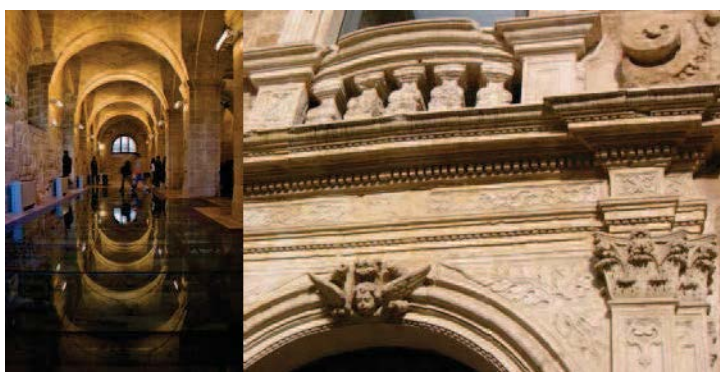




Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture

Jonian Department - Mediterranean Economic and Legal Systems: Society, Environment, Cultures



ANNALI 2015 – ANNO III (ESTRATTO)

MARTA BORGHI

Il concorso colposo nel reato doloso

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Bruno Notarnicola

COORDINATORE DELLA COLLANA

Francesco Mastroberti

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

Bruno Notarnicola, Domenico Garofalo, Riccardo Pagano, Giuseppe Labanca, Francesco Mastroberti,
Nicola Triggiani, Aurelio Arnese, Giuseppe Sanseverino, Stefano Vinci

COMITATO SCIENTIFICO

Domenico Garofalo, Bruno Notarnicola, Riccardo Pagano, Antonio Felice Uricchio, Annamaria Bonomo,
Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Daniela Caterino, Michele Indelicato, Ivan Ingravallo, Giuseppe
Labanca, Antonio Leandro, Tommaso Losacco, Giuseppe Losappio, Pamela Martino, Francesco
Mastroberti, Francesco Moliterni, Concetta Maria Nanna, Fabrizio Panza, Paolo Pardolesi, Ferdinando
Parente, Giovanna Reali, Paolo Stefani, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli, Sebastiano Tafaro,
Nicola Triggiani, Umberto Violante

COMITATO REDAZIONALE

Stefano Vinci (coordinatore), Cosima Ilaria Buonocore, Maria Casola, Patrizia Montefusco, Maria
Rosaria Piccinni, Angelica Riccardi, Giuseppe Sanseverino, Adriana Schiedi

Redazione:

Prof. Francesco Mastroberti
Dipartimento Jonico in Sistemi Economici e Giuridici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco, Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
E-mail: francesco.mastroberti@uniba.it
Telefono: + 39 099 372382
Fax: + 39 099 7340595
<http://www.annalidipartimentojonico.org>

Marta Borghi

IL CONCORSO COLPOSO NEL REATO DOLOSO*

| ABSTRACT | |
|---|--|
| In questo articolo si sostiene la configurabilità del concorso colposo nel reato doloso ai sensi dell'art. 113 cod. pen., dopo avere messo in evidenza in cosa consiste l'elemento caratterizzante la cooperazione colposa rispetto al concorso di azioni indipendenti (art. 41 co. 3 cod. pen.), le conseguenze pratiche che conseguirebbero dall'applicazione della disciplina prevista per il concorso di persone nel reato e la portata incriminatrice che avrebbe tale istituto. | This Paper attempts to support the configurability of the negligent aiding and abetting someone's intentional crime on the basis of art. 113 of the penal Code, after having clarified the distinguishing features of negligent cooperation, in contrast with the "simultaneous presence of independent causes due to negligence" (art. 41 co. 3 penal Code), the practical results of the application of the rules referred to the cooperation in a crime and the incriminatory effect of this form of cooperation. |
| Cooperazione nel delitto colposo – Concorso colposo nel reato doloso | Negligent cooperation – Negligent aiding and abetting someone's intentional crime |

SOMMARIO: 1. Elemento distintivo del concorso di persone *ex* art. 113 cod. pen. rispetto al concorso di azioni colpose indipendenti *ex* art. 41 co. 3 cod. pen. 2. Funzione incriminatrice e funzione di disciplina dell'art. 113 cod. pen. 3. Gli ostacoli alla configurabilità del concorso colposo nel reato doloso e il loro superamento.

1. Prima di affrontare la problematica della configurabilità del concorso colposo nel reato doloso¹ *ex* art. 113 cod. pen., ritengo necessario accennare brevemente a due questioni che riguardano tale norma. Questo servirà a delineare meglio l'istituto in esame ed a metterne in risalto la rilevanza pratica.

Innanzitutto, assai controverso risulta quale sia l'elemento che distingue la cooperazione colposa dal concorso di azioni colpose indipendenti *ex* art. 41 co. 3 cod. pen.

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

¹ Con questa espressione, a parere di chi scrive, occorre fare riferimento alla realizzazione plurisoggettiva di un reato, nella quale colui che realizza direttamente l'offesa penalmente rilevante agisce con dolo.

Dalla soluzione di tale problema discendono conseguenze non trascurabili: infatti, sono applicabili solo alla cooperazione colposa le norme di cui agli artt. 113 co. 2, 114, 118, 119, 123, 155 co. 2, 187 co. 2 cod. pen. e 9 co. 2 R.D. 20 luglio 1934, n. 1404².

Per l'orientamento maggioritario di dottrina e giurisprudenza, a mio avviso condivisibile, l'elemento caratterizzante l'istituto di cui all'art. 113 cod. pen. consiste nella consapevolezza, anche unilaterale, di cooperare al fatto materiale altrui, indipendentemente dalla specifica conoscenza del carattere colposo dell'altrui condotta.

A sostegno di tale teoria è necessario evidenziare, in primo luogo, che nella Relazione Ministeriale al Progetto definitivo del codice penale si legge che l'elemento soggettivo del concorso «ha un contenuto fondamentale, che è comune e identico a tutte le forme di partecipazione e rispetto a tutti i reati, e consiste nella consapevolezza di concorrere con la propria azione all'azione altrui»³.

In secondo luogo, la necessità della “consapevolezza di cooperare” con altri sembra imposta da alcuni dati normativi, come bene è stato rilevato da Marcello Gallo⁴ e Antonio Pagliaro⁵.

In terzo luogo, letteralmente lo stesso termine «cooperazione» (derivante dal latino “*cooperari*”, composto di *co-* ‘con’ e di *operari* ‘operare’) sembra fare riferimento all'agire congiunto di più persone.

Infine, in una prospettiva comparatistica, si può rilevare che una parte degli autori che in Germania sostengono l'ammissibilità della coautoria colposa (*fahrlässige Mittäterschaft*) richiedono un collegamento soggettivo tra i coautori.

Non pare, invece, accoglibile la teoria secondo cui nel concorso colposo, in virtù dell'elemento soggettivo che collega i concorrenti, si potrebbe prescindere dal requisito

² Sull'applicabilità di tali norme soltanto alla cooperazione colposa, v., ad esempio, L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 136 s. e S. CORBETTA, *Commento all'art. 113 cod. pen.*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, Ipsoa, 2011, Rn. 7 e 33 s. In giurisprudenza, tra le altre, Cass., 19 gennaio 2010, n. 13237, in *Dir. pen. proc.* VII (2010), p. 807.

³ *Relazione del Guardasigilli on. Rocco sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, Parte I, Roma, 1929, n. 139, p. 171.

⁴ M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 123 ss., che fa riferimento alle circostanze aggravanti e attenuanti previste per il concorso.

⁵ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 539 s., che cita gli artt. 112 n. 1, 116, 117, 118 (prima del 1990) e 119 cod. pen.

causale⁶: in assenza di quest'ultimo, la condotta atipica non reca nessun contributo all'offesa del bene giuridico immanente al fatto principale⁷.

All'impostazione che richiede un collegamento soggettivo tra i concorrenti è stato obiettato che l'essenza del reato colposo è da ravvisare in un elemento di carattere normativo, e che dunque dalla struttura del concorso colposo bisognerebbe estromettere il coefficiente psicologico naturalistico⁸; inoltre, si escluderebbe dall'ambito della cooperazione colposa un rilevante gruppo di ipotesi colpose, vale a dire gli atti automatici, riflessi o dovuti a semplice dimenticanza⁹.

Tuttavia tale obiezione non sembra decisiva, in quanto pare difficile disconoscere che la consapevolezza di concorrere con l'azione altrui costituisca davvero un «contrassegno "specifico" del fatto plurisoggettivo»¹⁰; si aggiunga che, come rilevato da Mantovani, «l'arricchimento psicologico della cooperazione colposa (...) non ne impoverisce (...) la normatività»¹¹.

Si osservi, infine, che la nostra più recente giurisprudenza ha sottolineato che occorre un criterio, aggiuntivo al requisito soggettivo della consapevolezza, per definire con rigore, sul piano fenomenico, le condotte che si pongono tra loro in cooperazione. Vale a dire, «occorre (...) che il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza»¹². Si possono condividere le preoccupazioni della Corte di cassazione circa la necessità di delimitare l'elemento soggettivo in esame e la via indicata può costituire una soluzione, da definire però con più precisione.

⁶ E. BATTAGLINI, *In tema di concorso di più persone in un reato colposo*, in *Giust. pen.* II (1931), cc. 94 s.; G. MUSOTTO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Palermo, Palumbo, 1960, pp. 320 s.; ID., *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, Palumbo, 1981, p. 319; C. CERTO, *Sulla consapevolezza del concorso nella partecipazione colposa*, in *Dir. autom.* (1967), pp. 482-483, 485-486, 488; PAGLIARO, *Principi*, cit., pp. 539 ss.; ID., *Il reato: parte generale*, in dir. GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2007, p. 374; G. LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio nei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari, Cacucci, 2012, p. 299.

⁷ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 423.

⁸ G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1980), pp. 86 ss.; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 80 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, vol. I, *La fattispecie*, Padova, Cedam, 1993, pp. 452 ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 82 ss., 148, 168, 180; MARINUCCI-DOLCINI, *op. cit.*, p. 441. Inoltre, si vedano le teorie di M. BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato: le fattispecie di concorso*, Padova, Cedam, 1958, p. 98 e di R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, I, Torino, Utet, 1962, pp. 790 ss.

⁹ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, p. 113.

¹⁰ F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 190.

¹¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 2011, p. 537, n. 189.

¹² Cass., 2 dicembre 2008, n. 1786, in *De Jure*; Cass., 2 novembre 2011, n. 1428, in *De Jure*; così pure Cass., 19 marzo 2013, n. 26239, in *De Jure*.

2. Un secondo e altrettanto grave problema concernente la cooperazione colposa è se alla norma contenuta nell'art. 113 cod. pen. debba essere riconosciuta, oltre ad una funzione di disciplina, anche una funzione incriminatrice.

Autorevole dottrina ritiene che tutte le fattispecie delittuose colpose avrebbero natura causalmente orientata ed afferma che ogni causazione dell'evento sarebbe tipica e quindi già punibile ai sensi della relativa fattispecie colposa monosoggettiva di parte speciale¹³: la norma di cui all'art. 113 cod. pen. non avrebbe dunque alcuna funzione incriminatrice.

A ben vedere, tuttavia, l'ordinamento penale italiano prevede reati colposi strutturati in vario modo, e pertanto la risposta circa la funzione di disciplina o anche incriminatrice dell'art. 113 cod. pen. va diversamente declinata a seconda delle diverse fattispecie incriminatrici colpose. In particolare, è corretto ritenere che l'art. 113 cod. pen. abbia funzione anche incriminatrice con riferimento ai reati colposi di evento a forma vincolata, ai reati colposi propri e ai reati colposi di mera condotta¹⁴: nel nostro ordinamento, retto dal principio di legalità, la norma di cui all'art. 113 cod. pen. consente di punire condotte concorsuali in sé atipiche, che altrimenti resterebbero prive di rilievo penale, in quanto non riconducibili all'interno delle norme incriminatrici di siffatti reati.

Quanto alle fattispecie colpose causalmente orientate, il loro disvalore penale «si concentra tutto nella causazione dell'evento lesivo, mentre appaiono indifferenti le specifiche modalità comportamentali che innescano il processo causale»¹⁵. Di conseguenza, con riferimento a tali reati (ma solo ad essi), la norma di cui all'art. 113 cod. pen. svolge esclusivamente funzione di disciplina.

Quanto ai reati omissivi, sembra corretto limitare la funzione incriminatrice dell'art. 113 cod. pen. a particolari ipotesi, come proposto da Severino di Benedetto: esclusivamente per i reati omissivi propri e per i reati omissivi impropri per i quali l'obbligo di attivarsi e la condotta doverosa sono tipicizzati dal legislatore, l'art. 113 cod. pen. svolge funzione incriminatrice di condotte attive, mentre, affinché assumano rilevanza contributi omissivi atipici, è necessario che in capo al concorrente sia configurabile un "obbligo giuridico" di agire¹⁶.

Si noti che invece la giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'effetto estensivo dell'incriminazione dell'art. 113 cod. pen. si può configurare quando la regola cautelare violata attiene all'obbligo di prevenire altrui condotte colpose, quando vengano in rilievo condotte che, prive di compiutezza nell'ottica della tipicità se

¹³ GALLO, *op. cit.*, pp. 113 ss.

¹⁴ CORBETTA, *Commento all'art. 113 cod. pen.*, cit., Rn. 20; G. GRASSO, *Commento all'art. 113 cod. pen.*, in M. ROMANO-G. GRASSO (a cura di), *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2012, p. 240.

¹⁵ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2009, p. 577.

¹⁶ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 190 ss. Con riferimento alla seconda ipotesi, potrebbero rilevare, come messo in rilievo dall'Autrice, i casi in cui vi sia stato un incarico di esecuzione da parte dell'originario titolare dell'obbligo.

isolatamente considerate, si integrano con altre dando luogo alla fattispecie causale colposa¹⁷ e, nei reati commissivi mediante omissione, in generale, quando vi sia l'apporto di un soggetto non gravato dall'obbligo di garanzia¹⁸.

3. È ora possibile affrontare la problematica della configurabilità del concorso colposo nel reato doloso.

Qualora si dia risposta positiva al quesito, potranno venire in rilievo le norme di disciplina sopra menzionate, proprie del concorso di persone.

Inoltre, potranno rientrare nell'area della punibilità comportamenti atipici, quando rilevino reati a forma vincolata, reati propri, reati di mera condotta e, nelle particolari ipotesi sopra esposte, reati omissivi.

La dottrina tradizionale e dominante non ammette il concorso colposo nel reato doloso, mentre la giurisprudenza, dopo alcuni iniziali tentennamenti, a partire dalla sentenza Cass. 9 ottobre 2002, n. 39680, si è espressa favorevolmente, con l'eccezione di una pronuncia di merito discordante¹⁹.

Il primo ostacolo alla configurabilità di un siffatto concorso è rappresentato dal c.d. dogma dell'unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti: come si desumerebbe anche dal tenore letterale dell'art. 110 cod. pen., che si riferisce a più persone che «concorrono nel medesimo reato», la condotta del partecipe dovrebbe avere una valenza psicologica identica a quella della condotta dell'autore del reato²⁰. Tale orientamento trova conforto anche in altre disposizioni normative²¹, nei Lavori Preparatori del codice penale²² e nella teoria per la quale «l'elemento soggettivo dell'illecito non rileva soltanto in sede di colpevolezza, ma contribuisce a caratterizzare la stessa tipicità del fatto»²³.

Sembra invece più corretto sostenere che nel concorso l'unicità del reato debba riguardare la sola offesa tipica, senza coinvolgere affatto la punibilità, il titolo di reato

¹⁷ La Cassazione sembra evocare quanto affermato da C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, G. Priulla, 1952, pp. 75 s., secondo cui viene in rilievo il concorso di persone nel caso in cui la condotta, «pur risultando a posteriori pienamente causale (...) non ha natura esecutiva; la sua pericolosità, ancora astratta e indeterminata, diventa attuale e specifica solo incontrando la condotta pericolosa altrui».

¹⁸ Cass., 2 dicembre 2008, n. 1786, cit.; Cass., 2 novembre 2011, n. 1428, cit.

¹⁹ Trib. Avellino, 23 maggio 2011, n. 31, in *Riv. pen.* II (2012), p. 216.

²⁰ G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, Palermo, G. Priulla, 1945, p. 387; ID., *In tema di partecipazione colposa a delitto doloso*, in *Giur. it.* (1946), pp. 182 s.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1948, Rn. 455, p. 517; S. RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 124 ss. G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1949, p. 453.

²¹ La dottrina (v. n 20) fa riferimento agli artt. 116, 117, 118 (prima del 1990), 119 co. 2 e mette in rilievo che la legge ha previsto espressamente le ipotesi in cui più soggetti possano rispondere a titolo diverso.

²² *Relazione del Guardasigilli*, cit., n. 139, p. 171, dove si afferma che «per aversi l'istituto del concorso, è necessario che tutti rispondano dello stesso reato».

²³ F. ARGIRÒ, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, Jovene, 2012, pp. 295 s.

e la forma dell'elemento psicologico²⁴. Basti prendere in considerazione le norme di cui agli artt. 48, 112 ult. co., 116 e 117 co. 1 cod. pen., che ammettono la configurabilità del concorso a titoli soggettivi eterogenei²⁵. Quanto alla non necessaria identità del *nomen iuris* del reato attribuito ai concorrenti, la dottrina fa riferimento ad ipotesi concrete in cui «il medesimo elemento può essere portatore di significati diversi», in quanto in esso ogni partecipe realizza «un volere dal significato ben distinto da quello degli altri»²⁶. Si noti poi che il dogma dell'unicità del titolo soggettivo viene decisamente respinto dall'orientamento che accoglie la teoria delle c.d. fattispecie plurisoggettive eventuali²⁷.

Superato dunque l'ostacolo del dogma dell'unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti, la dottrina profila altre argomentazioni contrarie all'ammissibilità della figura in esame.

In primo luogo, si mette in evidenza che letteralmente l'art. 113 cod. pen. fa esplicito riferimento alla sola «cooperazione nel delitto colposo» e non alla «cooperazione colposa nel delitto» in genere (e quindi anche nel delitto doloso)²⁸. Tuttavia, punto di incidenza del dettato legislativo è un «evento (...) cagionato dalla cooperazione di più persone» e «l'espressione “cooperazione di più persone” alla causazione dell'evento (...) è idonea ad esprimere tanto un'ipotesi di partecipazione dolosa, quanto un'ipotesi di partecipazione colposa», come si evince anche dall'art. 112 n. 2 cod. pen.²⁹. L'art. 113 cod. pen. avrebbe quindi la funzione, *ex art. 42 comma 2 cod. pen.*, di chiarire o coprire il titolo di responsabilità gravante su chi abbia agito con colpa in un fatto plurisoggettivo, rispettivamente, colposo o doloso³⁰. È poi possibile rilevare che il suddetto titolo di responsabilità può dedursi anche dalla singola norma incriminatrice³¹.

La previsione di talune fattispecie di agevolazione colposa a delitto doloso non può considerarsi espressione del principio *ubi lex voluit, dixit*³², in quanto tali ipotesi

²⁴ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 224 ss.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 21.

²⁷ BOSCARELLI, *Contributo*, cit., pp. 21 ss.; PAGLIARO, *La responsabilità*, cit., pp. 24 ss.; ID., *Principi*, cit., pp. 532 s.; P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 99 s.

²⁸ GALLO, *op. cit.*, p. 112; F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, I, Milano, Giuffrè, 1984, p. 72; ALBEGGIANI, *I reati*, cit., p. 208. In giurisprudenza, esplicitamente: Cass., 11 ottobre 1996, n. 9542, in *De Jure* e Trib. Avellino, 23 maggio 2011, n. 31, cit., p. 221.

²⁹ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, p. 237.

³⁰ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 237 s.

³¹ ALBEGGIANI, *I reati*, cit., p. 209, n. 62; Cass., 9 ottobre 2002, n. 39680, in *De Jure*.

³² In tal senso, invece, COGNETTA, *La cooperazione*, cit., pp. 83 s., n. 56.

vengono configurate dal legislatore, quasi esclusivamente³³, qualora difetti la forma colposa di un reato doloso³⁴.

Inoltre, non sussiste, come ha posto in rilievo parte della dottrina³⁵, difficile conciliabilità tra colpa e “consapevolezza di cooperare con altri”, in quanto tale consapevolezza non coincide con la rappresentazione e volizione della condotta del secondo agente e del risultato dannoso che conseguirà.

Quanto all’obiezione per cui, in base al principio di affidamento (o principio di autoresponsabilità), ciascun consociato può confidare che gli altri consociati non solo non agiranno colposamente, ma tanto meno dolosamente, la dottrina ha correttamente sottolineato che tale principio non è privo di eccezioni. In particolare, può accadere che il soggetto sia titolare di una posizione di garanzia, volta alla salvaguardia di un bene rispetto alle aggressioni dolose di terzi; un secondo limite può nascere in capo al titolare di una posizione di controllo di fonti di pericolo, quando, sulla base di particolari conoscenze o circostanze concrete, appaia elevata la probabilità che un terzo possa farne uso per commettere un illecito doloso³⁶.

Si può inoltre affermare che l’art. 116 cod. pen., interpretato alla luce dell’art. 27 Cost., configura un’ipotesi di concorso colposo in reato doloso³⁷.

D’altro canto, la giurisprudenza ha posto in rilievo che la configurabilità del concorso colposo nel reato doloso può essere vista come una conseguenza logica dell’ammissibilità del concorso doloso nel reato colposo³⁸ e della partecipazione colposa indipendente al reato doloso³⁹.

Inoltre, la Corte di cassazione ha condivisibilmente evidenziato che non può essere mosso il rimprovero più grave (quello per dolo), se rispetto allo stesso fatto non si può muovere il rimprovero meno grave (quello per colpa) – concezione riassunta nella formula di Marinucci «non c’è dolo senza colpa». Alla luce di ciò, i giudici di legittimità hanno affermato correttamente che «se è prevista la compartecipazione nell’ipotesi più restrittiva non può essere esclusa nell’ipotesi più ampia che la prima ricomprende e non è caratterizzata da elementi tipici incompatibili»⁴⁰.

³³ Fa eccezione l’art. 97 cod. pen. mil. g., in relazione all’art. 91, 2° cpv.

³⁴ SEVERINO DI BENEDETTO, *op. cit.*, pp. 239 s.; G. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2001, p. 351.

³⁵ ALBEGGIANI, *I reati*, cit., pp. 213 s.

³⁶ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 560.

³⁷ In tale senso anche DE FRANCESCO, *Il concorso*, cit., p. 353 e A. PAGLIARO, *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* (1994), p. 19, in riferimento all’art. 29 del Progetto di Riforma del 25 ottobre 1991.

³⁸ Cass., 9 ottobre 2002, n. 39680, cit.

³⁹ Cass., 14 novembre 2007, n. 10795, in *De Jure*. Con riferimento a tale argomento Trib. Avellino, 23 maggio 2011, n. 31, cit., p. 221, mette in rilievo che tuttavia «la eterogeneità strutturale di dolo e colpa non può essere obliterata nell’ambito della tipicità soggettiva del concorso (o della cooperazione), in assenza di espresse previsioni legislative». Questo non toglie però che dolo e colpa siano in rapporto scalare e pertanto l’argomento, a parere di chi scrive, rimane valido.

⁴⁰ Cass., 14 novembre 2007, n. 10795, cit.

Si noti infine che in Germania i casi di concorso colposo nel reato doloso vengono invece qualificati come ipotesi di responsabilità individuale: l'agente in colpa risponde come autore (*Täter, Mittäter* o *Nebentäter*). Tuttavia, si deve necessariamente prendere in considerazione che nell'ordinamento tedesco non è presente una disposizione corrispondente all'art. 113 cod. pen.

Dunque ad ora la soluzione preferibile mi pare essere quella favorevole alla configurabilità.