione colposa e cause colpose indipendenti - 4.1. Una preclusione ulteriore: sfere di competenza e dominio del rischio. Il divieto di regresso - 5. I nodi irrisolti della questione: la responsabilità dello psichiatra per atti eterolesivi del paziente - 5.1. (*Segue*). Posizione di garanzia e reato colposo monosoggettivo - 6. I reati di agevolazione colposa. Conclusioni

1. *L'evoluzione giurisprudenziale sul concorso colposo nel reato doloso.* Fino alla fine degli anni '90, la giurisprudenza unanimemente riteneva, con adesione anche dell'indirizzo dottrinario tradizionale e prevalente, l'impossibilità di configurare un concorso colposo nel reato doloso<sup>1</sup>, argomentando la scelta sulla base di una lettura sistematica degli artt. 42, co. 2 e 113 c.p. Infatti, a tale riguardo si sosteneva che l'art. 113 c.p. parlando soltanto di cooperazione colposa nel delitto colposo e non generalmente nel delitto, era carente di una

---

<sup>1</sup> *Ex multis*, v. Cass., Sez. IV, 11 ottobre 1996, n. 9542, in *Cass. pen.*, 1997, 3401. Fu antesignana rispetto agli approdi attuali la pronuncia Cass., Sez. un., 3 febbraio 1990, n. 2720, in *Cass. pen.*, 1990, 828 ss., nella quale la Suprema Corte esclude la configurabilità del concorso colposo nel reato doloso in un'ipotesi che riguardava un notaio che aveva redatto in maniera negligente un rogito a cui era seguita una lottizzazione abusiva; nel caso di specie, i giudici affermarono una congenita incompatibilità relazionale tra i due titoli soggettivi (doloso e colposo) in relazione al concorso colposo nel reato doloso altrui.

espressa previsione per il titolo doloso<sup>2</sup>.

La questione del concorso colposo nel reato doloso non è soltanto teorica ma ha anche dei risvolti pratici non trascurabili consistenti principalmente nell'estensione della disciplina generale sul concorso di persone e alla punibilità, in casi però particolari, di determinate condotte altrimenti atipiche.

A partire da una sentenza del 2002, la Suprema Corte mutò il suo orientamento, rimasto invariato fino al 2018, ammettendo la configurabilità del concorso colposo nel reato doloso. Il caso che fu posto all'attenzione dei giudici di legittimità riguardava un vasto incendio di diverse tonnellate di pneumatici avvenuto in un magazzino a cielo aperto ad opera di ignoti, per il quale venne contestata al custode una responsabilità in concorso colposo con terzi per l'incendio<sup>3</sup>. Nella motivazione, i giudici di legittimità, nel rigettare il motivo di ricorso concernente la violazione di legge inerente all'interpretazione dell'art. 113 c.p., asserirono che quanto stabilito dall'art. 42 cpv. c.p. non riguardasse la disciplina sul concorso di persone, né quella sulla cooperazione colposa, ma soltanto le fattispecie incriminatrici di parte speciale. Secondo questa lettura sarebbero state configurabili anche forme di compartecipazione con titoli soggettivi diversi, anche se non espressamente previste dalle disposizioni sul concorso<sup>4</sup>. Assumerebbe rilievo centrale come criterio ermeneutico il solo rapporto di causalità come disciplinato dagli artt. 40 e 41 c.p. e di conseguenza, seguendo il modello della *condicio sine qua non*, non si potrebbero differenziare le diverse tipologie di apporti criminosi; l'unica distinzione tra la cooperazione colposa e le cause colpose indipendenti sarebbe da individuarsi nel fatto che nel primo caso è richiesta la rappresentazione della condotta altrui<sup>5</sup>. Gli stessi giudici ritenevano poi decisivo, ai fini della configurazione del-

---

<sup>2</sup> In precedenza, si era ritenuto ammissibile la configurazione di un concorso colposo nel reato doloso in Cass., Sez. III, 24 novembre 1999, n. 3923, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2000, 518, nel quale i giudici di legittimità avevano statuito, in materia di reati tributari, che il contribuente non era esonerato dalla penale responsabilità nel caso in cui avesse affidato ad un consulente fiscale l'adempimento dei propri obblighi tributari, ove questo li esegua in maniera negligente, rimanendo comunque in capo al primo eventuali profili di responsabilità nella forma della cooperazione colposa.

<sup>3</sup> Per una disamina della sentenza, con valutazioni adesive, v. Giuseppe PIGHI, *La Cassazione e l'incerta autonomia della cooperazione colposa*. Nota a Cass., Sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 39680, in *Cass. pen.*, 2005, 813 ss.

<sup>4</sup> Ritengono ammissibile il concorso colposo nel reato doloso, sulla base di una lettura sistematica delle norme in materia ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 197; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 223 ss. Su questa lettura, con osservazioni critiche, v. SERRAINO, *Il problema della configurabilità del concorso di persone a titoli soggettivi diversi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 464 ss.

<sup>5</sup> In dottrina, sulla differenza tra cooperazione colposa e cause colpose indipendenti, cfr. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 135; FIANDACA,

la forma concorsuale in parola, il dato che il concorso doloso nel reato colposo fosse ritenuto pacificamente ammissibile dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente, compiendo così una sorta di “logica” equivalenza.

Successivamente in una sentenza pronunciata nel 2008 le argomentazioni della Cassazione, in questo senso, vennero approfondite e portate ad ulteriori sviluppi<sup>6</sup>. In tale occasione, la Suprema Corte svolse una ricostruzione e una disamina dei dati normativi attraverso i quali costruire la figura del concorso colposo nel reato doloso, sulla base delle quali si innestarono tutte le altre pronunce conformi. La principale argomentazione faceva leva sull'assunto elaborato da un illustre Studioso del «non c'è dolo senza colpa»<sup>7</sup>, poiché – argomentavano i giudici – nel caso del delitto doloso non ci si trova di fronte ad un atteggiamento soggettivo diverso rispetto a quello colposo, ma in quello doloso c'è soltanto un elemento in più, in aggiunta, che è quello dell'aver previsto e voluto l'evento; il dolo è qualcosa di più della colpa, ma non ontologicamente diverso da quest'ultima<sup>8</sup>. Una tale concezione dei rapporti intercorrenti tra dolo e colpa portò i giudicanti a giustificare l'assenza di una espressa previsione legale sul concorso colposo nel reato doloso, partendo proprio dall'assunto sopra esposto: se è ammissibile la forma del concorso doloso nell'altrui fatto colposo, bisogna dedurne che è possibile ammettere anche il contrario, considerato che non sussistono elementi di incompatibilità e se è ammessa la forma di compartecipazione più restrittiva allora è ammessa an-

---

MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Bologna, 2010, 576-577; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Padova, 2013, 543 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Torino, 2016, 500-501.

<sup>6</sup> Cass., Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, in *Mass. Uff.*, n. 242830. La vicenda riguardava una sentenza di condanna pronunciata contro uno psichiatra e un medico militare che nei loro rispettivi accertamenti sanitari avevano rilasciato ad un soggetto affetto da importanti turbe psichiche i certificati medici necessari ai fini del rilascio del porto d'armi, il quale una volta attenuolo si armava di un fucile e provocava la morte di due donne, il ferimento di altri soggetti per spari scoppiati dalla finestra dell'abitazione ed infine si toglieva la vita.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Rilievi critici in DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, 329 ss. e 340 ss. (spec. 337-338), dove l'Autore evidenzia come: «[M]entre la violazione di una regola cautelare è essenziale alla tipicità della condotta colposa perché a quest'ultima è essenziale la non volontarietà dell'evento lesivo e la possibilità di un controllo finalistico della condotta stessa atto a prevenirlo, nel dolo la direzione finalistica degli atti rispetto al risultato conferisce loro un significato che non può essere scoltito concettualmente mediante le nozioni della prudenza o della cautela. Il rimprovero che si muove all'agente doloso non presuppone mai che gli si dimostri la possibilità di evitare il risultato tenendo una specifica condotta doverosa: ciò che invece, anche processualmente, è ineludibile per l'imputazione della colpa». Sulla colpa come *aliud* rispetto al dolo, cfr. Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343 (*ThyssenKrupp*), par. 50, in *archivioldpc.dirittopenaleuomo.org*.

che quella più ampia<sup>9</sup>.

2. *Il recente cambio di orientamento. Una lettura sistematica rispettosa del divieto di analogia in malam partem e del principio di frammentarietà.* Trovata di recente ad essere nuovamente investita della questione, la Corte di cassazione, dopo circa vent'anni, con una sentenza pronunciata nel 2018<sup>10</sup>, ha operato un'inversione dell'indirizzo giurisprudenziale, decidendo per l'inammissibilità di un concorso colposo nel reato doloso.

La vicenda riguardava la responsabilità di un medico di base che aveva rilasciato nell'agosto del 2012 ad un suo paziente, già sottoposto negli anni precedenti a due trattamenti sanitari obbligatori e a terapia farmacologica per la stabilizzazione dell'umore (nel 1998 gli fu rilasciato il porto di fucile per il tiro al volo, ma nel 2009 gli venne proibito di detenere armi e munizioni), un certificato anamnestico preliminare all'accertamento delle condizioni psico-fisiche per ottenere il rilascio del porto di fucile ad uso caccia e per uso sportivo e il porto d'armi per difesa personale nel quale attestava in capo al richiedente l'assenza di malattie del sistema nervoso, di turbe psichiche e il non utilizzo di sostanze psicoattive. Con questo certificato il soggetto agente superava con esito positivo anche la visita del medico della Polizia di Stato, ottenendo successivamente il rilascio del porto d'armi nel settembre del 2012 (il procedimento amministrativo registrò alcuni errori da parte del personale della questura, che permisero così un esito positivo dell'istruttoria). Nel marzo del 2013 acquistava presso un'armeria un pistola semiautomatica, esibendo proprio tale permesso. Con quell'arma si recava poi presso la sede della regione Umbria a Perugia, dove uccideva due funzionarie regionali e si toglieva la vita; il gesto veniva motivato dallo stesso autore in una lettera lasciata su una scrivania: l'ufficio regionale aveva revocato un finanziamento all'associazione per la quale svolgeva corsi di formazione, mandando in frantumi le sue aspettative professionali.

In questa sentenza, l'argomento principale utilizzato dai giudici di legittimità per escludere la configurazione del concorso colposo del medico di base nel

---

<sup>9</sup> Partendo da queste argomentazioni, giunge alla conclusione che non vi sono ostacoli di ordine logico e neanche normativo alla configurazione del concorso colposo nel reato doloso BORGHI, *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p. In particolare, la controversa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso*, in [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org).

<sup>10</sup> Cass., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032; la sentenza è stata commentata da DEMURO, *Il concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 936 ss.; la stessa è stata annotata anche da PIRAS, *Svanisce il concorso colposo in reato doloso*, in [archiviodpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org).

reato doloso commesso dal terzo, si è basato sul dato normativo, nel senso che la mancata previsione legale del concorso con titoli soggettivi diversi non può risolversi nell'ammissione dello stesso, ma anzi deve ritenersi il contrario, poiché, allorquando si desuma da una lettura sistematica delle norme sul concorso di persone e del reato colposo una disciplina implicita, questa deve risultare incontrovertibile, per il fatto che si verifica un ampliamento della rilevanza penale e quindi della punibilità e non una sua riduzione, portando così ad un recupero o comunque ad un soccorso di tipicità altrimenti carente. In questo modo si realizza un'estensione analogica *in malam partem* in violazione del principio di legalità, fornendo un'interpretazione oltre limiti accettabili. I giudicanti hanno correttamente ritenuto che le argomentazioni poste alla base della configurabilità della forma concorsuale in parola nella precedente giurisprudenza fossero artificiose. Ha osservato, infatti, la Suprema Corte che l'art. 113 c.p. non può essere di per sé solo comprensivo anche dell'ipotesi più grave del titolo doloso, poiché in palese contrasto con il principio di legalità e il divieto di analogia *in malam partem*. Il dato testuale risulta piuttosto chiaro nel delimitare il suo stesso ambito di operatività: il dettato dell'art. 113 c.p. si apre con la locuzione «nel delitto colposo» e quindi non si può ritenere che la disciplina si riferisca ad una tanto generica compartecipazione in un fatto di reato qualsiasi, con un *focus* sulle sorti del concorrente a titolo colposo; lo stesso si può dire con riguardo al partecipe che «soggiace alle pene stabilite dal delitto stesso», dove «stesso», nella norma, indica il reato colposo. Se valesse un'interpretazione estensiva, si dovrebbe giungere alla conclusione poco sensata che il concorrente a titolo di dolo dovrebbe soggiacere alla stessa pena prevista per il delitto colposo.

Sono emerse, dunque, nelle motivazioni fornite dai giudici di legittimità, due ordini di ragioni che hanno portato all'esclusione della configurabilità di tale forma concorsuale, operando un mutamento di indirizzo che sembrava ormai consolidato. Il primo riguarda l'interpretazione sistematica delle norme che qui vengono in rilievo, vale a dire gli artt. 113 e 42, co. 2 c.p., svolta alla luce del principio di frammentarietà<sup>11</sup> e del divieto di analogia *in malam par-*

---

<sup>11</sup> L'origine della caratteristica frammentaria del diritto penale è da attribuire a BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B.T., Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig, 1902, 20, il quale la considerava un problema (un limite) della materia penale e non un suo carattere necessario. Sul principio di frammentarietà, v. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, 9 ss.; PRITTWITZ, *Funktionalisierung des Strafrechts*, in *SV*, 1991, 435 ss.; HEFENDEHL, *Der fragmentarische Charakter des Strafrechts*, in *JA*, 2011, 401 ss.; sia nel suo sviluppo storico sia per le critiche che gli sono state mosse, sotto la duplice prospettiva di presunte esigenze ineludibili di prevenzione generale e speciale, oltre ad un'ampia

*tem*<sup>12</sup>; il secondo concerne l'incompatibilità dei titoli soggettivi del dolo e della colpa in una loro interrelazione concorsuale. Questo secondo aspetto sarà qui ripreso nel prosieguo della trattazione ed ulteriormente sviluppato ed approfondito.

3. *Una prima preclusione di tipo dogmatico al concorso eterogeneo: tipicità soggettiva e modello unitario di concorso di persone.* Una prima argomentazione contro la configurazione di un concorso colposo nel reato doloso può essere rinvenuta, individuando una sorta di sbarramento dogmatico preliminare, nella struttura generale del reato, quindi da un punto di vista ancora monosoggettivo da porre successivamente in relazione con l'istituto concorsuale personale.

Il sistema penale italiano si fonda su una concezione mista oggettiva e soggettiva dell'illecito penale, dove, però, l'aspetto oggettivo e il disvalore d'evento risultano preminenti nella codificazione del 1930; la chiave di lettura sostanzialmente oggettivistica ha trovato nell'illustre dottrina coeva e anche successiva al codice ampi consensi, così da mantenersi valida nei suoi aspetti fondamentali fino ad oggi<sup>13</sup>. L'impostazione di tipo oggettivo, nel focalizzarsi sulla lesione o messa in pericolo del bene giuridico, assume l'evento come fulcro dell'imputazione, limitando il più possibile un approccio ad un diritto penale

---

disamina del concetto VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in *ZStW*, Bd. 123, 2011, 660 ss., in italiano *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, trad. a cura di Donini, in [archiviopcdpc.dirittopenaleuomo.org](http://archiviopcdpc.dirittopenaleuomo.org); nella manualistica JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4. Aufl., Berlin, 1988, 46 ss.; BAUMAN, WEBER, MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., Bielefeld, 2003, 12; KINDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Baden-Baden, 2008, 37; nella manualistica italiana il principio di frammentarietà viene affrontato in maniera autonoma e con una certa organicità in FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 32 ss., che costituisce un caso piuttosto isolato, a fronte di un diffuso silenzio sul tema; cfr. inoltre MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y metodo*, Barcelona, 1976, 127 ss.; BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di De Acutis - Palombarini, Padova, 1984, 3, 3 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 113 ss.; per un utilizzo particolare, in senso negativo, del concetto di frammentarietà BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *Quest. crim.*, 1979, 167 ss.

<sup>12</sup> In dottrina, sul divieto di analogia *in malam partem*, a fronte di una letteratura piuttosto vasta, si segnalano in particolare i contributi di VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, 1, 158 ss.; MORSELLI, *Analogia e fattispecie penale*, in *Indice pen.*, 1990, 505 ss.; MARINUCCI, *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.; VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, *passim*.

<sup>13</sup> Tale impostazione oggettivistica è evidenziata in ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, 2° ed., Milano, 1995, 1, 39/60, 301, dove l'Autore sottolinea come sarebbe invece raccomandabile una concentrazione maggiore sul disvalore d'azione, attribuendo la dovuta rilevanza agli elementi soggettivi dell'antigiuridicità e alla teoria finalistica dell'azione.

basato sulla volontà dell'agente, dove l'atteggiamento ribelle in contrasto con il precetto imposto dall'autorità assume una rilevanza centrale, mentre la realizzazione materiale rappresenta un momento accidentale del comportamento criminoso<sup>14</sup>. Quella di tipo soggettivo, invece, propria di una concezione personale dell'illecito (*personale Unrechtslehre*), si basa sull'atteggiamento del volere del soggetto, palesata nell'azione; in questo caso si pone l'attenzione sulla genesi ontologica dell'*iter criminis*, poiché non si guarda all'effetto della condotta criminosa, bensì all'espressione della volontà<sup>15</sup>. Risulta evidente come non sia possibile abbracciare in senso assoluto e totalizzante uno dei due schemi - oggettivo o soggettivo - sui quali fondare l'intero sistema penale. Ciò, perché non potrebbe esserci una valutazione dell'illecito penale completa e scientificamente corretta, quindi non parziale, se si prendesse in considerazione o soltanto il fatto o soltanto l'autore, aldilà delle conseguenze inaccettabili a cui si giungerebbe in un approccio oggettivo o soggettivo puro<sup>16</sup>. Da una storica contrapposizione tra questi due modelli di illecito, in materia di concorso di persone e nello specifico sul concorso colposo nel reato doloso, un approccio di tipo integrato può risultare non soltanto utile, ma anche in buona parte risolutivo, considerato che condotta ed evento svolgono un ruolo

<sup>14</sup> Tra i principali lavori incentrati sul disvalore d'evento e conseguenti teorizzazioni sistematiche, v. MAZZACUVA, *Il disvalore d'evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 121 ss. e *passim*; ID., voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, 1990, 4, 451 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7° ed., Milano, 2018, 201 ss.

<sup>15</sup> HELFER, *Il concorso di più persone nel reato. Problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013, 192 ss. e *passim*. Entrambe le concezioni in assoluto presentano degenerazioni note: da un lato, la responsabilità oggettiva come forma di responsabilità penale non personale, perché l'agente è chiamato a rispondere di un evento da lui non voluto, e dall'altro, la sola volontà ribelle e malvagia del soggetto in un contesto eticizzante, dove si viene puniti piuttosto per quello che si è e non per quello che si pone in essere (*Gesinnungsstrafrecht*). Le principali resistenze alla diffusione dell'impostazione welzeliana nella dottrina italiana erano dovute proprio ai timori di una sua deriva eticizzante. Sull'infondatezza di una sovrapposizione tra la concezione personalistica dell'illecito penale e l'ipersoggettivismo etico elaborato dagli esponenti della c.d. Scuola di Kiel, v. le considerazioni di BETTIOL, *Stato di diritto e "Gesinnungsstrafrecht"*, in *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, Berlin-New York, 1974, 185 ss.; v. anche la dettagliata ricostruzione di NISCO, *Neokantismo e scienza del diritto penale. Sull'involutione autoritaria del pensiero penalistico tedesco nel primo Novecento*, Torino, 2019, 59 ss., 90 ss. e 190 ss.

<sup>16</sup> Sul problematico rapporto tra disvalore d'azione e d'evento (dopo le elaborazioni di H. Welzel), cfr. KRAUSS, *Erfolgsunwert und Handlungswert im Unrecht*, in *ZStW*, Bd. 76, 1964, 19 ss.; MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlung und Erfolgsunwert im Strafrecht. Eine Studie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, *passim*; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 328 ss.; MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 796 ss. Nella letteratura penalistica spagnola, per un confronto tra disvalore d'evento e disvalore d'azione, anche alla luce di considerazioni non soltanto dogmatiche ma anche politico-criminali in una prospettiva storica, v. MIR PUIG, *Estado, pena y delito*, Buenos Aires-Montevideo, 2006, 115 ss. e 259 ss.

di tipo strumentale alla definizione del reato, ma si rivelano da soli insufficienti per comprendere compiutamente la rilevanza penale del fatto.

Sia in una teoria del reato tripartita di belinghiana ascendenza o bipartita classica (quindi sia che si scomponga il reato in fatto tipico, antigiuridicità obiettiva e colpevolezza oppure in elemento oggettivo ed elemento soggettivo) la concezione del torto è pressoché la stessa, poiché la collocazione degli aspetti oggettivi e soggettivi di valutazione, aldilà dell'autonomia o meno dell'antigiuridicità e la trattazione delle scriminanti, non cambia ed entrambe si concentrano sul disvalore d'evento<sup>17</sup>, senza guardare agli elementi soggettivi che contribuiscono a definire l'offesa in termini penalistici. Invero, adottando una costruzione separata delle fattispecie, però, si inizia già a comprendere come dolo e colpa non siano soltanto aspetti di una differente colpevolezza, ma costituiscano un fatto tipico a sé stante che si differenzia fin da subito per il suo aspetto soggettivo. Sono poi gli elementi normativi che ci forniscono un ulteriore indizio sugli aspetti soggettivi della tipicità, arricchendola di contenuti giuridici e di sottese discipline, che rendono l'illecito già antigiuridico<sup>18</sup>.

Nel considerare allora una tipicità soggettiva (*Unrecht*), cioè contraddistinta fin da subito dall'elemento soggettivo (dolo o colpa), nella quale l'atteggiamento del volere assume un ruolo particolarmente rilevante<sup>19</sup>, spostando sul piano della colpevolezza (*Schuld*) la relazione tra il fatto e l'autore, affinché il volere dell'agente abbia seguito un normale percorso di formazione<sup>20</sup>, si abbandonano categorie di imputazione totalmente oggettive, per le quali la semplice ma-

<sup>17</sup> DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 12.

<sup>18</sup> DONINI, *Il "posto" delle scriminanti nel diritto penale moderno*, in *Il penale nella società dei diritti. Cause di giustificazione e mutamenti sociali*, a cura di Donini - Renzo Orlandi, Bologna, 2010, 234-235.

<sup>19</sup> Nella letteratura penalistica italiana sono diversi gli Autori che prendono in considerazione l'incidenza degli aspetti subiettivi sul fatto tipico, pur tra impostazioni generali differenti: v. l'ampia ricostruzione di DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., *passim*; ID., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, 313 ss.; ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, *passim*, nella precedente letteratura, cfr. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente nella più recente letteratura tedesca (1950)*, rist. Milano, 1967, 16 ss.; SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, 118 ss.; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 257 ss.; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, 2° ed., Napoli, 1964, 73 ss.; FIORE, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Napoli, 1966, 112 ss.; MORSELLI, *Coscienza e volontà nella teoria del dolo*, in *questa rivista*, 1966, 406 ss.; SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987, 311 ss. e *passim*; VASSALLI, voce *Tipicità* (diritto penale), in *Enc. dir.*, 1992, 535 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 124 ss.; v. altresì GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, Padova, 1993, 1, 339 ss.; EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, *passim*; DE VERO, *Corso di diritto penale*, 2° ed., Torino, 2012, 1, 426 ss.; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Bologna, 2017, 316 ss., 423 ss. e 459 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 7° ed., Torino, 2018, 273 ss.

<sup>20</sup> DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 24 ss.

nifestazione dell'agire umano è base sufficiente per fondarne la responsabilità, evitando così la costruzione di una teoria del reato che presenti strutture e categorie in contrasto con il principio di colpevolezza sancito dall'art. 27, co. 1°, Cost.<sup>21</sup>. Una rilettura costituzionalmente orientata, dunque, delle categorie del reato, di un fatto tipico teleologicamente orientato, accompagnata da una decostruzione dell'inattuale categoria dell'antigiuridicità obiettiva<sup>22</sup>, in grado di configurare una concezione del reato umanizzata e un sistema di imputazione corrispondente ai principi di responsabilità per fatto proprio, responsabilità per fatto proprio colpevole e di *nullum crimine sine culpa*<sup>23</sup>, elaborando una struttura del reato sulle basi della teoria finalistica dell'azione e del costituzionalismo penale<sup>24</sup>.

L'illiceità dell'evento è sempre sostenuta e definita dall'illiceità dell'azione. Sottraendo il dolo e la colpa alla categoria della colpevolezza e inserendoli nella struttura della fattispecie, si genera un illecito personale; l'azione finalisticamente orientata caratterizza la tipicità: le modalità di lesione del dolo e della colpa assumono un rilievo fondamentale per lo studio interno del fatto tipico, eliminando una polarizzazione tra categorie interamente oggettive o soggettive e strutturando l'oggettivo come valutazione precedente rispetto al soggettivo all'interno della stessa categoria.

Si delineano in questo modo le due categorie essenziali nelle quali suddividere il reato: l'«illecito» e la «colpevolezza»<sup>25</sup>. La prima categoria dell'illecito

<sup>21</sup> DONINI, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una "resa dei conti" con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1577 ss.

<sup>22</sup> Nella categoria dell'antigiuridicità non si prova nulla, si provano soltanto gli elementi che la negano, cioè le scriminanti, le quali sono elementi eventuali a sé stanti che non entrano a far parte delle categorie in cui viene scomposto e analizzato il reato. Su questo, più ampiamente, DONINI, *Il "posto" delle scriminanti*, cit., 241 ss.; ID., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 698 ss.; anche DIAMANTI, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali. Contributo ad uno studio sull'imputazione dell'illecito penale*, Torino, 2019, 24 ss.

<sup>23</sup> Su questo, v. DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di Insoleira - Mazzacuva - Pavarini - Zanotti, 3° ed., Torino, 2006, 1, 214 ss. e 251ss., oltre all'ampia bibliografia ivi citata alla fine del capitolo.

<sup>24</sup> Tutto ciò, però, deve sempre rimanere ancorato alla caratteristica ineludibile che il diritto penale deve avere in uno Stato democratico di diritto: la tutela e la conseguente conservazione dei beni giuridici e non la loro promozione, palesata in una tutela di valori etici che attengono all'atteggiamento interiore. Per questa elaborazione e in questi termini, qui condivisi, v. MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta*, cit., 796 ss. (spec. 837-838); v. anche, sul punto, CORNACCHIA, *Ein unausrottbares Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale*, a cura di Pawlik - Cornacchia, Napoli, 2015, 261 ss.

<sup>25</sup> La teoria del reato, qui recepita e seguita, è stata formulata da DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., *passim*.

comprende il fatto tipico oggettivamente e soggettivamente caratterizzato, umanizzato ma comunque impersonale, un illecito penale non scriminato<sup>26</sup>. Nell'illecito si raggiunge, quindi, un corretto bilanciamento tra disvalore d'azione e disvalore d'evento: il diritto penale, nell'esercitare la sua funzione generalpreventiva, caratterizza soprattutto le azioni e soltanto marginalmente gli eventi. Ciò non toglie che dolo e colpa abbiano in comune un elemento oggettivo, che non può però coincidere con gli elementi che li provano, altrimenti si dovrebbe intendere integralmente la colpa e il dolo come azione, che porterebbe di conseguenza a diluirli in chiave oggettivizzante all'interno della condotta. Quest'ultima, infatti, mantiene una sua parte indipendente dalla caratterizzazione che le fornisce il dolo e la colpa, definendo uno spazio di imputazione di tipo oggettivo<sup>27</sup>. La tipicità soggettiva – dolo e colpa nel fatto tipico – genera fatti ontologicamente diversi e offese conseguenti che si manifestano in modi differenti. La categoria della colpevolezza, svuotata del dolo e della colpa trattati nell'illecito, costituisce l'elemento di collegamento tra il fatto e il suo autore, rappresentando l'atteggiamento antidoveroso della volontà, valutato secondo parametri e criteri differenti a seconda che si tratti di un fatto colposo o doloso, accertando la normalità del processo motivazionale dell'agente e l'assenza di scusanti.

Dopo il codice Zanardelli del 1889 che disciplinava in maniera differenziata le diverse forme di compartecipazione criminosa, con il codice Rocco si è passati ad un sistema unitario del concorso, sia per quanto attiene al titolo di reato sia al trattamento sanzionatorio conseguente. Partendo dal presupposto causale-condizionalistico che tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento sono in modo indistinto cause di esso, i soggetti agenti nel concorso non sono differenziati: sennonché ritenere che chiunque partecipi alla realizzazione di un fatto di reato realizzi lui solo tutti gli elementi della fattispecie di parte speciale è una *fictio iuris*, che esula dal senso comune e dalla normale manifestazione di reati a realizzazione plurisoggettiva. La centralità

<sup>26</sup> DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 23.

<sup>27</sup> Infatti, se si viola una regola cautelare non vuol dire che c'è automaticamente colpa (penale), perché se così fosse si tratterebbe di una *culpa in re ipsa*. Su questi aspetti, cfr. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 167 ss.; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 37 ss. e 96 ss.; GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 244 ss. Anche in un approccio finalistico integrale, si ammette comunque, nonostante un assoluto predominio del soggettivo sull'oggettivo, che vi sia un oggetto già presente sul quale poi si va poi ad innestare il dolo o la colpa. In questo senso, v. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlin, 1991, *passim*; SANCINETTI, *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, in *Teorías actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, 1998, 181 ss.

dell'evento, nella disciplina della compartecipazione, circoscrive al solo momento della commisurazione della pena nel caso concreto la differenziazione tra i singoli contributi alla realizzazione del piano criminoso<sup>28</sup>.

L'art. 110 c.p., a differenza della disposizione sul delitto tentato, per integrare il contributo concorsuale nell'insieme della tipicità, deve necessariamente presupporre la consumazione (o almeno il tentativo) di un reato, affinché possa essere punita la condotta del partecipe. A livello schematico, l'estensione della punibilità operata dall'art. 56 c.p. è di tipo verticale, mentre quella operata dall'art. 110 c.p. è di tipo orizzontale, con una sorta di effetto estensivo a raggera, nel senso che l'estensione della tipicità avviene (anche) sulla base di un legame accessorio tra le condotte: è quindi un processo duplice e articolato di integrazione reciproca che presenta caratteristiche di accessorialità<sup>29</sup>.

La scelta di un modello unitario di concorso di persone comporta una concezione unitaria del fenomeno della compartecipazione criminosa, la quale, inserendosi nella stessa tipicità, si esplica nell'esigenza che i correi partecipino alla stessa offesa tipica, cioè allo stesso tipo di illecito, che, come detto, è oggettivamente e soggettivamente caratterizzato, con una comunanza inerente tanto agli aspetti oggettivi quanto a quelli soggettivi: fatto lesivo del bene giuridico identico così come l'elemento psicologico<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> HELFER, *Il concorso di più persone nel reato*, cit., 4 ss. e 104 ss.

<sup>29</sup> SEMINARA, *Tecniche normative e concorso*, cit., 294. Queste considerazioni non comportano comunque l'adozione della teoria dell'accessorialità come fondamento dell'istituto del concorso di persone. Se di teorie bisogna parlare, la più confacente alla disciplina italiana è la teoria della fattispecie pluri-soggettiva eventuale (DELL'ANDRO, *La fattispecie pluri-soggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, *passim*). Ciò però non toglie che, quantomeno a livello pratico o come strumento ermeneutico, la teoria dell'accessorialità, in alcuni suoi aspetti basilari ma caratterizzanti, possa comunque adempiere una funzione importante, rispettando "esigenze" di sistema e "garanzie" nel sistema. La teoria dell'accessorialità in Italia è stata adottata da BETTIOL, *Sulla natura accessoria della partecipazione criminosa nel codice vigente e nel progetto Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1930, ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1966, 1, 1 ss.; ID., *Diritto penale*, 10° ed., Padova, 1978, 577 ss.; LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone*, cit., 125 ss., 144 ss. e *passim*; RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1949, 171 ss.; PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 29 ss. e *passim*; per una sua rivalutazione anche MORSELLI, *Note critiche sulla normativa del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 415; per un utilizzo parziale, distinguendo tra accessorialità quantitativa e qualitativa SEMINARA, *Tecniche normative e concorso*, cit., 281 ss. e *passim*; di recente, nella manualistica, come accessorialità minima, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., 524-525.

<sup>30</sup> Il dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità nel concorso di persone è sostenuto in dottrina da BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1949, 453; PANNAIN, *Manuale di diritto penale (parte generale)*, 4° ed., Torino, 1967, 1, 846 ss.; BETTIOL, PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1986, 669 ss. «È indiscutibile, infatti, che, per aversi l'istituto del concorso, è necessario che tutti rispondano dello stesso reato e, perciò, se l'autore del reato deve rispondere di delitto doloso, il partecipe non può rispondere di concorso colposo. Solamente questo rilievo giustifica

La prima preclusione di tipo dogmatico alla possibilità di configurare un concorso colposo nel reato doloso, risiede, dunque, nella tipicità soggettivamente caratterizzata che comporta una generazione di fatti ontologicamente diversi; questa diversità ontologica impedisce una comunicabilità sia unidirezionale sia bidirezionale, in termini concorsuali, tra un fatto colposo e uno doloso.

Caso diverso è quello del concorso doloso nell'altrui fatto colposo: in questi casi, infatti, dove la comunicabilità delle due condotte è soltanto unidirezionale (da quella dolosa a quella colposa) l'agente in dolo si limita a sfruttare una condotta colposa altrui (del *deceptus*) già in essere, come mero strumento per la realizzazione del suo piano criminoso; si può dire che questa particolare forma di manifestazione del reato abbia caratteristiche "ibride", a cavaliere tra la disciplina di cui all'art. 48 c.p. (a prescindere dal fatto che l'errore in cui versa l'agente in colpa sia scusabile o meno) e quella di cui all'art. 111 e 112, co. 2 c.p. In senso atecnico, è comunque un caso di reità mediata (*mittelbare Täterschaft*), piuttosto che una forma di concorso personale, nonostante tale concetto, elaborato in area tedesca, sia rimasto perlopiù estraneo alla cultura penalistica italiana, e nella pratica, a fronte dell'impianto normativo vigente, non vada comunque sottratto alla disciplina concorsuale, qualora applicabile<sup>31</sup>.

---

il principio che il concorso nei reati dolosi presuppone una *scientia maleficii*, che s'identifica col dolo, e giustifica altresì l'incompatibilità del concorso colposo in reato doloso e del concorso doloso in reato colposo. Si è, anzi, autorizzati a formulare il principio generale, che la *scientia maleficii* debba atteggiarsi, per la necessità di tener ferma l'unità del reato commesso dai partecipi, in relazione all'elemento psicologico del reato, di cui i partecipi debbono rispondere: dolo nel reato doloso, colpa nel reato colposo, semplice volontarietà nelle contravvenzioni»: *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Relazione sul Libro I° del Progetto*, Ministero della Giustizia e degli Affari di culto, Roma, 1929, 171. Una parte della dottrina, ritenendo ormai superato il dogma dell'unitarietà del titolo di responsabilità dei concorrenti come originariamente inteso, ha sostenuto che il concorrere nel medesimo reato andrebbe interpretato in senso meno restrittivo, soltanto come una partecipazione al «medesimo accadimento materiale», rilevante ai fini della lesione o messa in pericolo del bene giuridico: ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 202. In termini pressoché analoghi anche SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 224, la quale ritiene che l'unitarietà della responsabilità dei correi sia limitata alla causazione della stessa offesa tipica, senza coinvolgere il titolo di reato e l'elemento psicologico.

<sup>31</sup> In questo senso anche FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 2° ed., Torino, 2005, 2, 103, il quale ha sostenuto che il concorso doloso nell'altrui fatto colposo configuri una reità mediata, nel senso che l'autore sarebbe uno strumento per la realizzazione del fatto doloso e dunque questo caso sarebbe inquadrabile nell'art. 48 c.p. Nella giurisprudenza, per questa soluzione, v. Cass., Sez. V., 12 giugno 1985, n. 11413, in *Giust. pen.*, 1986, 2, 362. Sul tema della reità mediata, in chiave comparata, è paradigmatico e allo stesso tempo esemplificativo il c.d. caso del Re Gatto (*Katzenkönigfall*) deciso in ultima istanza con sentenza del *Bundesgerichtshof* nel 1988 (*BGH, Urteil des 4. Strafsenats vom 15. September 1988, Az. 4 StR 352/88*); una ricostruzione della vicenda è reperibile in *strafrecht-online.org*, per un commento KUDLICH, *Katzenkönig & Co. - Übersinnliches vor den Strafgerichten*, in *JZ*, Bd. 59, 2004, 72 ss.

4. *Cooperazione colposa e cause colpose indipendenti.* Tema altrettanto centrale nella risoluzione della questione che qui ci occupa è quello concernente la differenza tra cooperazione colposa e cause colpose indipendenti<sup>32</sup>.

L'istituto della cooperazione colposa, disciplinato dall'art. 113 c.p., consiste in un illecito plurisoggettivo<sup>33</sup>, caratterizzato dalla violazione di regole cautelari da parte dei singoli partecipanti, le quali possono essere rivolte o all'evento o all'altrui condotta. In quest'ultimo caso, si tratterà di una violazione di una regola cautelare tesa ad impedire la condotta pericolosa posta in essere da un soggetto terzo<sup>34</sup>.

Ogni soggetto gode, come cittadino, di una propria sfera di libertà e di diritti. Del pari, ha anche una serie di doveri giuridici, che attengono ad una gestione corretta della sua sfera di libertà. Ciò comporta che ogni individuo abbia anche competenza sulla gestione dei rischi che possano manifestarsi all'interno della propria sfera di competenza. L'inquadramento generale di tali rischi assume una connotazione di tipo relazionale, poiché, da un punto di vista nor-

---

<sup>32</sup> Con una scelta d'imperio ed improntata ad esigenze repressive, il legislatore del codice del '30 decise di porre fine alla diatriba dottrinale sulla configurazione o meno di una compartecipazione in un reato colposo, dovuta al silenzio sul punto della precedente codificazione unitaria. Sotto la vigenza del codice del 1889, la dottrina maggioritaria aveva escluso la configurabilità di una simile forma concorsuale, in base all'assunto che vi sarebbe stata una contraddizione insuperabile tra la condotta dell'agente colposo, che agisce contro l'intenzione, e la consapevolezza di cooperare colposamente, il c.d. previo concerto (così CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Firenze, 1924, 1, 375 ss.) Su questo dibattito, v. la ricostruzione di COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 62, nt. 1 e riferimenti bibliografici ivi richiamati. V., inoltre, ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, cit., 1 ss. (spec. nt. 1) e 57 ss.

<sup>33</sup> In argomento, cfr. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956, *passim*; LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, 1962, 10, 615 ss.; COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 63 ss.; ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *questa rivista*, 1983, 67 ss.; ALBEGGANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., *passim*; ID., *Il "nuovo volto" del concorso di persone nel reato colposo, tra dogmatica e giurisprudenza: osservazioni critiche alla teoria dell'"intreccio cooperativo"*, in *Ind. pen.*, 2018, 527 ss.; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., *passim*; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 451 ss.; RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 132 ss.; ID., *Combinazione ed interferenze di forme di manifestazione del reato*, cit., 132 ss.; ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, *passim*; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 121 ss., 483 ss. e *passim*.

<sup>34</sup> L'impostazione qui sinteticamente ripresa e seguita (anche se con qualche differenza nello sviluppo argomentativo complessivo) sulla cooperazione colposa sulle cause colpose indipendenti è stata teorizzata da CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 6 ss., 85 ss., 343 ss., 485 ss.; ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, 2, 821 ss.; ID., *Fahrlässige Mitverantwortung*, in *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln, 2007, 53 ss.; CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 271 ss., 803 ss., a cui per una più completa e dettagliata esposizione si rinvia.

mativo, sancisce un legame tra la creazione di un pericolo e la violazione di un dovere giuridico<sup>35</sup>. La violazione di tale dovere concerne la dimensione *ex ante* della responsabilità, creando così un rischio illecito; la violazione astratta del dovere giuridico è sussunta dalla misura cautelare richiesta dalla fattispecie colposa di parte speciale. La dimensione *ex post*, invece, attiene alla realizzazione del rischio illecito, che può essere ascritto al soggetto agente, se si concretizza nell'evento, secondo i criteri, oramai piuttosto consolidati, della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento<sup>36</sup>.

Come detto, ciascun cittadino è tenuto alla gestione dei rischi nascenti o derivanti soltanto dalla sua sfera di competenza, ritagliata sul perimetro della corrispondente sfera di libertà e diritti a questo riconosciuti. Vi sono, però, in deroga a tale assunto, doveri giuridici speciali che riguardano soggetti qualificati ai quali l'ordinamento attribuisce una funzione istituzionale di tutela di determinati beni giuridici. In questi casi, il bene giuridico viene, in un qualche modo, affidato al soggetto sui cui poi grava il relativo dovere speciale. Ad esso è istituzionalmente conferito un obbligo di attivarsi a tutela del bene a lui affidato, poiché i doveri speciali sono tendenzialmente doveri positivi (prevedono cioè un obbligo di *facere*)<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 770 ss. (spec. 773-775); CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 85 ss., 109 ss., 357 ss., 387 ss., 427 ss. La fonte del dovere è da rinvenire principalmente nel principio del *neminem ledere* e dal temperamento del principio di inviolabilità della libertà personale sancito dall'art. 13, co. 1° Cost. con un livello, seppur minimo, di doveri inderogabili di solidarietà, come sancito dall'art. 2 Cost. La tutela della libertà personale è da ritenersi comunque prioritaria e quindi la garanzia di solidarietà non ha una portata assoluta e generale. Tutti i cittadini devono assumersi la responsabilità (il dovere) di gestire in maniera corretta la propria libertà.

<sup>36</sup> CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 399. Per una rielaborazione della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento nella dottrina italiana, sia in generale sia specificamente per i reati colposi e per quelli dolosi, cfr. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 588 ss. e 1114 ss.; ID., *Illecito e colpevolezza*, cit., *passim*; ID., *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., *passim*; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento* (diritto penale), in *Enc. dir.*, 3, 365 ss., il quale ha declinato la teoria in quella del nesso di rischio, senza però accogliere in generale il tema della sfera di competenza come alternativa al paradigma causale, ma solo come integrazione e correttivo; sulle c.d. teorie del rischio (così definite) v., per tutti, BLAIOTTA, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, 365 ss.; BLAIOTTA, CANZIO, voce *Causalità* (diritto penale), in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, Milano, 2006, 2, 830 ss.; v. anche CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 881 ss.; PAGLIARO, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 779 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 1, 40/5 e 41/20; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 310 ss. e 423 ss.; per una bibliografia sulle posizioni favorevoli, cfr. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 365-366, nt. 1.

<sup>37</sup> CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 779. Sugli obblighi positivi di tipo speciale, cfr. JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., 820 ss. e *passim*; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlin-New York, 2000, 459 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, *Delito de infracción*

Nei rapporti intersoggettivi ogni consociato può fare normalmente affidamento sul fatto che gli altri consociati, con cui entrerà in contatto, terranno a loro volta un comportamento corretto, adottando le normali regole di cautela di cui anch'essi sono destinatari, sulla base dell'agente specifico che nel caso concreto viene in rilievo, secondo il modello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*. Il principio di affidamento consiste per l'appunto nel confidare sulla condotta diligente altrui nelle relazioni con altri soggetti<sup>38</sup>. Tale principio, non codificato, ma elaborato nell'ambito del reato colposo, si basa principalmente sulla figura dell'agente modello e serve come parametro di diligenza e di cautela<sup>39</sup>. Colui che fa affidamento sul fatto che il soggetto con cui entrerà in contatto segua anch'esso le normali regole di cautela, proprie del caso, potrà adottare un livello di prudenza normale, rispettando regole cautelari generiche o specifiche. Quando però il comportamento del terzo appare non affidabile perché costui non può o non vuole rispettare le regole di diligenza, è necessario un *surplus* di cautele<sup>40</sup>. Il *Vertaunensgrundsatz* non opera allorché il soggetto riconosce un pericolo generato dalla condotta imprudente del terzo, che non ha adottato le regole di diligenza che rientravano nella sua sfera di competenza. In questo caso, la regola prudenziale si espande, facendo sorgere un nuovo obbligo cautelare, che ha l'obiettivo di prevenire il comportamento scorretto del terzo<sup>41</sup>.

La cooperazione colposa consiste, quindi, nella violazione di obblighi cautelari relazionali. «Gli obblighi relazionali esprimono l'idea normativa di accessorialità: la responsabilità colposa dipende infatti dalla violazione di cautele che non stanno in connessione immediata con l'evento lesivo, ma che sono dirette al controllo di attività di altri o di meccanismi eziologici da queste attivati»<sup>42</sup>. In ciò risiede proprio la funzione dell'art. 113 c.p. e cioè di tipizzare le cautele relazionali<sup>43</sup>. Questi obblighi relazionali possono attenersi o alla condotta di terzi, nel caso di interazione plurisoggettiva, oppure ad una deroga al principio di affidamento, in via eccezionale, in ragione della condotta pericolosa

---

*de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, 107 ss. e *passim*.

<sup>38</sup> Su questo argomento, fondamentale l'ampia trattazione di MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim*. Sul rapporto tra principio di affidamento e delega di funzioni nel contesto della sicurezza sul lavoro, cfr. oltre all'opera testé citata, anche ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, cit., *passim*.

<sup>39</sup> RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. pen.*, 2008, 566 ss.

<sup>40</sup> MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., 73-74.

<sup>41</sup> CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 805-806.

<sup>42</sup> CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 808.

<sup>43</sup> CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 809.

tenuta da un soggetto terzo<sup>44</sup>. Tale istituto deve essere inquadrato in termini di accessorietà, cioè come colpa per relazione («*culpa per relationem*») tra obblighi cautelari nei rapporti intersoggettivi<sup>45</sup>.

Tradizionalmente la differenza tra cooperazione colposa e cause colpose indipendenti è stata rinvenuta dalla dottrina nella presenza o nell'assenza in capo ai compartecipi di un legame di tipo psicologico; nella cooperazione colposa vi sarebbe un tale tipo di legame con la condotta altrui, che invece mancherebbe nel caso di cui all'art. 41, co. 3 c.p.

Preso atto della presenza di una comune e condivisa consapevolezza in capo a tutti i soggetti agenti che cooperano dalla convergenza di volontà alla realizzazione dell'evento lesivo (colposo), si sono, però, registrate differenze sulle caratteristiche che questa consapevolezza dovrebbe assumere. Infatti, la dottrina maggioritaria, sostiene che la consapevolezza nel cooperare debba contenere in sé anche la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta, mentre altri hanno sostenuto che il legame psicologico si risolverebbe nella consapevolezza della sola cooperazione con l'altrui azione materiale<sup>46</sup>. In quest'ultima direzione sembra collocarsi buona parte della giurisprudenza, la quale ha più volte sostenuto che la cooperazione colposa si distingue dal concorso di cause colpose indipendenti, perché la prima richiede la consapevolezza reciproca della convergenza dei contributi, senza però che questa comporti anche la conoscenza del carattere colposo dell'altrui condotta<sup>47</sup>.

Nel seguire l'impostazione qui adottata, si può affermare che a fronte di una omogeneità sul piano normativo tra i due istituti, nella cooperazione colposa le cautele che si assumono violate sono rivolte alla condotta altrui, cioè sono tese a neutralizzare il comportamento colposo del terzo, mentre quando concorrono delle cause colpose indipendenti i soggetti coinvolti violano, in modo indipendente l'uno dall'altro, più regole cautelari, realizzando un evento lesivo unico. In altri termini, nel caso della cooperazione colposa, questa è integrata dalla violazione di regole che sono in relazione con la condotta altrui, mentre nel caso delle cause colpose indipendenti *ex art. 41, co. 3 c.p.*, le regole cautelari che si ritengono violate sono tra loro autonome<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Su questa distinzione, v. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, 453 ss.

<sup>45</sup> CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 571.

<sup>46</sup> Sulle diverse posizioni presenti in dottrina, v. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forma di manifestazione del reato*, cit., 122 ss. e riferimenti ivi riportati; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 576.

<sup>47</sup> Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1786, in *C.E.D. Cass.*, 242566; in senso conforme anche Cass., Sez. IV, 13 novembre 2014, n. 49735, *ivi*, 261183; Cass., Sez. IV, 9 gennaio 2018, n. 6499, *ivi*, 271972.

<sup>48</sup> CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 540-541; ID., *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti*

4.1. *Una preclusione ulteriore: sfere di competenza e dominio del rischio. Il divieto di regresso.* Il principio di affidamento, come detto, individua e circoscrive il perimetro di responsabilità nella gestione dei rischi che si pongono in capo ad un soggetto<sup>49</sup>. Nella prevalente dottrina tedesca, il tema inerente al principio di affidamento è stato ed è tuttora inquadrato nell'ambito del rischio consentito (*erlaubtes Risiko*), in un rapporto che si può definire di genere a specie<sup>50</sup>; il principio di affidamento esercita una specifica funzione nell'ambito dell'applicazione dello stesso criterio del rischio consentito, condividendone peraltro il fondamento dogmatico<sup>51</sup>.

Non è detto che vi sia sempre un concorso quando si presenta una interazione tra diverse cause colpose, poiché alcuni soggetti, che comunque hanno realizzato tale fattore colposo, potrebbero anche non risponderne<sup>52</sup>.

La presenza nel codice penale italiano di una disposizione come quella di cui all'art. 41 c.p., ha portato dottrina e giurisprudenza ad inquadrare la questione dell'interazione tra più cause colpose (cause colpose mediate) esclusivamente all'interno dell'impianto causale-condizionalistico<sup>53</sup>, mentre Oltralpe la

*problematici*, in *Ind. pen.*, 2001, 645 ss., 1063 ss.

<sup>49</sup> DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, 1999, 14, 282; nello stesso senso anche BLAIOTTA, *La causalità ed i suoi limiti: il contesto della professione medica*, in *Cass. pen.*, 2002, 119.

<sup>50</sup> MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., 67. Sulla collocazione del principio di affidamento nell'ambito del rischio consentito nella dottrina tedesca, v. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., 132 ss.; KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, Berlin, 1980, 213 ss.; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2. Aufl., München, 1994, 897. Al principio di affidamento, oltre all'ambito del rischio consentito, viene attribuita una funzione anche nell'applicazione del *Regreßverbot* in JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., 209, che sarà ripresa in questa sede. Nella letteratura penalistica italiana, oltre a MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., *passim*, in generale cfr. ID., *Il caso Senna tra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 153 ss.; BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Foro it.*, 1983, 2, 167; ID., *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *questa rivista*, 1986, 265 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 485 ss.; RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento*, cit., 566 ss.; MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, 1478 ss.; PALMA, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016, *passim*.

<sup>51</sup> Nello stesso senso anche RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento*, cit., 580 ss., nel quale l'Autore pone in evidenza come la *ratio* del principio di affidamento ben si presti ad una sua collocazione nell'ambito del rischio consentito e più ampiamente del rischio prevedibile. *Contra*, però, MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., 140 ss.

<sup>52</sup> CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 276.

<sup>53</sup> DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., 305. Sul diverso piano che qui ci occupa del concorso colposo nel reato doloso, rimarrebbe comunque una differenza ontologica tra la condotta dolosa e quella colposa sulla quale si andrebbe ad innestare la prima. A tal proposito, v. quanto statuito, con riferimento all'inapplicabilità in questi casi della disciplina di cui l'art. 41 c.p., da Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n.

dottrina tedesca, in assenza anche di una norma corrispondente nel proprio codice, ha sviluppato elaborate teorie, che distaccandosi dallo schema causale, hanno portato alla costruzione dell'istituto del divieto di regresso (*Regreßverbot*), pur con diverse declinazioni<sup>54</sup>.

Il *Regreßverbot* inizialmente concepito nell'ambito dell'interazione tra più cause colpose, si è poi rapidamente esteso sul piano del concorso colposo nell'altrui fatto doloso, che pone in una crisi irreversibile il paradigma dell'equivalenza causale, poiché non si tratta di un problema concernente propriamente l'interruzione del rapporto di causa<sup>55</sup>. Le condotte colpose, quindi, che diventano mero presupposto di condotte dolose altrui non possono essere considerate cause dell'evento realizzato in modo libero e consapevole dall'agente ulteriore in dolo<sup>56</sup>.

Secondo la teoria del *Regreßverbot* elaborata da Günther Jakobs, qualora il comportamento non assuma caratteristiche del tutto spropositate ed eccentriche, tali da compromettere la sfera di competenza di terzi, opererà il divieto di regresso impedendo di ascrivere responsabilità per eventuali conseguenze. Il *Regreßverbot*, all'interno della teoria dell'imputazione obiettiva, traccia la linea di confine tra il rischio lecito o consentito e la condotta tipica. In questo modo, il divieto di regresso segna, in termini negativi, la tipicità: non ha una funzione ascrittiva della responsabilità, ma anzi, n'è un fattore di esclusione. Anche qualora ci si trovasse di fronte ad una condotta causalmente inserita e riprovevole da un punto di vista soggettivo, non è detto che si giunga automaticamente ad una imputazione di quel soggetto, poiché il comportamento che

---

38343 con nota di SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso ThyssenKrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, 426 ss.

<sup>54</sup> CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 277. Tale teoria venne formulata per la prima volta da R. Frank nel 1924 (FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18. Aufl., Tübingen, 1931, 1, 3, 14 ss.), la quale, con l'intenzione di correggere la teoria dell'equivalenza, si esplicava nell'assunto che non tutte le condizioni sono cause in termini giuridici.

<sup>55</sup> CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 280.

<sup>56</sup> La teoria del divieto di regresso sarà poi ripresa successivamente da altri Autori, come F. Exner che le fornirà una costruzione più articolata, J. Hruschka che imposterà la sua teoria, nel contesto di una più ampia teoria delle norme e partendo dallo studio dell'*actio libera in causa*, in particolare sulla differenza tra causa libera e causa necessitata e tra *condicio per quam* e *condicio sine qua non* (cfr. la ricostruzione operata da questo Autore in HRUSCHKA, *Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen*, in *ZStW*, Bd. 110, 1988, 581 ss., in spagnolo *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias*, trad. a cura di Sánchez-Ostiz, in *Rev. der. pen. y crim.*, 2000, 5, 189 ss.), W. Naucke e H. Otto che forniranno entrambi un importante contributo al *Regreßverbot* concentrandosi sull'aspetto della lontananza della precedente condotta colposa rispetto al fatto doloso e sul concetto di dominabilità del fatto e, infine, con C. Roxin il tema del *Regreßverbot* verrà convogliato verso l'ambito della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento. Per una panoramica più ampia delle diverse declinazioni del divieto di regresso, si rinvia sempre a CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 290 ss.

ha posto in essere potrebbe comunque non superare il rischio consentito o non integrare il fatto tipico<sup>57</sup>. Lo spostamento dell'istituto del *Regreßverbot* nell'ambito della teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento, ha portato ad inquadrare detto istituto non soltanto come una teorica utilizzabile nei casi di concorso colposo nell'altrui reato doloso, ma come un criterio di portata generale per definire l'area del penalmente rilevante<sup>58</sup>.

Determinati fattori possono modificare la natura e l'entità del rischio: il contesto di spazio e di tempo nel quale si inserisce una condotta e soprattutto il tipo di dominio e di gestione che l'agente ha sul rischio da lui attivato.

Limitare il principio di affidamento e derogare alla compartizione delle sfere di competenza, così come alla gestione dei rischi da questa eventualmente derivanti, nei casi in cui a fronte di un primo comportamento connotato da colpa si inserisca un fatto doloso del terzo, vorrebbe dire abbandonare il primo soggetto ad una condizione fluttuante di *versari in re illicita*. La rilevanza penale della condotta del primo agente sarebbe riposta interamente nella volontà e nelle conseguenti determinazioni del terzo. Nel caso in cui si inserisca in un precedente comportamento colposo la condotta dolosa di un altro soggetto, in modo da sfruttare la prima per portare a compimento il suo piano criminoso, non si avrà una interruzione del nesso di causa, ma una deviazione del decorso causale.

Il soggetto in colpa sarebbe, dunque, in balia degli eventi, o meglio dell'eventuale evento cagionato dal terzo; ci si troverebbe di fronte ad un rischio non più controllabile. Non sfugge allora un certo parallelismo tra il concorso colposo nel reato doloso e le forme più acute di responsabilità oggettiva, oggi incostituzionali in base alle note pronunce dei giudici delle leggi del 1988, ma ancora massicciamente presenti nel codice e che caratterizzano buona parte del suo impianto<sup>59</sup>. Una forma particolare di concorso, quindi, che contiene una specie di responsabilità oggettiva occulta, colorata da un po' di colpa in termini di prevedibilità in un contesto (forse) illecito, che assomiglia in questo caso, però, ad una sorta di peccato originale, traducendosi nella pratica come una condizione obiettiva di punibilità. Una questione, insomma, di *luck* o *bad luck*.

<sup>57</sup> CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 303-304.

<sup>58</sup> In questo modo l'area dell'irrelevanza penale coinciderebbe con il perimetro della sfera di competenza. Su questo, cfr. JAKOBS, *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, cit., 260 ss.; ID., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, cit., 697 ss.

<sup>59</sup> CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 337.

5. *I nodi irrisolti della questione: la responsabilità dello psichiatra per atti eterolesivi del paziente.* Si è obiettato che il principio di affidamento conoscerebbe comunque un limite nei casi in cui sussistano in capo a determinati soggetti qualificati doveri giuridici di tipo speciale istituzionalmente riconosciuti o imposti (doveri derivanti da uno *status*), cioè posizioni di garanzia (*Garantenstellung*) che si esplicano in obblighi di protezione o in casi nei quali ad un soggetto sia demandata la gestione di una fonte oggettiva di pericolo<sup>60</sup>. Sbarramenti di tipo dogmatico, dunque, come quelli avanzati nei paragrafi precedenti, di fronte ad una questione così specifica potrebbero risultare in parte aprioristici a causa della loro portata generale. È indubbio, infatti, che la responsabilità dei soggetti investiti di una posizione di garanzia, o più propriamente di protezione o controllo<sup>61</sup>, rappresenti il vero *punctum dolens* delle argomentazioni contrarie alla configurazione di un concorso colposo nel reato doloso. Sembra avvertirsi, tanto in una parte della dottrina quanto nella giurisprudenza, una sorta di legame accessorio o comunque di inscindibile relazione tra la condotta del soggetto in colpa e quello in dolo, in una concatenazione causale di tipo additivo, i cui contributi eziologici sarebbero tutt'altro che privi di rilevanza.

In tal senso, un caso paradigmatico è quello deciso dalla Cassazione nel 2007, periodo nel quale si andava consolidando l'indirizzo giurisprudenziale favorevole alla configurazione di un concorso colposo nel reato doloso, concernente la responsabilità del medico psichiatra per atti eterolesivi del paziente<sup>62</sup>. La vicenda riguardava uno psichiatra, ritenuto responsabile a titolo di concorso colposo nell'omicidio volontario commesso da un suo paziente, al quale aveva sospeso la terapia farmacologica, che in preda ad un *raptus* aveva accolto un operatore sociale della comunità di cura in cui si trovava ricoverato. Nel giudizio di cassazione, i giudici di legittimità affrontarono d'ufficio, il tema del concorso colposo nel reato doloso, pur non rientrando tra i motivi di ricorso, poiché in caso di esito positivo circa la sua configurabilità si sareb-

<sup>60</sup> FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 560; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 398 ss.

<sup>61</sup> Per questa distinzione FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 612. Individua una terza posizione di garanzia, oltre a quella di protezione e controllo, diretta ad impedire i reati commessi da terzi GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 293 ss.; anche BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1339.

<sup>62</sup> Cass., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, in *C.E.D. Cass.*, 238957. Nello specifico, cfr. i commenti alla sentenza di BARALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in *Cass. pen.*, 2008, 1428 ss.; CINGARI, *Presupposti e limiti della responsabilità penale dello psichiatra per gli atti etero-aggressivi del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 440 ss.

be dovuto applicare l'art. 129, co. 1° c.p.p., dal momento che il terzo in dolo era persona non imputabile. Nella sentenza, osservò in argomento la Suprema Corte: «[S]ull'imputato gravava una posizione di garanzia di protezione a tutela del paziente e la regola cautelare violata dal [medico] era finalizzata anche ad evitare eventi del tipo di quello in concreto verificatosi. Con la conseguenza che, anche sotto questo profilo, la responsabilità dell'agente nella causazione dell'evento non può essere esclusa». Pertanto, si statùì che: «Deve dunque concludersi, sul tema esaminato, che è ammissibile il “concorso” colposo nel delitto doloso sia nel caso di cause colpose indipendenti che nel caso di cooperazione colposa e purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa e la sua condotta sia caratterizzata da colpa».

Orbene, occorre osservare, in via preliminare, come, con riferimento sia agli eventuali profili di responsabilità del medico sia ad un eventuale ruolo attivo dello stesso paziente nel percorso terapeutico, l'introduzione della c.d. legge Basaglia nel 1978 abbia cambiato con una certa incisività la posizione e le funzioni dello psichiatra<sup>63</sup>, il quale, oggi, assume soltanto obblighi di protezione e di cura e non più di controllo nei confronti del proprio paziente. Con l'intervento di riforma è cambiato il modo di concepire la persona affetta da una malattia mentale: da soggetto di per sé pericoloso, quindi da contenere neutralizzando quel pericolo, a paziente vero e proprio, che necessita di cure e con il quale si deve cercare di stabilire anche una relazione terapeutica<sup>64</sup>. Tutto ciò ha portato ad una rimodulazione degli obblighi a carico dello psichiatra, ridefinendo così, allo stesso tempo, l'ambito di operatività della posizione di garanzia: non più poteri di controllo ma soltanto di protezione, che escludono un potere di impedimento dei reati eventualmente commessi dal

<sup>63</sup> La legge 13 maggio 1978, n. 180, recante disposizioni in materia di accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori, abrogò la legge 14 febbraio 1904, n. 36 (a sua volta già modificata da due regi decreti nel 1909 e nel 1913), superando così l'approccio manicomiale. Sull'evoluzione del quadro normativo, v. CUPELLI, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli, 2013, 43 ss.; MANNA, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale dello psichiatra per atti auto-ed-etero lesivi dei pazienti in Italia*, in *questa rivista*, 2016, 1 ss. Sulle basi ispiratrici della riforma, v. ROSSI, *La salute mentale tra libertà e dignità. Un dialogo costituzionale*, Milano, 2015, *passim*.

<sup>64</sup> CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in *archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*; ID., *La responsabilità penale dello psichiatra*, cit., 119 ss. e *passim*, anche per un'ampia trattazione della tematica, nei suoi vari aspetti ed implicazioni, che in questa sede *ratione materiae* non può essere approfondita; su questi aspetti, cfr. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, 2, 107 ss.; BRICOLA, *La responsabilità penale dell'operatore di salute mentale: profili penalistici generali*, in *Tutela della salute mentale e responsabilità penale degli operatori*, a cura di Manacorda, Perugia, 1989, 137 ss.

paziente<sup>65</sup>. Il medico psichiatra dovrà allora essere ritenuto responsabile a titolo omissivo soltanto qualora il fatto autolesivo o eteroaggressivo del paziente possa considerarsi un effetto collaterale del trattamento sanitario, per il quale il paziente è in cura e nell'ambito del quale è stata approntata un'apposita terapia<sup>66</sup>.

La condotta del paziente psichiatrico sconta una sua naturale imprevedibilità e perciò anche il criterio della prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo assume contorni incerti, innalzando il livello di esigibilità, poiché anche segnali d'allarmi precedenti ed effetti preventivati di psicofarmaci possono comunque rivelarsi insufficienti nel ridurre il livello di aleatorietà della prognosi<sup>67</sup>; il rischio allora (in verità non solo in ambito psichiatrico) può, con un'alta probabilità, essere individuato e costruito soltanto a posteriori, aprendo alla possibilità di individuare soltanto *post factum* un dovere e quindi cautele omesse, che si presenteranno in termini definiti e precisi, ma con una applicazione retroattiva, in sede processuale. È necessario, dunque, ammettere (ed accettare) un fisiologico ampliamento dell'area del rischio consentito, per evitare di esigere la previsione di azioni imprevedibili<sup>68</sup>.

5.1. (Segue). *Posizione di garanzia e reato colposo monosoggettivo*. La relazione tra regole cautelari e posizione di garanzia delinea gli effettivi poteri impeditivi posti in capo al soggetto garante, che contribuiscono a loro volta a definire la tipicità del reato omissivo improprio<sup>69</sup>, perché stabiliscono i limiti

<sup>65</sup> CUPELLI, *La colpa dello psichiatra*, cit., 5-6. Sui casi di impedimento di fatti di reato commessi da terzi, in virtù della posizione di controllo, v. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, *passim*; diversamente PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Torino, 2015, 269.

<sup>66</sup> VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, 2, 346; GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 1395 ss.; In senso contrario, però CANEPA, *Note introduttive allo studio della responsabilità professionale dello psichiatra in ambito ospedaliero*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, 24 ss.

<sup>67</sup> MANNA, *La riforma Basaglia e la responsabilità penale*, cit., 5; anche GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione*, cit., 1403.

<sup>68</sup> FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, cit., 114.

<sup>69</sup> Sul reato omissivo improprio e la posizione di garanzia, v., per un primo riferimento, lo storico lavoro di Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungdelikte*, Göttingen, 1959, *passim*, nel quale venne per la prima volta proposta la distinzione tra posizione di protezione e posizione di controllo. Nella letteratura penalistica italiana, cfr. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Milano, 1975, *passim*; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, *passim*; GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, cit., 375 ss.; da ultimo LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, *passim*.

entro cui può esplicarsi tale azione di impedimento<sup>70</sup>. Quando sussiste in capo ad un soggetto una posizione di garanzia si può affermare che quel ruolo di responsabilità è previsto espressamente; la posizione di garanzia non può essere soltanto quella scritta nelle norme penali di parte speciale, nei casi tassativi di agevolazione colposa. I termini effettivi della posizione di garanzia vengono forniti dalle regole cautelari, le quali riempiono di contenuto l'obbligo giuridico di impedire l'evento, stabilendone, però, allo stesso tempo anche un limite di operatività. Questo intreccio tra cautele e obbligo impeditivo pone in risalto la distinzione tra potere di azione dell'agente e doveri di diligenza: il potere e la capacità di agire non coincidono sempre con i doveri del garante<sup>71</sup>; le regole di cautela definiscono il perimetro della posizione di garanzia, supplendo in tal modo alla connaturata mancanza di determinatezza di quest'ultima. Le cautele non sono, tuttavia, elementi normativi del fatto o parti integranti del precetto ma soltanto indici di colpevolezza che, conferenti un grado di concretezza, attingono all'elemento soggettivo della colpa<sup>72</sup>: in un illecito di pericolo la violazione delle cautele integra già la tipicità del reato, mentre nel reato colposo tale violazione non è ancora colpa, semmai un rischio<sup>73</sup>. Una funzione diversa, invece, è quella esercitata dalla posizione di garanzia che fonda la tipicità come risultato della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p.<sup>74</sup>, senza peraltro necessitare di un ulteriore soccorso di tipicità.

Di fronte ad una posizione di garanzia è in realtà più concepibile una responsabilità colposa monosoggettiva, quindi nei termini di un concorso di cause indipendenti e non di un concorso personale, realizzato con omissione in un altrui reato commissivo; i termini del problema vanno dunque capovolti, operando un cambio di prospettiva<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 641 ss.

<sup>71</sup> LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 70 ss.

<sup>72</sup> *Amplius*, DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 132 ss. (spec. 133-134, nt. 22), per cui, nel reato colposo, l'errore sulle regole cautelari non concerne l'art. 5 c.p., ma la colpevolezza colposa. Per una concezione della colpa come elemento normativo del fatto, cfr. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2009, 149 ss.; CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1616 ss.; ID., *La colpa penale*, Milano, 2009, 280 ss. e 377 ss., il quale ritiene che in caso di errore sulle regole cautelari si debba applicare l'art. 47 c.p., considerandolo quindi come un errore sul fatto.

<sup>73</sup> Così DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa*, cit., 132.

<sup>74</sup> PULITANO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 260, per il quale: «[L]’obbligo giuridico può fondare e fonda non la causalità dell’omissione, sì invece la tipicità dell’omissione causale».

<sup>75</sup> Inoltre, considerare il reato colposo come personalmente concorrente con il reato doloso altrui porterebbe a concepire quel fatto colposo come un reato di pericolo astratto, seguito poi da un reato di

Ed invero, l'estensione dell'obbligo impeditivo anche all'altrui fatto illecito è conseguenza di un ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 40 cpv. c.p., come perno normativo sul quale fondare la configurabilità di una compartecipazione omissiva (*Beihilfe durch Unterlassen*) nell'altrui reato commissivo. Il cambiamento che si opera nell'interpretazione dell'art. 40 cpv. c.p. in relazione all'art. 110 c.p. palesa una contraddizione di fondo, che si lega anche al tema dell'unitarietà del titolo di reato in capo ai concorrenti. Se nell'ambito della realizzazione monosoggettiva il termine «evento» di cui all'art. 40 cpv. c.p. viene inteso in senso letterale e quindi limitando la sua portata ai soli reati di evento di tipo casuale puro, di fronte al concorso di persone si assiste inspiegabilmente ad un mutamento ermeneutico, per cui si equipara quell'«evento» che si ha l'obbligo giuridico di impedire al «reato» in cui personalmente si concorre. L'«evento» di cui all'art. 40 cpv. c.p. subisce un'estensione applicativa, arrivando in tal modo a comprendere anche il reato commesso dal terzo, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo presenti un evento di tipo naturalistico, ammettendo così anche un concorso per omissione in reati di mera condotta<sup>76</sup>. Riferimenti normativi intrinsecamente problematici, come l'art. 116 c.p., non possono giustificare *de lege lata* né un'estensione applicativa della clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p. nella compartecipazione criminosa, né tantomeno una sua sovrapposizione semantica con il «reato» plurisoggettivo<sup>77</sup>. Il già problematico criterio della tipizzazione causale sui cui si basa la disciplina concorsuale, di cui si è già trattato in precedenza, si amplierebbe a dismisura, arrivando a comprendere anche contributi del tutto marginali e non necessari, sulla base di un qualsiasi nesso eziologico<sup>78</sup>, anche temporalmente remoti. Se l'evento lesivo di tipo naturalistico rientra nel perimetro operativo dei poteri impeditivi della posizione di garanzia, in virtù dell'applicazione dell'equivalente normativo della causalità, il garante sarà allora responsabile della causazione di quell'evento in qualità di autore «monosoggettivo» (*Täter*), poiché la sua mancata azione equivale

---

danno, per cui la violazione obiettiva della regola cautelare integrerebbe già di per sé l'elemento oggettivo dell'illecito. Tale «equivoco», però, non farebbe altro che mettere ulteriormente in evidenza l'autonomia della condotta del soggetto in colpa e non la sua azione cooperante.

<sup>76</sup> RISICATO, *Combinazione e interferenze di forme di manifestazione del reato*, cit., 389 ss.; su questi aspetti, già FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 181 ss.

<sup>77</sup> RISICATO, *Combinazione e interferenze di forme di manifestazione del reato*, cit., 397-398.

<sup>78</sup> RISICATO, *Combinazione e interferenze di forme di manifestazione del reato*, cit., 399-400. A conclusioni pressoché analoghe giunge anche, in un discorso più ampio sui coefficienti minimi che dovrebbe assumere il contribuente del concorrente, VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1362.

alla realizzazione della fattispecie commissiva<sup>79</sup>, senza presentare gli estremi di una agevolazione; la sua condotta non accede a nessun'altra condotta e non ha alcun legame accessorio.

Nei reati causalmente orientati, il soggetto investito di una posizione di garanzia risponderà in modo autonomo del reato colposo, che è stato soltanto mediato dalla condotta dolosa altrui, che vale come mera concausa e non assume le caratteristiche dell'azione di un concorrente. Ci si trova davanti ad una colpa individuale del primo agente (*Hintermann*) perché si verifica un concorso di cause e non di persone: si è, infatti, in presenza di una colpa non cooperante<sup>80</sup>.

6. *I reati di agevolazione colposa. Conclusioni.* I reati di agevolazione colposa rappresentano la (o almeno un tentativo di) quadratura del cerchio sulla negazione dell'ammissibilità di un concorso personale eterogeneo.

Affinché possa essere punita una condotta atipica di compartecipazione colposa nell'altrui delitto doloso è necessaria una norma che la renda espressamente punibile, per esigenze tanto basilari quanto fondamentali di legalità e di tassatività<sup>81</sup>. Tale argomentazione trova immediata conferma nel fatto che le ipotesi di concorso colposo nel reato doloso siano state espressamente previste in *numerus clausus* dal legislatore nella parte speciale. Si punisce, ad esempio, ai sensi del combinato disposto degli artt. 253 e 254 c.p. l'agevolazione colposa nella distruzione o sabotaggio di opere militari e ai sensi degli artt. 258 e 259 c.p. l'agevolazione colposa dello spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione.

Le fattispecie di agevolazione colposa sono state previste nella parte speciale del codice soltanto con riferimento ai delitti contro la personalità dello Stato, in particolare in ambito militare, e con riferimento ad altri importanti interessi

<sup>79</sup> RISICATO, *Combinazione e interferenze di forme di manifestazione del reato*, cit., 448-449.

<sup>80</sup> «La mera violazione dell'obbligo di sorveglianza non potrà mai, di per sé, dar luogo ad una incriminazione a titolo di concorso mediante omissione nel reato commesso da terzi soggetti alla sorveglianza del soggetto obbligato, in quanto l'obbligo di impedire l'evento, di cui alla clausola di equivalenza di parte generale, presuppone la sussistenza, in capo all'obbligato, del corrispondente potere di impedirlo. Il titolare dell'obbligo di sorveglianza potrà, invece, concorrere nel reato commesso dai soggetti "sorvegliati", ove ponga in essere una condotta attiva diversa ed ulteriore dalla mera inosservanza dell'obbligo, che possa integrare gli estremi della partecipazione psichica»: LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 154.

<sup>81</sup> Così COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 83 (spec. nt. 56); FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 515-516; anche GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 456. Però *contra*, ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 209; Giuseppe PIGHI, *La Cassazione e l'incerta autonomia della cooperazione colposa*, cit., 828; BORGHI, *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p.*, cit., 25.

statuali inerenti alla giustizia (evasione procurata o agevolata colposamente) e all'attività della pubblica amministrazione (agevolazione colposa della violazione di sigilli). La punibilità dell'agevolazione colposa è stata pensata, come si evince anche dai lavori preparatori del codice penale, per assolvere a forti esigenze repressive, considerato anche il contesto politico dell'epoca, nei confronti di beni giuridici particolari, garantendone una rigorosa tutela e attribuendogli una valenza generalpreventiva al pari di ogni altro delitto (doloso). Quando il legislatore ha voluto punire condotte di agevolazione colposa del reato doloso lo ha fatto in maniera espressa, delineando in questo modo un impianto normativo lineare e non contraddittorio; tale scelta, pur dovuta, ma soltanto in parte, alla possibilità di prevedere pene autonome<sup>82</sup>, conferma, in un quadro d'insieme, l'innammissibilità di un generale concorso personale con tipicità soggettive eterogenee.

---

<sup>82</sup> Si concentra su questo ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 209 (spec. nt. 62).