

## QUESITI

---

**MATTIA DI FLORIO**

**La cooperazione nel delitto colposo:  
una fattispecie con una (problematica)  
funzione incriminatrice.**

L'articolo si sofferma sulla funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. che costituisce un problema tuttora aperto e che continua a destare, a parere di chi scrive, profili di criticità alla luce del principio di stretta legalità e di frammentarietà, dal momento che essa costituirebbe un meccanismo di estensione della punibilità di condotte atipiche sul piano della fattispecie incriminatrice colposa di parte speciale. Dopo aver brevemente inquadrato la citata disposizione - che non era prevista nel previgente codice Zanardelli - viene discussa criticamente la sua applicabilità in generale, in dialogo con i principali orientamenti dottrinali (e giurisprudenziali), non solo in una prospettiva "statica", ma anche nell'ambito delle organizzazioni complesse della c.d. società del rischio.

*The article focuses on the incriminating function of art. 113 penal code which constitutes a problem still open and which continues to arouse, in the opinion of the writer, profiles of criticality in the light of the principle of strict legality and fragmentation, since it should have a mechanism for extending the punishment of atypical conduct at the level of the case culpable indicator of special party. After briefly framing the aforementioned provision - which was not envisaged in the previous Zanardelli code - its applicability in general is critically discussed, in dialogue with the main doctrinal (and jurisprudential) endowments, not only in a "static" perspective, but also within the organizations of the so-called risk society.*

**SOMMARIO:** 1. Prolegomeni tra "ontologia ermeneutica" e diritto penale. 2. L'antico problema dell'ammissibilità del concorso di persone nel reato colposo nel codice Zanardelli - 3. Brevi note sull'art. 113 c.p. nel codice Rocco - 4. La funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.: precisazioni preliminari rispetto alla funzione di disciplina - 5. La problematica funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. emergente dalla distinzione concettuale rispetto al concorso di cause colpose indipendenti - 6. La prospettiva di indagine della funzione incriminatrice: considerazioni generali - 7. Funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. e fattispecie colpose causalmente orientate - 8. Funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. e fattispecie a forma vincolata - 9. Funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. e fattispecie omissive - 10. La prospettiva "dinamica" della cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse - 11. Conclusioni.

1. *Prolegomeni tra "ontologia ermeneutica" e diritto penale.* La prospettiva di indagine del presente contributo rischia di apparire "inquinata" da un'apparente precomprensione di fondo, vale a dire il convincimento che la funzione incriminatrice della cooperazione colposa sia in contrasto con il principio di stretta legalità e di frammentarietà. Questa precomprensione, a ben considerare, è propria di qualsiasi attività interpretativa, come ricordava nel secolo scorso il filosofo tedesco Gadamer in quel suo famoso scritto

“*Wahrheit und Methode*” (Verità e Metodo)<sup>1</sup>. Nell’indagine ermeneutica ogni “verità” è sempre contestuale alle precomprensioni dell’interprete il quale è chiamato ad “allargare” i propri “orizzonti” volgendo lo sguardo al “contesto”, senza mai potere giungere ad un significato definitivo della “verità”, dal momento che il suo significato dipende invariabilmente dalla prospettiva (*rectius*: dal metodo), sicché il “circolo ermeneutico”, derivante dalla “fusione” tra il testo e l’interprete, si protrae “all’infinito”. Questi cenni di “ontologia ermeneutica” (come viene definita la riflessione speculativa del Gadamer), sembrano presentare alcuni spunti di riflessione utili anche per l’interprete del diritto penale<sup>2</sup>: interrogarsi su di una tematica così complessa, quale la funzione incriminatrice della cooperazione colposa finisce per “riflettere” una (possibile) precomprensione alla luce del principio di stretta legalità e di frammentarietà. Vero ciò, la finalità del contributo è di inquadrare e giustificare questa precomprensione, intesa come punto di osservazione soggettivo sulle (perduranti) criticità della funzione incriminatrice della cooperazione colposa – per quanto “inattuale” possa apparire – anche dopo aver esteso l’indagine da una prospettiva “statica” ad una prospettiva “dinamica” che emerge, in particolare, nel contesto delle organizzazioni complesse. Ancor prima però di venire al nocciolo della questione, l’interprete deve necessariamente muovere, secondo un’ottica storicamente orientata, dal previgente codice Zanardelli, dove non era contemplata la citata fattispecie, ma si discuteva tra gli interpreti sulla configurabilità del concorso di persone nel reato colposo. Per certi versi, la soluzione positiva di quest’antico problema – come verificheremo in seguito – avrebbe dato la stura all’ingresso della cooperazione colposa nel codice Rocco e, successivamente, alle elaborazioni dottrinali sulla funzione incriminatrice, accanto a quella (tradizionale) di disciplina dell’art. 113 c.p.

2. *L’antico problema dell’ammissibilità del concorso di persone nel reato colposo nel codice Zanardelli.* Sotto il previgente codice Zanardelli, la dottrina penalistica era divisa sull’ammissibilità del concorso di persone nel reato colposo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., Milano, 2004.

<sup>2</sup> Per una rilettura critica delle idee del Gadamer, ed in particolare della precomprensione con particolare riferimento al diritto penale, v. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 162 ss.

<sup>3</sup> Per la ricostruzione del contrasto dottrinale, sotto la vigenza del codice Zanardelli, v. più di recente BORGHI, *Nodi problematici e incertezze applicative dell’art. 113 c.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 14 marzo 2016.

L'orientamento favorevole evidenziava che, muovendo da un'interpretazione letterale degli artt. 63 e 64 del codice<sup>4</sup>, dedicati al concorso nel reato, non era rinvenibile alcun ostacolo alla configurabilità del concorso di persone nel reato colposo, considerata la genericità del termine "reato"<sup>5</sup>.

Ulteriore argomento *de iure condito* veniva ricavato dall'interpretazione sistematica dell'art. 45 del codice Zanardelli<sup>6</sup>, alla luce dei citati artt. 63 e 64. Si osservava, al riguardo, che la regola generale della volontarietà di commettere un delitto (*ex art. 45*) non precludeva la partecipazione nel fatto a titolo di colpa, anche nella fattispecie plurisoggettiva.

In altri termini, se l'elemento soggettivo del reato non si esauriva nel dolo, secondo la formulazione del citato art. 45, *a fortiori* ne discendeva sul piano logico-normativo la configurabilità di una duplice forma di imputazione anche nella forma concorsuale, vale a dire l'esistenza di un concorso colposo accanto a quello doloso<sup>7</sup>.

La dottrina contraria alla configurabilità del concorso colposo rilevava, in primo luogo, che dalla genericità del termine "reato" di cui agli artt. 63 e 64 non potesse desumersi l'applicabilità dell'istituto in parola<sup>8</sup>. In secondo luogo, si sottolineava l'incompatibilità ontologica tra concorso di persone e colpa<sup>9</sup>, e quindi l'illogicità di una *coincidentia oppositorum* derivante dal conciliare la

<sup>4</sup> L'art. 63 del codice Zanardelli prevedeva che «quando più persone concorrano nella esecuzione di un reato, ciascuno degli esecutori e dei cooperatori immediati soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all'ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trent'anni, e le altre pene sono diminuite di un sesto, se l'esecutore del reato lo abbia commesso anche per motivi propri».

L'art. 64 del codice Zanardelli disponeva che «è punito con la reclusione per un tempo non minore dei dodici anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo diminuita della metà, colui che è concorso nel reato:

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

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

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

La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata, se il reato

senza il suo concorso non si sarebbe commesso».

<sup>5</sup> In questo senso, v. TOSTI, *La colpa penale: studio sociologico giuridico*, Torino, 1908, p. 214.

<sup>6</sup> Secondo l'art. 45 del codice Zanardelli «nessuno può essere punito per un delitto se non abbia voluto il fatto che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico, come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione, ancorché non si dimostri che egli abbia voluto commettere un fatto contrario alla legge».

<sup>7</sup> BETTIOL, *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Riv. it.*, 1930, 673 ss.

<sup>8</sup> Sul punto, v. VANNINI, *È ammissibile la partecipazione colposa al reato colposo?*, in *Per il cinquantesimo anniversario della Rivista penale fondata da Luigi Lucchini*, Città di Castello, 1925, 41-42.

<sup>9</sup> *Ibid.*

prevedibilità e non volontà dell'evento a titolo di colpa con la volontà dei compartecipi nell'esecuzione del reato<sup>10</sup>.

3. *Brevi note sull'art. 113 c.p. nel codice Rocco.* L'antico problema dell'ammissibilità della compartecipazione criminosa nel delitto colposo è stato risolto dal codice Rocco che ha introdotto, nel capo III del concorso di persone nel reato, l'art. 113 c.p.<sup>11</sup>, il quale prevede, al primo comma, che «nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso e, al secondo comma, che la pena è aumentata per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'art. 111 e nei numeri 3 e 4 dell'art. 112»<sup>12</sup>. L'opzione accolta dal vigente codice si coglie già nella Relazione del Guardasigilli sul libro I del Progetto definitivo che appare opportuno richiamare estesamente: «sul punto se possa applicarsi l'istituto del concorso anche nei reati colposi e nelle contravvenzioni, vivo è il dibattito in dottrina e in giurisprudenza, riguardo al codice in vigore (codice Zanardelli). Il Progetto accoglie la soluzione affermativa della questione, omettendo qualsiasi distinzione di riferimento ai delitti o alle contravvenzioni nella disposizione fondamentale dell'art. 114 (attuale art. 110), ove si parla genericamente di concorso nel medesimo reato, e regolando espressamente il concorso nei reati colposi nell'art. 118 (attuale art. 113). [...] Coloro i quali affermano che per le contravvenzioni non sia possibile l'applicazione dell'istituto del concorso, pervengono a tale conclusione perché ritengono che la *scientia maleficii* consista nella concorde volontà dei partecipi di commettere un determinato reato: la *scientia maleficii*, insomma, è identificata in tutti i casi con il dolo. Ma in questa generalizzazione sta l'errore della teorica, perché, se per i reati dolosi è esatto che la *scientia* si traduca in dolo, ciò non implica affatto che le due nozioni, quella della *scientia maleficii* e quella del dolo, coincidano tra di loro. La *scientia maleficii*, invero, ha un contenuto fondamentale, che è comune e identico a tutte le forme di partecipazione e rispetto a tutti i reati, e consiste nella consapevolezza di concorrere, con la propria azione, all'azione altrui. Tale consapevolezza è ipotizzabile in tutte le

<sup>10</sup> CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, Pisa, 1831, 393; CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale: del grado della forza fisica del delitto*, I, Firenze, 1909, §§ 221-232, 524 ss.

<sup>11</sup> Sulla fattispecie di cooperazione colposa in generale, v. più di recente CORBETTA, *Art. 113 c.p.*, in *Codice penale commentato. Parte generale*, a cura di Marinucci-Dolcini, I, Milano, 2015, 1806 ss.; SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956.

<sup>12</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte Generale*, 8<sup>a</sup> ed., 2019, Bologna, 612 ss.

possibili forme di attività criminose realizzate da più persone, e, perciò, non v'è ragione di escludere il concorso nei reati colposi e nelle contravvenzioni»<sup>13</sup>.

La scelta di politica criminale del codice del 1930 ha inteso sciogliere il “nodo gordiano”, allo scopo di rispondere a spinte repressive volte a colmare una lacuna sanzionatoria derivante dalla mancata previsione della compartecipazione nel delitto colposo<sup>14</sup>.

La dottrina penalistica, dal canto suo, si è sforzata di analizzare la natura dell'art. 113 c.p., e, nel contempo, di coglierne i rapporti con la fattispecie *ex art. 110 c.p.* dedicata al concorso di persone nel reato. Secondo un orientamento, l'art. 113 c.p. prevederebbe, in realtà, un concorso “improprio”, dal momento che la cooperazione nel delitto colposo non riguarderebbe l'evento, ma soltanto una parte del fatto di reato. Il legislatore del 1930 avrebbe inteso distinguere il concorso in senso proprio che presuppone il delitto doloso (art. 110 c.p.) – vale a dire una collaborazione consapevole di più soggetti rivolta alla realizzazione di un evento previsto e voluto come conseguenza dell'azione plurisoggettiva – dalla “cooperazione” colposa la quale costituisce una norma «particolare», non riconducibile al *genus* del concorso di persone nel reato, poiché priva sul piano soggettivo del dominio finalistico del fatto; la colpa *normativa* che si fonda sull'inosservanza della regola cautelare, da cui discende l'evento prevedibile ed evitabile (*ex art. 43 c.p.*), non potrebbe abbracciare l'intero fatto del reato plurisoggettivo poiché inconciliabile con la volontà dell'evento<sup>15</sup>.

Nell'ambito di simile corrente di pensiero, per vero, non è mancato chi ha ammesso che, anche nel delitto colposo, il soggetto possiede un dominio finalistico, sia pure soltanto potenziale, del suo fatto, vale a dire «non del fatto giuridicamente indifferente che egli intende porre in essere, ma del fatto conforme al modello di un illecito colposo che egli non evita (pur potendo evitarlo sulla base di una normale diligenza)»<sup>16</sup>. Proprio il dominio finalistico (potenziale) del fatto colposo consentirebbe di differenziare nelle ipotesi di cooperazione colposa la posizione dell'autore dal partecipe (istigatore o agevolatore), poiché solo l'autore avrebbe il controllo finalistico sullo svolgimento del

<sup>13</sup> *Relazione del Guardasigilli*, cit., n. 138-171.

<sup>14</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 613; MANNA, *Corso di diritto penale, Parte Generale*, 5<sup>a</sup> ed., Milano, 2020, 476. Cfr. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, 1984, 47 ss.

<sup>15</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 588-589. Cfr. MARC. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 116.

<sup>16</sup> LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 625.

fatto, mentre il semplice partecipe «si rimette all'altrui decisione limitandosi a sollecitarla o ad agevolarne l'esecuzione»<sup>17</sup>. Nelle fattispecie colpose il dominio finalistico del fatto, che contraddistinguerebbe le condotte di (co)autore, non sarebbe effettivo ma potenziale, nel senso che «l'agente ha in mano lo sviluppo concreto dell'accadimento causale non perché dirige effettivamente il proprio atto verso la realizzazione dell'evento ma perché possiede una reale possibilità di intervenire efficacemente per evitare il verificarsi dell'evento che è conseguenza di un'iniziale negligenza, imprudenza o imperizia»<sup>18</sup>.

Pur con questa «riformulazione», il surriferito orientamento non è condiviso dalla prevalente dottrina la quale ritiene, invece, che la cooperazione nel delitto colposo *ex art.* 113 c.p. integrerebbe un'ipotesi autonoma ed autentica di concorso di persone<sup>19</sup>.

Sotto questa prospettiva ermeneutica, si osserva che la criticata impostazione sarebbe «espressione di un condizionamento dottrinario che, ravvisando nel concorso di persone un fenomeno essenzialmente finalistico, tende ad identificare nelle caratteristiche di una specifica forma di partecipazione il modo di atteggiarsi tipico dell'elemento soggettivo nel concorso, espungendone come fenomeno *sui generis*, tutto ciò che a tale modello non si adatta»<sup>20</sup>. In altri termini, la tesi in questione, «attribuendo alla partecipazione dolosa il carattere di unica forma propria di concorso, finisce per modellare un concetto di genere – quale è appunto la figura del concorso di persone nel reato – su di una ipotesi di specie – quale è appunto la forma dolosa di partecipazione – relegando, come spesso è accaduto nella impostazione della dottrina penalistica meno recente, la realizzazione colposa di un delitto, tanto ad opera di un solo soggetto, quanto ad opera di una pluralità di soggetti, al rango di ipotesi secondaria»<sup>21</sup>.

Dopo queste brevi note di inquadramento della fattispecie di cooperazione nel delitto colposo *ex art.* 113 c.p., è opportuno soffermarsi *funditus* sulla sua funzione incriminatrice che può ritenersi problematica<sup>22</sup>, come si illustrerà nei successivi paragrafi.

<sup>17</sup> LATAGLIATA, *op. cit.* 627.

<sup>18</sup> LATAGLIATA, *op. cit.* 628.

<sup>19</sup> L'orientamento prevalente in dottrina, nel senso dell'autonomia della cooperazione colposa, è sostenuto tra gli altri, da SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 5 ss.; nello stesso senso v. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 132 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

<sup>20</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 5.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Sul punto, cfr. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 477-478.

4. *La funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.: precisazioni preliminari rispetto alla funzione di disciplina.* Trattare della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. richiede necessariamente un chiarimento terminologico rispetto alla tradizionale funzione di disciplina<sup>23</sup>.

La funzione di disciplina della cooperazione nel delitto colposo consiste nell'assoggettare ad un particolare trattamento penale fatti che sarebbero già *ex se* rilevanti in base alla fattispecie di parte speciale. Così ad esempio, una cooperazione in un delitto colposo contro la salute pubblica (*ex artt.* 438 e 439 in relazione all'art. 452 c.p.) assolverebbe pacificamente alla funzione di disciplinare il trattamento penale dei compartecipi, ciascuno dei quali soggiacerebbe alle pene stabilite per il delitto stesso - in disparte eventuali aggravanti richiamate *ex art.* 113 co. 2, c.p. -.

La funzione di disciplina non pone problemi rispetto al fondamentale principio di stretta legalità, nella misura in cui non incide sulla tipicità della fattispecie di parte speciale, ma si limita a punire a titolo plurisoggettivo condotte che sono già tipiche. In tal modo, condotte tipiche sul piano della fattispecie monosoggettiva verrebbero assoggettate ad un diverso trattamento sanzionatorio previsto dalla ipotesi plurisoggettiva, *ex art.* 113, co. 1, c.p. Così, a titolo esemplificativo, la condotta tipica di uno scienziato che cagioni un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni, verrebbe punita a titolo di cooperazione colposa se abbia cooperato (materialmente o idealmente) con altri scienziati nella causazione dell'evento.

Ben diversa dalla funzione di disciplina è la funzione incriminatrice della cooperazione colposa che incide sul piano della tipicità, dal momento che una condotta *ex se* atipica finisce per essere stigmatizzata in chiave plurisoggettiva. Si consideri, come esempio, la condotta di Tizio che istighi Caio, alla guida dell'auto, ad aumentare la velocità, per un previo impegno preso, ed in seguito Caio investa un pedone che riporti lesioni personali stradali. Ove si ammetta una funzione incriminatrice della cooperazione colposa anche Tizio sarebbe punibile, sebbene la sua condotta di istigazione sia atipica rispetto alla fattispecie di parte speciale (*ex art.* 590-*bis* c.p.); mediante la funzione incriminatrice la cooperazione colposa diventerebbe un meccanismo di estensione della punibilità a condotte atipiche, le quali abbiano partecipato alla realizzazione dell'evento.

La dottrina appare divisa tra quanti, anche se in minoranza, hanno espresso

---

<sup>23</sup> Sulla distinzione tra funzione incriminatrice e di disciplina nel concorso di persone v. MARC. GALLO, *Lineamenti*, cit.

perplexità sulla funzione incriminatrice della cooperazione nel delitto colposo<sup>24</sup>, e quanti, invece, sono orientati nel senso di ammettere la funzione incriminatrice accanto a quella di disciplina<sup>25</sup>. Un ambito “preliminare” in cui emerge la funzione incriminatrice è quello afferente alla complessa differenziazione della cooperazione colposa dal concorso di cause colpose indipendenti (*ex art. 41, c.p.*)

5. *La problematica funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. emergente dalla distinzione concettuale rispetto al concorso di cause colpose indipendenti.* Sebbene non manchi un orientamento dottrinale minoritario che reputa «immaginario» il problema della distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause (colpose) indipendenti (*ex art. 41, co. 3, c.p.*)<sup>26</sup>, il Pedrazzi, in un'importante monografia dedicata al concorso di persone nel reato<sup>27</sup>, evidenziava il rilievo della problematica differenziazione che attribuiva non tanto al diverso ambito applicativo, bensì alla differente “prospettiva” delle due fattispecie riconducibili al fenomeno concorsuale. In particolare, secondo l'Autore, «ai sensi dell'art. 41, co. 3° comma, ciascuna condotta, pur da sola insufficiente, realizza a perfezione la causalità in senso giuridico. E tuttavia v'è la condotta che, pur risultando *a posteriori* pienamente causale, non ha da sola una fisionomia definita; in altre parole: non ha natura esecutiva; la sua pericolosità ancora astratta e indeterminata, diventa attuale e specifica solo incontrando la condotta pericolosa altrui; qui la ragion d'essere del concorso personale, evidentissima nel caso di condotte successive: la condotta di Tizio che lascia incustodito un fucile carico, acquista una fisionomia giuridica solo quando Caio impugna l'arma senza verificarla, e la punta per gioco contro una persona o un animale o una cosa, derivandone un danno che può essere

<sup>24</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 614 ss.

<sup>25</sup> Nel senso della funzione incriminatrice della cooperazione nel delitto colposo, sia pure con diversità di argomentazioni, v., *ex plurimis*, COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 71 ss.; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 127 ss.; RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 173 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 122 ss. Più di recente, v. PIQUÉ, *La funzione estensiva della punibilità dell'articolo 113 c.p. in relazione ai delitti causali puri*, in *Cass. pen.*, 2014, 882 ss.; MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto colposo*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 8 maggio 2020.

<sup>26</sup> In questo senso, v. BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del «concorso di persone nel reato»*, Padova, 1958, 98, il quale sostiene l'irrelevanza della consapevolezza della cooperazione nelle fattispecie causalmente orientate; pur con differenti sfumature, v. anche R.PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1985, 168.

<sup>27</sup> PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

di natura diversissima»<sup>28</sup>. Le citate considerazioni del Pedrazzi sembrerebbero essere di non poco momento nell'ambito dell'«evoluzione dogmatica della portata incriminatrice dell'art. 113 c.p.»<sup>29</sup>, da cui muove anche il più recente orientamento maggioritario in dottrina (e recepito in giurisprudenza)<sup>30</sup>, il quale individua nel legame psicologico tra i diversi soggetti il profilo differenziale tra le due predette fattispecie<sup>31</sup>. Così ad es. ricorrerebbe la cooperazione colposa nell'ipotesi del proprietario dell'auto che istighi il conducente a tenere una velocità eccessiva, qualora ne derivi un investimento; laddove, invece, si integrerebbe il concorso di cause colpose indipendenti (con conseguente esclusione della disciplina concorsuale)<sup>32</sup> nell'ipotesi di due automobilisti che concorrono, l'uno all'insaputa dell'altro, a provocare uno stesso incidente<sup>33</sup>. Nell'ambito del criterio psicologico non mancano differenti interpretazioni: per alcuni la cooperazione colposa richiederebbe la mera consapevolezza di fornire un proprio contributo alla condotta altrui<sup>34</sup>, per altri sarebbe necessaria la consapevolezza di collaborare con l'altrui condotta colposa<sup>35</sup>, per altri ancora la consapevole adesione al fatto colposo altrui<sup>36</sup>.

Al di là delle diverse angolazioni in cui è suscettibile di essere impiegato il citato criterio psicologico, preme tuttavia evidenziare come il comune “denominatore” sia costituito dalla funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. che attribuirebbe rilievo penale a condotte atipiche rispetto alla fattispecie incriminatrice.

<sup>28</sup> PEDRAZZI, *op. cit.* 75-76.

<sup>29</sup> In questo senso, v. RISICATO, *Rileggendo Cesare Pedrazzi, il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, in *Discrimen*, 23 febbraio 2021, 3 ss., la quale osserva inoltre che «la condotta di partecipazione colposa [alla luce del pensiero del Pedrazzi] può quindi essere priva di un'immediata connessione di rischio con l'evento lesivo, diventando pericolosa solo grazie all'interferenza con la condotta (direttamente) colposa del terzo: in questa importantissima affermazione si ritrova l'elemento che collega logicamente l'art. 113 c.p. ai limiti del principio di affidamento, consentendo di superare le solide soglie della tipicità monosoggettiva per incriminare il fatto “comune” incautamente gestito».

<sup>30</sup> Più di recente, in giurisprudenza v. in questo senso Cass., Sez. IV, 2 ottobre 2019, n. 40259, in *Dejure*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali in materia di cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti, v. ALDROVANDI, *Il concorso nel reato colposo (art. 113 c.p.)*, in *Trattato di diritto penale, Il reato*, II, a cura di Cadoppi-Canestrari-Manna-Papa Torino, 2013, 712 ss.

<sup>31</sup> Sulla tesi dottrinale che valorizza il criterio psicologico nella distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause indipendenti, v. *funditus*, in senso critico, RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 137 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 141 ss.

<sup>32</sup> Come noto, sono applicabili solo alla cooperazione colposa le circostanze aggravanti previste ex art. 113, co. 2, c.p., nonché l'attenuante ex art. 114 c.p.

<sup>33</sup> L'esempio è richiamato da FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*, 614.

<sup>34</sup> MARC. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, cit., 95 ss.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 552 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, PG, Milanofiori 2017, 526 ss.

<sup>35</sup> LATAGLIATA, voce *Cooperazione*, cit., 615.

<sup>36</sup> RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 149.

minatrice di parte speciale: per tornare all'esempio precedente, la condotta di chi istighi (o agevoli) il conducente a tenere una velocità eccessiva causa di investimento. In altri termini, verrebbe delineata una colpa "psicologica", attraverso il richiamo alla consapevolezza di concorrere con l'altrui condotta (colposa), che si porrebbe, per certi versi, in rapporto problematico con la dimensione "normativa" della colpa penale fondata sulla violazione di una regola di comportamento a contenuto cautelare. Un profilo di criticità stemperato solo in parte, a sommosso avviso di chi scrive, dalla (sottile) replica che il criterio psicologico emergerebbe sul piano teleologico, considerata la maggiore pericolosità della cooperazione colposa rispetto a quella meramente "casuale" del concorso di cause indipendenti<sup>37</sup>. Ciò in quanto questa obiezione finisce per "spostare" i termini del problema senza risolverli completamente, dal momento che appare piuttosto delicato trovare un punto di "equilibrio" tra il criterio psicologico, sia pure teleologicamente orientato, e l'orientamento che si affatica a "filtrare" la concezione normativa della colpa nell'ambito della cooperazione colposa in funzione incriminatrice. Ci si riferisce, in particolare, alla tesi che rinviene l'elemento normativo dell'art. 113 c.p. nella prevedibilità dell'altrui condotta colposa come concorrente con la propria<sup>38</sup>; una simile prospettazione si espone all'obiezione, non facilmente superabile, che, in tal modo, perderebbe di significato, almeno con riguardo ai reati causali puri (v. *infra*), l'autonomia della cooperazione colposa rispetto al concorso di cause colpose indipendenti, con la conseguenza che tutte le condotte di partecipazione si trasformerebbero in condotte di per sé colpose, senza che sia possibile giustificare neppure la funzione di disciplina dell'art. 113 c.p.<sup>39</sup>. Ferme le predette considerazioni critiche, le teorie che, anche più di recente, hanno tentato di "recuperare" l'elemento normativo rispetto al connotato "psicologico" della cooperazione colposa<sup>40</sup>, sembrano mosse dalla preoccupazione di fornire una base, almeno *prima facie*, più "solida" all'applicazione della funzione incriminatrice della cooperazione colposa. Così, secondo una prospettiva orientata a non "psicologizzare" la cooperazione colposa, il Cornacchia ritiene che la fattispecie *ex art.* 113 c.p. sia integrata da

<sup>37</sup> ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 188.

<sup>38</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 113; in una prospettiva affine cfr. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 87 ss.

<sup>39</sup> RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 160-161; più di recente, v. sostanzialmente nello stesso senso, MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza*, cit., 16.

<sup>40</sup> CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di M. Romano*, II, Napoli, 823 ss.

violazione di cautele relazionate all'attività altrui, mentre nell'ipotesi *ex art. 41 c.p.* le regole cautelari violate da ciascun concorrente siano autonome, rivolte direttamente all'evento<sup>41</sup>; nella medesima ottica interpretativa sembra muoversi anche il Giunta, il quale distingue tra regole cautelari di "primo tipo", di carattere generale, volte ad operare anche nell'ipotesi di concorso di cause colpose indipendenti, e regole cautelari di "secondo tipo", eccezionali e tassative, deputate a prevenire la realizzazione dell'evento tipico non voluto ad opera della condotta altrui<sup>42</sup>.

Orbene, le citate ricostruzioni dottrinali, per quanto criticabili alla luce del criterio psicologico, appaiono voler "contenere" la dilatazione della tipicità colposa della fattispecie monosoggettiva nell'ambito della (sottile) distinzione concettuale tra la cooperazione colposa in funzione incriminatrice ed il concorso di cause (colpose) indipendenti. Il tentativo "estremo" di recuperare l'elemento normativo è stato forse compiuto dall'Angioni che in un contributo (ormai risalente) aveva dubitato *in toto* dell'art. 113 c.p., ritenendo che la tipicità della cooperazione colposa andasse ricostruita nell'ottica della "eliminazione" della citata disposizione che, non solo sarebbe stata "superflua", alla luce dei principi in materia di colpa, nelle fattispecie causalmente orientate, ma persino "pericolosa" con particolare riguardo ai reati a forma vincolata (v. *infra*), dove comporterebbe la «creazione di modi indiretti e estensivi della tipicità (per giunta a forma libera)»<sup>43</sup>, in tensione con il principio di legalità *sub specie* di determinatezza e frammentarietà. L'elaborazione dell'Angioni, se portata alle estreme conseguenze, comporterebbe, peraltro, di "rinunciare" finanche alla funzione di disciplina dell'art. 113 c.p. nelle fattispecie causalmente orientate - oltre che in quelle a forma vincolata - che, invece, appare irrinunciabile sul piano sistematico, come già osservato da un orientamento dottrinale<sup>44</sup>.

*6. La prospettiva di indagine della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.: considerazioni generali.* Vero quanto osservato *supra*, si cercherà di verificare, nei seguenti paragrafi, la compatibilità della funzione incriminatrice della cooperazione colposa nell'altrui delitto (colposo), alla luce del principio di stretta legalità e di frammentarietà. Un'analisi che non solo rischia di provare

---

<sup>41</sup> CORNACCHIA, *op. cit.* 837.

<sup>42</sup> GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Padova, 1993, 451 ss.

<sup>43</sup> ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, cit., 75.

<sup>44</sup> Sulla fondamentale funzione di disciplina dell'art. 113 c.p. nelle fattispecie causalmente orientate, v. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 146 ss.

“troppo”<sup>45</sup>, ma si espone anche ad ulteriori rilievi critici nella misura in cui muove da un principio penalistico assai ampio (la stretta legalità e la frammentarietà), piuttosto che da un più rigoroso metodo selettivo, come ad es. quello proposto, di recente, dal De Francesco in sede di ricostruzione della cooperazione colposa nel delitto altrui di pura condotta o di evento<sup>46</sup>. Un criterio, quest’ultimo, che è certamente utile a “ritagliare” il contributo del cooperatore nelle ipotesi in cui la condotta atipica del concorrente sia riconducibile allo spettro di prevenzione derivante dalla violazione della regola cautelare ad opera dell’autore del reato (come nel caso dei delitti colposi di “pura condotta”)<sup>47</sup>. La responsabilità del cooperatore andrebbe esclusa, invece, nel caso dei delitti colposi di evento, laddove quest’ultimo non sia a lui ascrivibile «alla luce del tipo di decorso causale da cui è scaturita la lesione», come nel caso dell’istigatore che abbia incitato il conducente ad aumentare la velocità, e questi abbia provocato il sinistro dopo aver imboccato una strada a senso unico (sia pure ad alta velocità)<sup>48</sup>. Una simile impostazione ermeneutica, pare muovere dall’implicito “presupposto” della funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p., sia pure con l’apprezzabile scopo di “delimitarne” la portata mediante un’attenta ricostruzione della c.d. doppia misura della colpa del concorrente nell’altrui delitto (colposo). Ove, invece, si intenda muovere da un’analisi critica della stessa funzione incriminatrice della cooperazione colposa, appare suscettibile di ripensamento la prospettiva di indagine che deve cercare di risalire “a monte”, alla luce del principio di stretta legalità e di frammentarietà, traendo l’abbrivio dalle fattispecie maggiormente frequenti, quali sono i delitti colposi “causali”.

*7. Funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p. e fattispecie colpose causalmente orientate.* Le fattispecie causalmente orientate o “a forma libera”, che dir si voglia, sono caratterizzate dalla mancata tipizzazione delle modalità di realizzazione della condotta riguardo all’evento: il legislatore ritiene di non dover descrivere le note interne della condotta tipica poiché il disvalore penale si incentra sulla causazione dell’evento<sup>49</sup>. In altri termini, nelle fattispecie colpose causalmente orientate la condotta è tipica quando la causazione dell’evento

<sup>45</sup> In una posizione critica alla tesi secondo cui l’art. 113 c.p. avrebbe una funzione non incriminatrice, ma di disciplina, v. nella manualistica MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 521, nt. 187.

<sup>46</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 3 febbraio 2020, 2 ss.

<sup>47</sup> G.A. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 3.

<sup>48</sup> G.A. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 4.

<sup>49</sup> FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*, 237.

previsto ma non voluto deriva dalla violazione della regola cautelare *ex art. 43 c.p.* (diligenza, prudenza, perizia etc.), la quale scolpisce la dimensione normativa della colpa. Ci si potrebbe domandare quali siano le ragioni che inducano ad ipotizzare una funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. laddove il fatto sia già punibile sulla base della fattispecie monosoggettiva colposa di parte speciale<sup>50</sup>.

Si consideri, a titolo esemplificativo, la fattispecie *ex art. 590 c.p.* che punisce «chi cagiona ad altri per colpa una lesione personale»: se la condotta colposa da inosservanza della regola cautelare è già punibile per gli effetti dell'ipotesi monosoggettiva, perché dovrebbe ipotizzarsi una funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.? Potrebbe, di primo acchito, rilevarsi che, se il proprietario di un'auto la presti incautamente ad un soggetto sprovvisto di patente, il quale, a causa dell'inesperienza, provochi lesioni ad un terzo, allora la condotta incauta del proprietario sarebbe incriminabile a titolo di cooperazione nel delitto colposo *ex art. 113 c.p.* Ad uno sguardo più attento, non sarebbe, tuttavia, difficile replicare che, a fronte di una responsabilità plurisoggettiva colposa in cui tutti i soggetti cooperano nella involontaria realizzazione dell'evento, il citato art. 113 c.p. assolverebbe non ad una funzione incriminatrice, bensì ad una funzione di disciplina<sup>51</sup>, assoggettando le ipotesi di cooperazione ad un trattamento sanzionatorio diverso da quello derivante dall'applicazione della sola fattispecie monosoggettiva di parte speciale.

Occorre tuttavia considerare le argomentazioni dottrinali a sostegno della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. accanto a quella di disciplina.

Per un primo orientamento, la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. consisterebbe nel punire condotte atipiche di cooperazione che contrasterebbero con obblighi cautelari secondari, vale a dire obblighi «che assumono ad oggetto non il proprio, ma l'altrui comportamento, nel senso che impongono di verificare, controllare, impedire eventuali attività colpose da parte di terzi»<sup>52</sup>.

Si adduce il caso del noleggiatore di automobili che dia la sua vettura ad un cliente abilitato alla guida, il quale investa per colpa un passante e ne cagioni

<sup>50</sup> In argomento, v. FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*, 615.

<sup>51</sup> Cfr. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 477, il quale osserva come «l'art. 113 c.p. in materia di reati causali puri andrebbe considerata una norma inutile, in quanto anche in assenza della stessa le ipotesi di riferimento ben potrebbero essere punite in base alle singole fattispecie monosoggettive che di volta in volta vengono in rilievo. Ad esempio, si pensi al caso in cui un soggetto imprudentemente inciti il conducente dell'autovettura a superare i limiti di velocità, ed effettivamente, dal superamento dei limiti stessi, derivi l'investimento di un pedone. In tale ipotesi, pertanto l'istigatore potrebbe rispondere di lesioni colpose anche in assenza della previsione normativa di cui all'art. 113».

<sup>52</sup> COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 88. Cfr. in senso critico SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 78 ss.

la morte: ove si accerti che il noleggiatore era a conoscenza che la sua auto sarebbe stata impiegata in una gara di velocità in centro e non autorizzata, ne conseguirebbe il rilievo della sua cooperazione nel delitto colposo<sup>53</sup>. Allo stesso modo, nel caso un soggetto abbandoni rami secchi in un bosco ed un passante li accenda, causando un incendio colposo, la condotta del primo soggetto sarebbe punibile a titolo di cooperazione nel delitto colposo, ove si accerti che egli abbia abbandonato il legname proprio per permettere al passante di accendere il fuoco in un ambiente dove vi fosse il pericolo di un incendio<sup>54</sup>.

In tale ipotesi, si osserva che la condotta del noleggiatore, al pari di quella del soggetto che abbandoni rami secchi nel bosco, per quanto atipiche rispetto alla fattispecie monosoggettiva, sarebbero comunque punibili a titolo di cooperazione nel delitto colposo per non aver impedito l'evento (colposo) provocato da terzi<sup>55</sup>.

La citata impostazione non appare, tuttavia, persuasiva nella misura in cui, sotto la "cartina di tornasole" degli obblighi cautelari secondari aventi ad oggetto la verifica, il controllo, l'impedimento dell'altrui attività colposa, finisce per celarsi lo schema del reato omissivo improprio colposo, e cioè un modello di fatto delittuoso riconducibile *tout-court* alla fattispecie monosoggettiva di parte speciale (in combinazione con l'art. 40, co. 2, c.p.), «senza che al riguardo muti qualcosa a seconda che l'obbligo di condotta disatteso abbia a contenuto il diretto impedimento dell'evento lesivo, ovvero l'impedimento di una condotta altrui causativa a sua volta dell'evento da evitare»<sup>56</sup>.

Inoltre, anche a voler astrattamente ipotizzare la configurabilità di un obbligo cautelare secondario a carico del compartecipe nel delitto colposo, si è giustamente rilevato che la violazione di un simile obbligo non è suscettibile di essere previamente isolata come una "monade" nell'ambito della fattispecie plurisoggettiva colposa, ma «deve essere commisurata alle concrete modalità del fatto concorsuale e potrà rappresentare il fondamento di una condotta colposa tipica solo se ha contribuito a non evitare un evento prevedibile»<sup>57</sup>. In altri termini, nella fattispecie plurisoggettiva colposa valgono pur sempre i comuni meccanismi di imputazione del fatto colposo nella fattispecie monosoggettiva, per cui la condotta del compartecipe può dirsi tipica solo se ha causato un evento prevedibile ed evitabile in base alla regola cautelare. Così,

<sup>53</sup> LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 181.

<sup>54</sup> LATAGLIATA, *op. cit.*, 184.

<sup>55</sup> COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 88.

<sup>56</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 616.

<sup>57</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 145.

per tornare ai casi precedentemente richiamati, la condotta di chi noleggia un'auto o di chi lascia rami in un bosco non può porsi, per difetto di tipicità, come *condicio sine qua non* della realizzazione dell'evento colposo cagionato da terzi. Potrebbe rilevarsi che l'elemento costitutivo della cooperazione nel delitto colposo andrebbe individuato piuttosto nell'adesione psichica all'altrui condotta colposa, come originariamente proposto da un orientamento rimasto minoritario in dottrina<sup>58</sup>. Un simile rilievo non appare però condivisibile, poiché contrasterebbe con la dimensione essenzialmente "normativa" della colpa che si gioca sulla tipicità/atipicità della condotta in violazione di un dovere cautelare, finendo per "rievocare" una colpa psicologica a sostegno della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.<sup>59</sup>.

Considerate le difficoltà difficilmente superabili, per non dire il «tramonto» del summenzionato orientamento<sup>60</sup>, un'impostazione più recente si è sforzata di individuare la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. alla luce di una diversa argomentazione<sup>61</sup>.

Si osserva, in primo luogo, che attribuire all'art. 113 c.p. esclusivamente una funzione di disciplina nelle fattispecie causalmente orientate si rivelerebbe «inutile» poiché, in assenza della citata disposizione, la stessa funzione sarebbe svolta dal concorso di cause colpose indipendenti (ex art. 41, co. 3, c.p.), un istituto che la dottrina si è affannata a distinguere dalla cooperazione nel delitto colposo senza ancora trovare una soluzione "definitiva" al problema - come precedentemente accennato -<sup>62</sup>. In secondo luogo, si finirebbe per tra-

<sup>58</sup> LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, cit.

<sup>59</sup> COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit.; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit. Sulla dimensione normativa della colpa, v. *ex plurimis* FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Padova 1993.

<sup>60</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 145.

<sup>61</sup> RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit.

<sup>62</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 614, dove si evidenzia che il *discrimen* tra cooperazione colposa e concorso di cause autonome è costituito dall'esistenza o meno di un legame psicologico tra i diversi soggetti agenti: a titolo esemplificativo, si avrebbe cooperazione colposa nell'ipotesi del proprietario dell'auto che istighi il conducente a tenere una velocità eccessiva, ove ne derivi un investimento; si avrebbe, invece, concorso nel caso di due automobilisti che, l'uno all'insaputa dell'altro, concorrono a provocare uno stesso incidente. Senonché, è controverso in dottrina come deve essere inteso il legame psicologico: secondo alcuni autori, esso consisterebbe nella consapevolezza di cooperare con la propria condotta all'azione materiale altrui, senza ovviamente la volontà di causare l'evento; secondo altri, invece, sarebbe necessaria l'ulteriore consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta. Proprio questa consapevolezza di collaborare - secondo Fiandaca-Musco - finirebbe per incriminare ex art. 113 c.p. una condotta di cooperazione *ex se* atipica rispetto alla fattispecie di parte speciale, e che viene qualificata colposa di riflesso all'altrui violazione della regola cautelare cui ci si limita ad aderire sul piano psicologico. Per uno studio sul concorso di cause colpose indipendenti si rinvia a CORNACCHIA,

slare il problema dei limiti di tipicità della condotta colposa (plurisoggettiva) nell'ambito della fattispecie monosoggettiva - come del resto si coglie nel dibattito in Germania, in mancanza di una fattispecie corrispondente all'art. 113 c.p. - con il rischio di attribuire tipicità colposa a comportamenti che meriterebbero, invece, una simile qualifica attraverso la «funzione estensiva» dell'art. 113 c.p.<sup>63</sup>.

In quest'ottica speculativa, se l'art. 113 c.p. avesse esclusivamente una funzione di disciplina, limitata alle ipotesi di correatità colposa, perderebbe la valenza di selezionare criticamente le condotte colpose di cooperazione anche alla luce dell'art. 43 c.p. secondo cui l'evento deve essere la concretizzazione dello specifico rischio che la regola cautelare violata mirava a prevenire; sicché «qualunque condotta concorsuale contraria ad un generico dovere obiettivo di diligenza, anche se priva di una immediata connessione di rischio rispetto all'evento lesivo», potrebbe già autonomamente rilevare ai sensi della fattispecie incriminatrice di parte speciale di volta in volta in questione.

La funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. in relazione alle fattispecie causalmente orientate consisterebbe, dunque, nella possibilità di superare «la rigorosa connessione del rischio» prevista ex art. 43 c.p. tra la regola cautelare violata e l'evento, «sempre che sussista, in colui che coopera, la consapevolezza di concorrere al fatto materiale altrui»; sicché acquisterebbero rilievo penale condotte di per sé neutre riguardo all'evento, «dotate di pericolosità ancora astratta ed indeterminata rispetto al fatto colposo realizzato in cooperazione»<sup>64</sup>.

In tal modo, verrebbero valorizzati anche gli artt. 113, co. 2, e 114 c.p. che, nell'ambito della cooperazione nel delitto colposo, prevedono rispettivamente l'aggravamento della pena per il soggetto che abbia assunto un ruolo preponderante ed in modo simmetrico la diminuzione della pena per l'agente che abbia apportato una condotta di minima importanza nella fase di preparazione o di esecuzione della fattispecie incriminatrice.

Una simile impostazione è stata accolta in una nota pronuncia del 2009 della Cassazione penale che ha riconosciuto la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. in relazione a «condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di

---

*Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici*, in *Ind. pen.*, 2001, 645 ss. (Parte I), 1063 ss. (Parte II).

<sup>63</sup> RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 135, cui si rinvia anche per il dibattito in Germania.

<sup>64</sup> RISICATO, *op. cit.*, 167.

coniugarsi con altre condotte»<sup>65</sup>; in tali situazioni «l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di condotte che sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche»<sup>66</sup>. I giudici di legittimità evidenziano che il predetto orientamento non solo è in linea con le finalità perseguite dal codice Rocco che, diversamente dal codice Zanardelli, ha espressamente previsto la fattispecie del concorso colposo (v. *supra*), ma è anche in grado di fornire una solida giustificazione teorica alle citate circostanze *ex artt.* 113, co. 2 e 114 c.p.

Occorre chiedersi, a questo punto, se vi sia davvero una “necessità” di ricorrere alla funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p. oppure se sia solo una “possibilità” logica<sup>67</sup> che creerebbe ulteriori dubbi interpretativi alla luce del principio di stretta legalità, come si verificherà meglio in seguito.

A voler bilanciare logica e diritto penale potrebbe affermarsi che l’enunciato secondo cui l’art. 113 c.p. assolverebbe ad una funzione estensiva della punibilità sarebbe “necessario” se fosse vero in ogni fattispecie colposa causalmente orientata, vale a dire in ogni “mondo possibile”, per esprimersi in senso metaforico con il filosofo e logico Saul Kripke<sup>68</sup>. Sul piano della filosofia del linguaggio la “verità” dell’enunciato secondo cui l’art. 113 c.p. opererebbe in funzione incriminatrice non sarebbe necessaria qualora venisse meno in uno stato di cose possibile diverso da quello attuale, vale a dire immaginando che vi siano (possibili) fattispecie causali in cui la funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p. non sarebbe configurabile.

Ammettiamo, tuttavia, che l’enunciato della funzione estensiva dell’art. 113 c.p. sia vero in tutte le possibili fattispecie (colpose) causali: ciò implicherebbe per il diritto penale l’esistenza di condotte “neutre” nella fattispecie monosoggettiva, ma che diventerebbero (necessariamente) punibili mediante l’intervento dell’art. 113 c.p. Un simile enunciato rischierebbe, tuttavia, di essere falsificato, dal momento che da una complessiva analisi della situazione concreta potrebbe venire in rilievo «l’inosservanza di regole cautelari già direttamente rilevanti ai sensi della fattispecie di parte speciale causalmente orientata»<sup>69</sup>. In tali ipotesi, dunque, il ricorso all’art. 113 c.p. in funzione estensiva

<sup>65</sup> Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 579 con nota di RISICATO.

<sup>66</sup> Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786, cit.

<sup>67</sup> La distinzione degli operatori di necessità e possibilità nella logica modale è descritta da KRIPKE, *Nome e necessità*, trad. it., Torino, 1999.

<sup>68</sup> Per una critica penalistica alla teoria di Kripke con particolare riferimento al principio di determinatezza della fattispecie incriminatrice, v. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 96 ss.

<sup>69</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 616, nt. 76.

sarebbe solo (logicamente) possibile, ma non costituirebbe una verità necessaria, dal momento che quelle condotte sarebbero punibili già sulla base della fattispecie incriminatrice colposa di parte speciale.

Nella sistematica del diritto penale la funzione estensiva dell'art. 113 c.p. rischierebbe di apparire (finanche) "ambigua" rispetto alla funzione dichiarativa. Ci si potrebbe domandare, infatti, quale sia il senso logico-normativo della funzione incriminatrice della cooperazione (almeno) tutte le volte in cui vi siano condotte che vengano interpretate di cooperazione nel delitto colposo, quando invece esse debbano ritenersi atipiche, non essendo in tensione con la regola cautelare ricavabile dall'interpretazione della fattispecie di parte speciale. In tali casi, a ben considerare, l'art. 113 c.p. verrebbe ad assumere una funzione non incriminatrice, bensì «limitativa della punibilità»<sup>70</sup>, poiché in assenza della misura oggettiva della colpa, vale a dire della concretizzazione del rischio che la regola cautelare mira a prevenire, «nemmeno l'istigatore potrebbe rispondere per un contributo che, non accedendo ad una condotta colposa, non può assumere una connotazione tipicamente colposa»<sup>71</sup>.

Non è un caso, a parere di chi scrive, che la citata pronuncia della Cassazione penale abbia "enfaticamente" il rilievo dell'intreccio cooperativo e del comune coinvolgimento nella gestione del rischio per avvalorare la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. La preoccupazione dei giudici di legittimità sembra essere quella di evitare che l'interpretazione della portata della norma si traduca in un'estensione della punibilità di condotte altrimenti atipiche (già) a livello della fattispecie incriminatrice di parte speciale, vale a dire di comportamenti non integranti una condotta colposa, neppure alla luce della complessiva analisi del caso concreto. Se così fosse, sarebbe lecito sospettare che dietro alle formulazioni dell'«intreccio cooperativo» e del «comune coinvolgimento nella gestione del rischio» si celi una (larvata) tipizzazione giurisprudenziale della cooperazione nel delitto colposo, dal momento che la qualificazione della tipicità non riposerebbe nella *law in the books*, ma nella *law in action*. Si sarebbe di fronte ad (un'ennesima) manifestazione di quel *judge-made law* che rappresenta, per così dire, «il lato oscuro»<sup>72</sup> del moderno diritto penale: l'interpretazione giurisprudenziale che si spinge fino a "creare", in ambito plurisoggettivo, la tipicità colposa di condotte *ex se* non contrastanti con la regola cautelare delineata dalla fattispecie incriminatrice monosoggetti-

<sup>70</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 349 ss.

<sup>71</sup> MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 477.

<sup>72</sup> MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale diritto penale*, Pisa, 2017.

va.

Anche una più recente pronuncia della Cassazione penale del 2019 rischia, a sommosso parere di chi scrive, di avvalorare le surriferite perplessità derivanti dall'accoglimento della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. I giudici di legittimità, seppure incidentalmente, ribadiscono, in linea con il precedente *decisum* del 2009, che le situazioni in cui le condotte atipiche colpose possono compenetrarsi con altre condotte tipiche, che si pongono tra loro in cooperazione, sono configurabili quando «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»<sup>73</sup>.

Pertanto, la struttura materiale della fattispecie incriminatrice colposa di parte speciale finisce per essere rimessa ad un'interpretazione "creativa" della giurisprudenza: il fatto che una (o più di una) condotta sia atipica per mancanza di contrarietà con la regola cautelare, non "dissuade" il giudice penale dal "ricostruirne" la tipicità sulla base di altra (o altre) condotte tipiche in cooperazione tra loro sotto "l'usbergo" - paradossalmente - della stessa legge. E, come se non bastasse, sembra riaffiorare la pericolosa tendenza a ritenere centrale l'elemento psicologico, sotto le mentite spoglie della consapevolezza di cooperare con altri, sebbene la dimensione della colpa sia fondamentalmente normativa. Per riassumere: l'art. 113 c.p., letto in funzione incriminatrice, finisce per comportare, in antitesi alla sua funzione di disciplina, l'incriminazione di condotte atipiche che in nessun caso assurgerebbero a rilevanza penale, poiché sprovviste della colpa non solo nella sua dimensione soggettiva (la prevedibilità in concreto da parte dell'agente), ma anche, come già accennato, in quella oggettiva<sup>74</sup>.

Vale qui la pena richiamare l'opinione del filosofo Francis Bacon, secondo cui «i giudici devono essere leoni, ma leoni sotto il trono»<sup>75</sup> (della legge).

8. *Funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. e fattispecie a forma vincolata.* Un cospicuo orientamento dottrinale ritiene che l'art. 113 c.p. assolva ad una funzione incriminatrice limitatamente alle fattispecie colpose a forma vincolata<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Cass., Sez. IV, 14 febbraio 2019, n. 7032, in *Dejure*.

<sup>74</sup> Cfr. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 478. Sulla doppia misura della colpa in generale, v. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit.; GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit.; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.

<sup>75</sup> *Essays of Francis Bacon, LVI, Of judicature*, a cura di Augusta Scott, New York, 1908, 251.

<sup>76</sup> V. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 70 ss.; ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione*

In queste fattispecie di parte speciale il legislatore, a differenza delle fattispecie causali pure, tipizza le modalità di realizzazione della condotta rispetto alla verifica dell'evento, dal momento che intende stigmatizzare non qualsiasi offesa prodotta, ma esclusivamente un'offesa causata con specifiche modalità comportamentali contemplate dalla fattispecie incriminatrice (es: art. 452 in relazione agli artt. 439, 440, 441 c.p.)<sup>77</sup>.

Ci si potrebbe domandare come sia configurabile una funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. in ipotesi dove sono tipizzate le modalità di estrinsecazione della condotta, alla luce del principio di frammentarietà volto a "ritagliare" le condotte pregnanti in cui si incentra il disvalore.

In dottrina si adduce, a titolo esemplificativo, la condotta di un soggetto il quale, pur senza detenere, porre in commercio ovvero distribuire con colpa sostanze alimentari contraffatte ed alterate, funga da intermediario in una trattativa che porterà a commercializzare tali sostanze: un simile comportamento, per quanto atipico rispetto alla fattispecie colposa a forma vincolata (ex artt. 442 e 452 c.p.), potrebbe venire incriminato grazie all'intervento dell'art. 113 c.p.<sup>78</sup>. Si osserva, al riguardo, che «qualora la ricostruzione fattuale dimostri che il soggetto abbia omesso di controllare la qualità del prodotto, ovvero abbia operato una valutazione affetta da errore inescusabile, pur rappresentandosi o potendosi rappresentare che tale prodotto sarebbe stato posto in commercio, non solo si potrà dire che il soggetto ha colposamente contribuito alla verifica di un evento prevedibile ed evitabile, ma si potrà anche portare alla luce uno specifico disvalore di questo comportamento, in tutto e per tutto assimilabile a quello dell'esecutore dell'azione tipica. La possibilità, attraverso il riferimento alle modalità del fatto, di muovere al soggetto un rimprovero diretto per la violazione della regola cautelare posta a tutela preventiva del bene della salute pubblica, pur in assenza di una condotta corrispondente alla descrizione normativa, dimostra che nel caso concreto e proprio per il ruolo di fatto svolto nel concatenarsi delle azioni, egli ha assunto ed ha violato una posizione di garanzia, specifica e rilevante, ancorché non originariamente riferibile ai requisiti di tipicità espressamente desunti dalla

---

*colposa*, Milano, 1984, 180 ss.; ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, cit., 74 ss.; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 174 ss.; RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 170 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 544 ss.; ALDROVANDI, *Il concorso nel reato colposo*, cit., 716.

<sup>77</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 616.

<sup>78</sup> Il caso è richiamato da SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 175.

norma incriminatrice di parte speciale»<sup>79</sup>.

Quest'ampia citazione consente di riflettere sulla "compatibilità" di una simile lettura dell'art. 113 c.p. in relazione alle fattispecie a forma vincolata, alla luce del principio di stretta legalità e di frammentarietà del diritto penale: in che senso sarebbe possibile incriminare la condotta di un soggetto per cooperazione nel delitto colposo «pur in assenza di una condotta corrispondente alla descrizione normativa»<sup>80</sup>? Sembrerebbe trattarsi, per vero, di una «deviazione teleologica»<sup>81</sup> rispetto alle modalità di offesa al bene giuridico contemplato dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale, dal momento che, mediante l'art. 113 c.p., verrebbe conferita tipicità indiretta a comportamenti che non sono tipizzati dal legislatore.

Si obietta, in dottrina, che il predetto rilievo risulta essere meramente formale e che sarebbe suscettibile di ridimensionamento, considerato che l'art. 113 c.p. condividerebbe la stessa *ratio* dell'art. 110 c.p. e «possiede pertanto, sul versante del reato colposo, una generale funzione estensiva dei margini originari di tipicità delle condotte punibili analoga a quella svolta dall'art. 110 c.p. sul terreno del reato doloso»<sup>82</sup>. Le preoccupazioni relative alla lettura dell'art. 113 c.p. in funzione incriminatrice con riguardo alle fattispecie colpose a forma vincolata, andrebbero, tuttavia, superate con un'attenta interpretazione restrittiva<sup>83</sup>. Si argomenta che «estremamente significativo, in proposito, è il fatto che, da parte della giurisprudenza pressoché unanime e della dottrina prevalente, l'art. 113 c.p. non sia mai stato ritenuto una norma di sbarramento contro la configurabilità di un concorso colposo nelle contravvenzioni, che sono per lo più previste tra l'altro in forma vincolata, quando pure avrebbe potuto essere valorizzato *a contrario* il riferimento al delitto colposo in esso contenuto. Si attribuisce, in tal modo, funzione incriminatrice – sul versante delle tipologie meno gravi di illecito – ad una previsione solo *deducibile* dall'art. 110: la violazione del principio di frammentarietà è qui tanto più grave quanto più si consideri la crescente proliferazione degli illeciti contravvenzionali»<sup>84</sup>.

Potrebbe replicarsi ad una simile interpretazione restrittiva che altro è la deducibilità del concorso colposo nelle contravvenzioni che parrebbe avvalorata dal termine generico «reato» (*ex art. 110 c.p.*), altro è ritenere estendibile la

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> ANGIONI, *Il concorso colposo*, cit., 75.

<sup>82</sup> RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 173.

<sup>83</sup> RISICATO, *op. cit.*, 175.

<sup>84</sup> *Ibid.*

punibilità a titolo di cooperazione nel delitto colposo (*ex art. 113 c.p.*) a condotte che restano atipiche rispetto alla formulazione della fattispecie incriminatrice di parte speciale: per usare una metafora, sembrerebbe trattarsi di due piani interpretativi solo apparentemente “sovrapponibili”. Il mancato rilievo dell’art. 113 c.p. come norma di “sbarramento” al concorso colposo nelle contravvenzioni, che sono per la maggior parte costruite in forma vincolata, andrebbe ricercato, a parere di chi scrive, nel fatto che il codice Rocco ha avvertito il dibattito risalente al vecchio codice Zanardelli (*v. supra*), sotto la cui vigenza si discuteva della configurabilità del concorso nel reato colposo, tale da ricomprendere anche le contravvenzioni. In quell’epoca, tuttavia, a causa della mancanza di un’espressa disposizione codicistica, non v’erano neppure le “condizioni” per lo sviluppo della problematica afferente alla funzione incriminatrice del concorso nel reato colposo. Un simile problema si è infatti posto all’attenzione della dottrina solo in seguito alla scelta del codice Rocco di introdurre l’attuale art. 113 c.p., che punisce la cooperazione nel delitto colposo. È possibile, quindi, ritenere che l’attenzione della dottrina si sia concentrata sulla funzione incriminatrice della citata disposizione con riguardo ai delitti e non alle contravvenzioni per l’evidente considerazione che soltanto per i primi l’imputazione colposa deve essere espressamente prevista dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale (*ex art. 42 c.p.*); il che spiegherebbe, in linea puramente ipotetica, per così dire, un certo venir meno di “interesse” teorico-pratico a disquisire sullo sbarramento (*ex art. 113 c.p.*) alle contravvenzioni a forma vincolata.

9. *Funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p. e fattispecie omissive.* Secondo un orientamento dottrinale, la funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p. opererebbe anche in relazione alle fattispecie omissive<sup>85</sup>.

Con riguardo alle fattispecie omissive “proprie” in cui il disvalore si incentra sul mancato compimento della condotta imposta dalla norma penale di comando<sup>86</sup>, il ricorso alla cooperazione colposa in funzione incriminatrice si rivela, in realtà, “scivoloso”, a tal punto da richiedere talune «precisazioni» per ammissione degli stessi sostenitori della tesi estensiva<sup>87</sup>.

Ci si può domandare che cosa accadrebbe nell’ipotesi in cui l’istigatore (o comunque l’agevolatore) non sia diretto destinatario dell’obbligo giuridico di

<sup>85</sup> In argomento, *v.* ALDROVANDI, *Il concorso nel reato colposo*, 716 ss.

<sup>86</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 213.

<sup>87</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 193.

attivarsi. Si consideri, ad esempio, un soggetto che, per errore non scusabile, induca il responsabile di un'azienda a non adottare una determinata apparecchiatura preventiva, prescritta come obbligatoria dalla disciplina antiinfortunistica, rappresentandogli come più idonea al fine di prevenzione altra apparecchiatura, che, in concreto, poi non si riveli adeguata<sup>88</sup>.

In una simile ipotesi, secondo un'impostazione dottrinale, non sarebbe revocabile in dubbio l'intervento dell'art. 113 c.p. in funzione incriminatrice, dal momento che, per quanto il soggetto considerato nel predetto esempio sia estraneo alla sfera dell'obbligo giuridico delineato dall'art. 451 c.p., la sua condotta atipica contribuirebbe al verificarsi dell'offesa, oltre ad essere connotata dall'elemento psicologico essenziale alla compartecipazione colposa<sup>89</sup>.

Questa opinione, a sommosso avviso di chi scrive, non appare tuttavia immune da profili di criticità, nella misura in cui finisce per estendere la punibilità dell'art. 113 c.p. a condotte atipiche rispetto alla fattispecie incriminatrice speciale. Se l'art. 451 c.p. integra, per consolidato orientamento, un'ipotesi di reato "proprio" che riguarda esclusivamente i destinatari di precetti infortunistici<sup>90</sup>, appare in linea di principio una "forzatura" interpretativa rispetto al principio di stretta legalità ricomprendervi anche le condotte di soggetti estranei: non può trascurarsi che la condotta rilevante *ex art. 451 c.p.* può essere integrata solo da chi, per colpa, ometta le cautele sul lavoro atte a prevenire infortuni. Ne consegue che non sarebbe configurabile una funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p., dal momento che, come già osservato, la condotta dell'estraneo sarebbe atipica rispetto alla fattispecie incriminatrice speciale, a meno che non si voglia sottoporre ad una "torsione interpretativa" la condotta "neutra" dell'estraneo - che, nulla toglie, potrebbe integrare una diversa fattispecie commissiva, in base ad un attento esame del caso concreto -.

Non meno problematica appare la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. in relazione alle fattispecie omissive "improprie" (o commissive mediante omissione) in cui l'evento lesivo dipende dalla mancata verifica di un'azione doverosa da parte del soggetto gravato da una posizione di garanzia (c.d. garante), il quale ha l'obbligo giuridico di impedirlo, secondo la regola di equivalenza *ex art. 40 c.p.*<sup>91</sup>.

Il profilo di criticità è dato dal fatto che l'interpretazione dell'art. 113 c.p. in

<sup>88</sup> L'esempio è richiamato da SEVERINO DI BENEDETTO, *op.cit.*, 194.

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> In argomento, v. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1991, 24; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale, PG*, 9° ed., Milano, 2020, 254.

<sup>91</sup> Sulla struttura della fattispecie omissiva impropria, in generale, v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 630 ss.

chiave incriminatrice rischierebbe di porsi in tensione con il principio di stretta legalità, poiché indurrebbe a ritenere tipica la condotta di partecipazione fornita da «persona estranea alla specifica situazione di garanzia che è fonte di responsabilità penale»<sup>92</sup>: l'art. 113 c.p. diverrebbe, pertanto, un meccanismo volto a dilatare in maniera incontrollata la stessa regola di equivalenza di cui all'art. 40 c.p.<sup>93</sup>.

Si consideri, a titolo esemplificativo, il caso di un infermiere tenuto a praticare una fleboclisi ad un paziente ammalato: ove la moglie dell'infermiere, per mera sciatteria, persuadea il marito ad accompagnarla a far compere ritardando l'appuntamento con il paziente, il quale muore a causa della mancata somministrazione della terapia endovenosa, sarebbe configurabile una responsabilità in capo all'infermiere per omicidio colposo *ex art.* 40 c.p. ed una responsabilità a carico della moglie per cooperazione colposa in base al combinato disposto degli artt. 113 e 40 c.p.<sup>94</sup>.

Una simile responsabilità a carico della moglie dell'infermiere rischierebbe, tuttavia, di comportare un'interpretazione analogica *in malam partem* della clausola di equivalenza *ex art.* 40 c.p., per cui si riterrebbe responsabile un soggetto diverso dal garante (l'*Hintermann* della dottrina tedesca), in contrasto con il principio di stretta legalità: la moglie dell'infermiere finirebbe per rispondere, a titolo di cooperazione colposa, per un fatto «che non ha materialmente commesso e che non aveva, in alcun modo, l'obbligo di impedire»<sup>95</sup>.

L'orientamento favorevole alla funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. precisa che la predetta estensione analogica dell'art. 40 c.p. anche a soggetti diversi dall'*Hintermann* «appare in realtà, come la coerente conseguenza dell'applicazione distinta e successiva della clausola (in ipotesi) incriminatrice di cui all'art. 113 c.p. ad un reato colposo realizzato a sua volta per il tramite dell'art. 40 c.p.: si tratta, cioè, del risultato, certamente discutibile da un punto di vista politico-criminale ma tecnicamente ineccepibile, del doppio e cumulativo effetto estensivo della punibilità ascrivibile a due concorrenti forme di manifestazione del reato»<sup>96</sup>.

Al di là di tali precisazioni, è opportuno evidenziare come il citato orientamento si soffermi, con una certa enfasi, su come debba essere interpretata la

<sup>92</sup> ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 182 ss.

<sup>93</sup> INSOLERA, *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1988, 480; ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, 175 ss.

<sup>94</sup> Il caso è richiamato da RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 151.

<sup>95</sup> RISICATO, *op. cit.*, 152.

<sup>96</sup> *Ibid.*

mera trascuratezza della moglie dell'*Hintermann*, la quale sarà responsabile per colpa a condizione che abbia consapevolmente aderito al fatto materiale del marito: l'elemento psicologico assume un rilievo centrale per "colmare" il *vulnus* di tipicità della condotta di cooperazione colposa nella causazione dell'evento-morte. L'elemento psicologico finisce, in definitiva, per "surrogarsi" alla tipicità, violando, però, così il principio *cogitationis poenam nemo patitur*.

Un altro orientamento dottrinale ritiene, invece, di distinguere la funzione dell'art. 113 c.p. a seconda che venga impiegato nelle fattispecie nelle quali l'obbligo giuridico di impedire l'evento discenda dalla regola di equivalenza, ex art. 40 c.p., oppure in quelle in cui anche il comportamento omissivo rispetto all'obbligo giuridico di impedire l'evento viene descritto attraverso note interne alla fattispecie, siano esse strutturate come reati di evento (es: art. 57 c.p.), oppure come reati omissivi puri<sup>97</sup>.

Con riguardo alle prime fattispecie si osserva che l'intervento dell'art. 113 c.p. assolverebbe, in realtà, ad una funzione di disciplina delle condotte già *ab origine* tipiche, ai sensi della fattispecie incriminatrice speciale, dei soggetti gravati dall'obbligo giuridico di attivarsi, i quali non abbiano impedito l'evento (ex art. 40 c.p.). Così, ad esempio, se «il datore di lavoro per trascuratezza ometta di installare su un edificio in costruzione protezioni di prevenzione di infortuni, venendo meno all'obbligo giuridico che gli impone la normativa *extrapenale* in materia, e ciò cagioni - in concorso con la condotta imprudente di un capo-cantiere il quale determini un operaio a salire sull'edificio, nonostante la mancanza di protezione - la morte o le lesioni di quest'ultimo a seguito di caduta, non vi è dubbio che tanto la condotta omissiva del datore di lavoro, quanto la condotta positiva del capo-cantiere, debbano con riferimento alle modalità concrete del fatto, considerarsi già *ab origine* tipiche rispetto all'evento delineato dagli artt. 589 e 590 c.p. con la conseguenza che l'art. 113 c.p. e la normativa ad esso connessa interverranno soltanto in funzione di disciplina»<sup>98</sup>.

Con riguardo, invece, alle seconde fattispecie, si evidenzia che l'art. 113 c.p. assolverebbe non solo ad una funzione di disciplina, ma anche ad una funzione incriminatrice di comportamenti originariamente atipici, con particolare riguardo alle ipotesi in cui l'omissione dell'estraneo alla sfera dell'obbligo giuridico segua ad un incarico di adempimento da parte del soggetto che è nor-

<sup>97</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 197 ss.

<sup>98</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 199.

mativamente investito dell'obbligo<sup>99</sup>. Quest'ultime ipotesi si verificherebbero nei casi di delega di esecuzione ad un terzo che, a differenza del trasferimento di funzioni, darebbe luogo ad un mero incarico di esecuzione, senza comportare il trasferimento della posizione di garanzia dal dante causa al delegato, il quale diventerebbe semplicemente lo "strumento" impiegato dal primo per adempiere al proprio obbligo penalmente rilevante<sup>100</sup>. In tali casi, la condotta omissiva colposa del delegato al compito esecutivo affidatogli, sebbene non contraddistinta dalla presenza di un obbligo giuridico e di una situazione di garanzia, assumerebbe rilievo mediante l'art. 113 c.p. in funzione incriminatrice. Per riassumere, si configurerebbe una cooperazione colposa avente come presupposto un «comportamento negativo frazionato» tra due concorrenti: «colui che ha conferito l'incarico di esecuzione, in quanto titolare comunque della posizione di garanzia, avrà realizzato tutti gli elementi di una condotta punibile, se ha colposamente omissivo il controllo sull'adempimento e se il mancato controllo ha contribuito al verificarsi dell'omissione. Colui che ha ricevuto l'incarico potrà rispondere a titolo di concorso colposo se, pur essendo consapevole del contenuto dell'incarico, non vi ha adempiuto per colpa»<sup>101</sup>.

Il nucleo della citata argomentazione è, dunque, costituito dall'assunto secondo cui l'atipicità della condotta omissiva di colui che ha ricevuto l'incarico di esecuzione sarebbe «coperta» dalla funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p., diversamente dalle fattispecie omissive "improprie" nelle quali l'estraneo «non fornisce un contributo causale al verificarsi dell'offesa», perché non esisterebbe «il presupposto dell'obbligo giuridico necessario a rendere operativa la clausola di equivalenza delineata dall'art. 40 c.p.»<sup>102</sup>.

Pur con tali precisazioni, una simile impostazione suscita taluni profili di criticità, nella misura in cui appare piuttosto problematico il ricorso alla complessa figura della delega di esecuzione per "giustificare" la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. a fronte di condotte sin *ab origine* atipiche rispetto alla fattispecie incriminatrice contemplante il reato omissivo proprio: il principio cardine di stretta legalità finirebbe per essere sottoposto ad una ulteriore (ed ingiustificata) "torsione interpretativa". Inoltre, a questo (generale) rilievo se ne affianca un altro più specifico afferente alla citata ricostruzione la quale indurrebbe a ritenere che il concorrente estraneo all'obbligo giuridico di atti-

<sup>99</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 206 ss.

<sup>100</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 210 ss.

<sup>101</sup> SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, 212.

<sup>102</sup> *Ibid.*

varsì debba rappresentarsi la condotta omissiva dell'intraneo (e quindi, l'altrui obbligo giuridico di attivarsi); il che finirebbe per essere «difficilmente conciliabile con il carattere meramente colposo del comportamento tenuto dal concorrente stesso»<sup>103</sup>, tanto da sembrare, per certi versi, un «atteggiamento soggettivo di carattere doloso»<sup>104</sup>.

10. *La prospettiva “dinamica” della cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse.* Giunti a questo punto dell'indagine, appare opportuno verificare se le surriferite preoccupazioni di carattere “garantistico” riguardo alla funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p., possano essere soddisfatte attraverso una prospettiva “dinamica” della cooperazione colposa, emergente nella c.d. società del rischio<sup>105</sup>.

Con particolare riferimento alla dimensione assunta dalla condotta del concorrente nelle organizzazioni complesse, come, ad es., nell'ambito della sicurezza sul lavoro o dell'attività medico-chirurgica, è stata valorizzata in dottrina la logica della “divisione del lavoro” per individuare un'eventuale responsabilità (colposa) in capo ai singoli “garanti”<sup>106</sup>. Così, ad es., il datore di lavoro che abbia operato un'erronea valutazione dei rischi, risponderebbe per l'infortunio occorso al lavoratore privo delle necessarie 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»<sup>107</sup>. Ed ancora, «una difettosa analisi clinica di una patologia di tipo tumorale (riguardante, ad es., 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»<sup>108</sup>.

La predetta logica della “divisione del lavoro” finisce, a ben considerare, per

<sup>103</sup> ALDROVANDI, *Il concorso nel reato colposo*, cit., 717.

<sup>104</sup> ALDROVANDI, *Il concorso di persone*, cit., 116 ss.

<sup>105</sup> Per uno sguardo sociologico alla c.d. società del rischio, v. *amplius* BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it., Roma, 2000, 25, dove si osserva che «nella modernità avanzata la produzione sociale di ricchezza va sistematicamente di pari passo con la produzione sociale di rischi».

<sup>106</sup> G.A. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, cit.

<sup>107</sup> G.A. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 7.

<sup>108</sup> *Ibid.*

delimitare l'estensione della funzione incriminatrice della cooperazione colposa a fronte di possibili condotte atipiche, inosservanti della regola cautelare, le quali non si siano "comunicate" «al tipo di violazione riferibile al perimetro della garanzia affidata ad un altro membro dell'organizzazione»<sup>109</sup>. In quest'ottica speculativa, l'evento cagionato dalla cooperazione *ex art.* 113 c.p. nelle organizzazioni complesse assume un pregnante rilievo di ricostruzione delle condotte commissive od omissive dei singoli responsabili che non integrino una violazione «del tutto autosufficiente rispetto all'offesa»<sup>110</sup>. In altri termini, l'evento (colposo) nelle organizzazioni complesse "coagula" la trama dei «contributi strumentali», così da «poter valutare il fatto commesso come accadimento venuto ad esistenza proprio in ragione del loro reciproco innestarsi nel mosaico partecipativo cooperante all'offesa»<sup>111</sup>. Ciò non significa, tuttavia, che il profilo causale rimanga "oscurato" dall'evento, dal momento che resta imprescindibile stabilire il processo eziologico attraverso il quale si sia verificata l'offesa al bene giuridico. A tal fine, la definizione del contenuto funzionale della posizione di garanzia nelle organizzazioni complesse andrebbe valorizzata in chiave teleologica per selezionare, alla luce della c.d. doppia misura della colpa, i poteri-doveri destinati a giocare un ruolo preventivo, rispetto ai quali assume rilievo la stessa concretizzazione del rischio che la regola cautelare violata mirava a prevenire. In tal modo, verrebbero inoltre soddisfatte le preoccupazioni inerenti ad un'automatica affermazione nelle organizzazioni complesse della colpa derivante dal venir meno al dovere di garanzia, poiché, alla luce del principio di affidamento (*Vertrauensgrundsatz*), non potrà essere mosso un simile rimprovero ove «la difformità dal dovere di garanzia dipenda dall'essere stata la sua effettiva osservanza ostacolata e fuorviata dalle inadempienze proprie di altri soggetti di cui non era ragionevolmente ipotizzabile un comportamento scorretto ed irregolare»<sup>112</sup>. Così, ad es., nel campo dell'attività medico-chirurgica, qualora il paziente muoia a causa di setticemia da puntura di siringa infetta, le precedenti condotte colpose degli operatori sanitari non rilevarebbero ai fini della specifica violazione cautelare che ha concretizzato quel tipo di rischio; od ancora, ad es., nell'ambito della sicurezza sul lavoro, l'inottemperanza del datore di lavoro e del responsabile del servizio di prevenzione e protezione non influirebbero sul piano della causalità della colpa quando l'evento morte del lavoratore sia derivato da un

---

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> G.A. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 8.

<sup>111</sup> *Ibid.*

<sup>112</sup> G.A. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 11.

comportamento imprudente di quest'ultimo in violazione di una differente regola cautelare<sup>113</sup>.

Il “rovescio della medaglia” dell'accennata prospettiva “dinamica” della cooperazione colposa è che – a parere di chi scrive – in mancanza di un'accurata tipizzazione dei poteri di intervento dei “garanti” nelle organizzazioni complesse si finirebbe per estendere la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. “al limite”, se non addirittura oltre, con il principio di legalità e di frammentarietà. È quanto si ricava dal famoso *decisum* delle S.U. *Thyssenkrupp* laddove i giudici di legittimità qualificano il responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP) come un garante “gestore del rischio” di sua competenza in materia di sicurezza sul lavoro<sup>114</sup>, che a ben considerare, potrebbe astrattamente rispondere per l'evento offensivo cagionato in cooperazione con il datore di lavoro, il quale a sua volta, in veste di garante “superiore” non abbia osservato i propri (connessi) doveri di sicurezza. La “rivisitazione” della posizione di garanzia del RSPP, operata dalla citata pronuncia della Cassazione penale nella sua massima composizione, è stata il frutto di un'interpretazione, per certi versi, “creativa” nella misura in cui configura obblighi suscettibili di stigma penale a carico del RSPP, non espressamente contemplati dalla disciplina infortunistica (d.lgs. 81/2008). Una rivisitazione che certamente va collocata nell'ambito di un (annoso) dibattito dottrinale in cui era già emersa l'esigenza di “sgravare” il datore di lavoro da obblighi di sicurezza connotati da un crescente tecnicismo e suscettibili di essere affidati, specialmente nelle imprese con un certo grado di complessità, ad altri soggetti, sia pure privi dei poteri decisionali del datore di lavoro<sup>115</sup>, secondo una logica di “condivisione del rischio”. Ciò comporta una certa “ingerenza”, per quanto doverosa possa apparire<sup>116</sup>, del RSPP nel “ruolo” del datore di lavoro, pur senza disporre formalmente di poteri impeditivi dell'evento, dal momento che gli artt. 31 ss. del citato T.U. in materia di sicurezza sul lavoro sembrerebbero valorizzare il carattere “consultivo”, piuttosto che “operativo”, di simile figura. L'interpretazione “creativa” della giurisprudenza finisce, quindi, per ritagliare una “inedita” posizione di garanzia a carico del RSPP che costituisce il “pre-supposto” per un (possibile) “intreccio” cooperativo colposo con il datore di lavoro.

<sup>113</sup> Cfr. nella più recente giurisprudenza di legittimità Cass., Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 32507, in *Dejure*, dove si affermato che il comportamento imprudente del lavoratore è idoneo ad escludere la causalità della colpa del datore di lavoro.

<sup>114</sup> Cass., S.U., 18 settembre 2014, n. 38343, in *Dejure*.

<sup>115</sup> In questo senso, v. già PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit.

<sup>116</sup> DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa*, cit.

Le stesse perplessità parrebbero riaffiorare, *mutatis mutandis*, con particolare riferimento all'attività chirurgica in *équipe* laddove la giurisprudenza con un'interpretazione "creativa" prevede che in ipotesi di cooperazione multidisciplinare (sia essa "sincronica" o "diacronica"), i sanitari siano gravati da obblighi di controllo reciproco (*rectius*: di sorveglianza) sull'altrui operato, sebbene siffatti obblighi siano privi di poteri impeditivi dell'evento, a differenza degli obblighi di garanzia<sup>117</sup>, con l'ulteriore conseguenza di assumere una valenza onnicomprensiva, non sempre rispettosa dei principi di stretta legalità e di personalità della responsabilità penale<sup>118</sup>.

Una simile impostazione giurisprudenziale (anche se parzialmente "smentita" dalle pronunce più recenti)<sup>119</sup>, sembra muovere per certi versi da una «sfiducia di base» nell'attività medica di *équipe*, che appare porsi "in tensione" con il principio di affidamento, se letto in una prospettiva medico-centrica<sup>120</sup>.

Il superamento del «confine»<sup>121</sup> di simile principio porta, dunque, la giurisprudenza a fare applicazione della cooperazione colposa, muovendo dal presupposto, non esente da criticità ermeneutiche, che la cooperazione multidisciplinare, con esito infausto per il paziente, "coincida" con la stessa cooperazione colposa<sup>122</sup>. Ne consegue che la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. finisce per "allargare le maglie" della tipicità colposa monosoggettiva «fino a ricomprendere la normalmente irrilevante prevedibilità del fatto del terzo»<sup>123</sup>. Non è un caso, a sommosso parere di chi scrive, che lo stesso orienta-

<sup>117</sup> In dottrina v. in argomento LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia ed obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

<sup>118</sup> Per i riferimenti giurisprudenziali, oltre che per un inquadramento della problematica, si rinvia a MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza*, cit., 5 ss.

<sup>119</sup> Nella giurisprudenza più recente, si registra una maggiore attenzione a "calibrare" gli obblighi di sorveglianza nell'attività medica di *équipe* alla luce del principio di personalità della responsabilità penale (su questi profili v. *amplius* MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza*, cit., 7 ss.).

<sup>120</sup> Per un'analisi critica della giurisprudenza, (*ante* e *post* le riforme "Balduzzi" e "Gelli-Bianco"), tra principio di affidamento ed esigenze di garanzia dell'attività medica di *équipe*, MATTHEUDAKIS, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella "stagione delle riforme" della responsabilità penale colposa del sanitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, 1236 ss.

In giurisprudenza, sul contemperamento del principio di affidamento in ipotesi di trattamento medico "diacronicamente plurisoggettivo", v. ad es. Cass., Sez. IV, 16 maggio 2016, n. 20125, in *Dejure*

<sup>121</sup> L'espressione è impiegata da MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza*, cit., 13.

<sup>122</sup> Il profilo problematico, emergente in giurisprudenza, della coincidenza tra la cooperazione multidisciplinare, ad esito infausto per il paziente, con la cooperazione colposa, è evidenziato in dottrina da MALDONATO, *Nota a Cass. Pen. 03/12/2015 n. 20125 sez. IV*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2016, 1240.

<sup>123</sup> RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013, 76. Per uno studio comparato tra la via italiana alla *malpractice*, caratterizzata da un elevato livello del contenzioso penale rispetto all'esperienza negli Stati Uniti, v. *funditus* DI LANDRO, *La colpa medica*

mento dottrinale che accoglie la portata incriminatrice della cooperazione colposa in attività medica di *équipe* auspica in chiave *de iure condendo*, sulla base dell'esperienza americana da *malpractice*, «una precisa scalarità degli obblighi di controllo, in una prospettiva che veda al vertice la presenza, in capo al garante, di poteri realmente impeditivi dell'evento lesivo e alla base un generico obbligo di sorveglianza sull'altrui operato»; per cui «l'omissione dei primi continuerebbe ad avere piena rilevanza penale in base alla combinazione tra gli artt. 40 cpv. e 113 c.p., mentre quella dei secondi ben potrebbe essere sanzionata solo in via disciplinare, insieme alla predisposizione di congrui strumenti risarcitori»<sup>124</sup>.

11. *Conclusioni*. La funzione incriminatrice della cooperazione nel delitto colposo costituisce un profilo (tuttora assai) problematico nella dogmatica. L'orientamento dottrinale che potrebbe definirsi prevalente, ammette la citata funzione dell'art. 113 c.p., ma non mancano "divisioni" al suo interno, dal momento che appare controversa – come accennato – la sua applicabilità alle fattispecie causalmente orientate, che costituiscono tradizionalmente la gran parte dei delitti colposi. Una soluzione positiva parrebbe essere fornita dalla più recente giurisprudenza di legittimità che ha recepito le articolate argomentazioni di un filone dottrinale a favore di una valorizzazione della predetta funzione incriminatrice, accanto a quella tradizionale di disciplina.

Il "prezzo" da pagare derivante dall'applicazione dell'art. 113 c.p. in funzione incriminatrice ci sembra, tuttavia, molto alto, poiché la tipicità e la frammentarietà della fattispecie colposa finisce per essere "sacrificata", in nome di (malcelate?) esigenze general-preventive, con particolare riguardo alle fattispecie causali pure. Né appare tranquillizzante il richiamo ad espressioni quali «l'intreccio cooperativo», il «comune coinvolgimento nella gestione del rischio», sebbene imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno da una «contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza»<sup>125</sup>. Simili espressioni finiscono, sul piano dell'esegesi normativa, per "far smarrire" all'evento delle fattispecie colpose causali la funzione di "tipicizzazione", e di delimitazione, della condotta inosservante della regola cautelare; se l'evento deve essere concretizzazione del rischio specifico che la regola cautelare violata mira a prevenire ed evitare, allora non è possibile astrattamente incriminare condotte che, singolarmente considerate, siano "neutre" rispetto alla realizza-

---

*negli Stati Uniti e in Italia*, Torino, 2009.

<sup>124</sup> RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, cit., 85.

<sup>125</sup> Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786, cit.; conf. Cass., Sez. IV, 14 febbraio 2019, n. 7032, cit.

zione dell'evento colposo.

Profili di criticità presentano anche le argomentazioni “mediane”, che limitano la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. a fattispecie colpose diverse da quelle causalmente orientate, come i delitti colposi “a forma vincolata”. Anche in tali ipotesi il ricorso alla cooperazione colposa, se non circoscritto alla funzione di disciplina, rischia di estendere la punibilità a condotte atipiche che non integrano la modalità comportamentale di offesa al bene contemplato dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale.

Non meno “accidentata” si rivela, l'applicazione dell'art. 113 c.p. in funzione incriminatrice nelle fattispecie omissive. Mentre nelle fattispecie omissive “proprie” la funzione incriminatrice della cooperazione colposa sarebbe nondimeno superflua quando l'istigatore (o comunque l'agevolatore) sia in grado di adempiere all'obbligo di attivarsi; nelle fattispecie omissive “improprie”, invece, una simile funzione finirebbe per estendere la punibilità a condotte atipiche non gravate dalla posizione di garanzia normativamente prevista.

La sola funzione di disciplina dell'art. 113 c.p. si dimostra ossequiosa del principio di stretta legalità, dal momento che si limita a prevedere un trattamento sanzionatorio diverso da quello previsto dalla fattispecie monosoggettiva colposa. Questo non significa, a parere di chi scrive, che l'art. 113 c.p. debba ritenersi una norma “inutile”, meramente «dichiarativa» dell'art. 110 c.p.<sup>126</sup>, di cui dovrebbe auspicarsi l'abrogazione in una prospettiva *de iure condendo*, come era stato ritenuto dalla Commissione Grosso, secondo cui la punibilità del concorso colposo «si ricava agevolmente dal combinato disposto della norma che prevede il concorso di persone e di quelle che prevedono i singoli reati colposi»<sup>127</sup>. Con maggiore precisione, più che un'abrogazione, la Commissione Grosso auspicava un adeguamento al canone della frammentarietà attraverso rimessione alle singole figure incriminatrici di parte speciale<sup>128</sup>.

Una simile prospettazione rischierebbe, tuttavia, di alimentare ulteriormente quella problematica “contrapposizione” nel diritto vigente tra *law in the books* e *law in action*, poiché, in assenza di una norma di disciplina, la giurisprudenza finirebbe per “creare”, senza alcun vincolo normativo, la tipicità colposa

<sup>126</sup> In senso contrario alla posizione espressa nel testo, v. CARACCIOLI, *Profili del concorso di persone nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1971, 949 ss.

<sup>127</sup> *Relazione al «Progetto preliminare di riforma del codice penale» - Parte generale* (12 settembre 2000), § 2.6, 2, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 613.

<sup>128</sup> In questo senso, v. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 180.

nelle fattispecie plurisoggettive<sup>129</sup>, con la conseguenza che il supposto adeguamento al canone della frammentarietà diventerebbe, paradossalmente, il “cavallo di Troia” per acuire la «crisi della legalità penale»<sup>130</sup>. L’art. 113 c.p. in funzione di disciplina costituisce, quindi, un importante tassello per la “tenuta” del sistema in materia colposa, alla luce del principio di stretta legalità e di frammentarietà, non solo in una prospettiva “statica”, ma anche in uno scenario “dinamico”, come quello emergente nelle organizzazioni complesse della c.d. società del rischio (sicurezza sul lavoro ed attività medica di *équipe*) di cui si è accennato *supra*.

---

<sup>129</sup> In tal senso, v. RISICATO, *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2002, 304 ss.

<sup>130</sup> Sulla crisi della legalità penale si rinvia a MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, cit.; cfr. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3, 2016, 4 ss. Nel senso invece che il diritto vivente, in particolare la giurisprudenza costituzionale, possa rivestire un ruolo «conformativo del diritto svolto dai precedenti giudiziari negli spazi che le fonti normative interpretate lasciano aperti», fermo restando «il principio della supremazia gerarchica della legge sul diritto giurisprudenziale», v. più di recente VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19 giugno 2021.