



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza

LA RESPONSABILITÀ CONCORSALE OMISSIVA. LA POSIZIONE DI GARANZIA DEL GENITORE PER L'INTANGIBILITÀ SESSUALE E L'INTEGRITÀ PSICO-FISICA DEL FIGLIO MINORE.

Relatore: Chiar.mo Prof. Enrico Mario Ambrosetti

Studentessa: Althea Taddei
Numero di matricola: 1177983

Anno Accademico: 2022/2023

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------------	----------

CAPITOLO 1: CONCORSO (EVENTUALE) DI PERSONE NEL REATO – ART 110 SS. C.P..

1. Premessa.....	7
2. Analisi degli articoli 110 e ss. c.p.: funzione della norma e modelli di tipizzazione.....	8
3. Requisiti strutturali del concorso di persone: a) pluralità di agenti.....	29
3.1 segue: b) realizzazione di un fatto di reato.....	35
3.2 segue: c) il contributo di ciascun concorrente.....	40
3.3 segue: l'elemento soggettivo.....	58
4. La disciplina del concorso di persone nel reato: trattamento sanzionatorio, circostanze e cause di non punibilità.....	67

CAPITOLO 2: L'OMMISSIONE – ART. 40 CPV. C.P..

1. Premessa. L'inquadramento dogmatico del reato omissivo.....	81
2. I reati omissivi impropri e l'art. 40 cpv. c.p.....	91
3. Requisiti strutturali del reato omissivo improprio: a) la situazione tipica; b) la condotta omissiva lesiva della norma di comando; c) la verifica dell'evento; d) l'elemento soggettivo.....	97
4. Segue: l'equivalente normativo della causalità.....	103
5. Segue: l'obbligo giuridico di impedimento dell'evento. La c.d. posizione di garanzia.....	110

**CAPITOLO 3: IL CONCORSO MEDIANTE OMISSIONE NEL REATO
COMMISSIVO – ARTICOLI 40 CPV. E 110 C.P.. LA RESPONSABILITÀ DEL
GENITORE PER I REATI OFFENSIVI DELLA SFERA SESSUALE
PERPETRATI AI DANNI DEL FIGLIO MINORE.**

1. La partecipazione per omissione nel reato commissivo.....	131
2. La posizione di garanzia del genitore: gli obblighi di protezione dell'intangibilità sessuale e dell'integrità psichica del minore.	148
3. La responsabilità del genitore per omesso impedimento della violenza sessuale in danno dei figli minori.....	155
CONCLUSIONE	155
BIBLIOGRAFIA	173
GIURISPRUDENZA.....	181

INTRODUZIONE

La reazione più naturale e subitanea dell'uomo comune, di fronte al caso di una madre o di un padre che non intervengano in protezione del figlio o della figlia minore, sistematicamente sottoposti a reiterate violenze sessuali da parte dell'altro genitore, di un familiare o di un terzo estraneo, sarebbe molto probabilmente quella dell'irretrattabile biasimo e della deplorazione. Peraltro, chi voglia disquisire di diritto, e specialmente di diritto penale, non può mai saltare alle conclusioni lasciandosi completamente sopraffare dai propri riflessi più istintivi, ma deve, al contrario, tenere sempre a mente il pericolo a cui può condurre l'artificiosa pretesa che *ius* e *mos* viaggino ineccepibilmente sul medesimo binario, avendo in ogni caso ben presenti i principi a cui il primo deve necessariamente conformarsi. L'aspirante giurista, dunque, deve sforzarsi di condurre le proprie riflessioni indossando una veste di impassibilità stoica, anche di fronte ai fatti di eclatante riprovazione, riponendo fede nelle preziose indicazioni che gli provengono innanzitutto dalla Carta fondamentale e, in secondo luogo, dalla legge ordinaria.

Con tale proposito, ci si è posti il duplice obiettivo di indagare il controverso tema della configurabilità della responsabilità concorsuale omissiva in generale e di applicare gli esiti della ricerca al caso specifico del genitore che non ottemperi alla posizione di protezione dell'intangibilità sessuale e dell'integrità psico-fisica del figlio minore, impostagli dall'ordinamento.

La compartecipazione mediante omissione, infatti, non trovando un'esplicita disposizione normativa che la incrimini specificamente, è nel tempo divenuta oggetto di un'ampia diatriba dogmatica, sia con riguardo a cosa debba intendersi ricompreso nella sua portata, sia, ancor prima, con riferimento alla sua ammissibilità. La disputa in questione prende avvio soprattutto dal fatto che essa si presenta come il risultato della combinazione degli istituti del concorso di persone nel reato e dell'omissione impropria i quali, a loro volta costruiti come il frutto di una disposizione composita, già autonomamente generano dubbi di legittimità sotto il profilo del rispetto del principio di legalità e di quelli che ne sono i corollari, nonché del principio di personalità della responsabilità penale.

Utile a districare la matassa rappresentata dalla materia oggetto del presente studio, dunque, sarà condurre, nei primi due capitoli, la disamina degli istituti, rispettivamente, di cui agli articoli 110 e ss. e 40 cpv. c.p..

In particolare, l'indagine sul concorso di persone nel reato sarà inaugurata, nel primo capitolo, dallo studio della duplice funzione, incriminatrice e disciplinaria, della norma generale di cui all'art. 110 c.p.. Coerentemente, ci si occuperà dapprima di sondare i vantaggi e gli svantaggi connessi alla tecnica di incriminazione scelta dal Legislatore degli anni Trenta per l'individuazione dei contributi penalmente rilevanti: in questo modo, fin dalle prime pagine dell'elaborato, sarà possibile prendere consapevolezza del conflitto tra i principi di rango costituzionale, di uguaglianza, da una parte, e di determinatezza e tassatività, dall'altra, sottostante alla scelta di un modello di tipizzazione causale a discapito del previgente c.d. modello differenziato. L'approfondimento dei requisiti strutturali della compartecipazione criminosa, poi, sarà strumentale al discernimento (perseguito soprattutto attraverso la ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla nozione di causalità da adottare nell'interpretazione dell'istituto in esame) dei criteri di cui servirsi per l'identificazione delle condotte, specialmente di quelle atipiche, concorsualmente rilevanti. A conclusione della disamina, infine, si collocherà la ricomposizione del quadro sanzionatorio previsto dal Capo III, la cui fondamentale importanza è agevole apprezzare se solo si consideri come, in virtù del modello unitario, il ruolo di differenziazione sanzionatoria sulla base del disvalore di condotta si svolga tutto in sede di commisurazione della pena.

Le problematiche attinenti alla figura giuridica dell'omissione, invece, saranno oggetto di esplorazione nel secondo capitolo, in occasione del quale si avrà modo di ripercorrere la *ratio* dell'istituto, fino a scovarne le radici nell'art. 2 della Legge fondamentale. Alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, dunque, si tratteranno le linee di confine dell'area di ammissibilità che la responsabilità penale omissiva in generale può avere in uno Stato solidale ma, al tempo stesso, garantista come quello italiano. Preliminarmente, ci si avvedrà della necessità di segnalare la distinzione tra le c.d. omissioni propria ed impropria, per poi concentrare il seguito della riflessione sulla seconda, la quale erige la propria esistenza sulla clausola di equivalenza tra il "non impedire" l'evento che si ha l'obbligo giuridico di

impedire e il “cagionarlo”, di cui all’art. 40 cpv. c.p.. La trattazione dunque si orienterà, in primo luogo, verso l’indagine dell’ambito e delle condizioni di operabilità della suddetta clausola, dalla cui combinazione con la disposizione di parte speciale, di volta in volta rilevante, si ricava la norma incriminatrice del reato commissivo mediante omissione; in secondo luogo, verso l’analisi dei requisiti che la risultante responsabilità deve soddisfare. A quest’ultimo proposito, meritevole di particolare attenzione sarà risultata la necessaria giuridicità dell’obbligo di intervento in capo al soggetto omissivo, intorno alla quale la riflessione dogmatica ha avuto modo, nel tempo, di formulare diverse teorie, all’esito delle quali si è consolidato il concetto di posizione di garanzia.

Finalmente, l’ultimo capitolo sarà dedicato al vaglio di punibilità della condotta di chi apporti un contributo omissivo all’altrui realizzazione di un fatto di reato o, meglio, non si adoperi, laddove la legge glielo imponga, per impedire la perfezione dell’effetto lesivo derivante dall’attività illecita posta in essere da un terzo. Al riguardo si sono innalzate in dottrina due tesi quasi contrapposte: una, tradizionale, detta estensiva e l’altra, di minoritaria adesione, restrittiva. Entrambe ammettono, in linea di massima, la configurabilità della responsabilità concorsuale per omesso impedimento dell’evento in termini più o meno ampi, salva la proposta, proveniente da parte di una delle formulazioni più estreme della seconda teoria, di un’interpretazione sostanzialmente abrogatrice dell’istituto. La questione, diversamente risolta dall’una e dall’altra impostazione, ruota soprattutto intorno, da un lato, alla possibilità o meno di estendere l’ambito di operatività della clausola di equivalenza di cui all’art. 40 cpv. c.p., in relazione alle ipotesi di plurisoggettività, oltre i limiti normalmente ad essa imposti in caso di applicazione ad una fattispecie monosoggettiva; dall’altro, all’opportunità di fondare la responsabilità in esame sulla duplice combinazione delle clausole generali di cui agli articoli 110 e 40 cpv. c.p..

Con l’intento di far riferimento specificamente al caso summenzionato del genitore che, consapevole delle violenze sessuali a cui il figlio minore è sottoposto, ometta di intervenire per interromperne la perpetrazione, si svolgerà dapprima una breve ricognizione circa il contenuto dell’obbligo di protezione originario rinvenibile in capo all’esercente la responsabilità genitoriale, nei confronti del minore affidato alle sue cure. Subito dopo, nell’esigenza di districare il groviglio di questioni che

attanagliano l'oggetto del presente studio, emergerà l'ovvia impellenza di trarre indicazioni dall'osservazione dell'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità. In virtù di tale indagine, sarà possibile ricostruire la materia della responsabilità del genitore per l'omesso impedimento della reiterata consumazione degli abusi sessuali ai danni del figlio minore, alla luce dei canoni e dei requisiti saggiamente individuati della Suprema Corte in occasione di alcune delle decisioni più significative pronunciate al riguardo.

In conclusione, si cercherà di convogliare lo sforzo di pensiero nell'impresa di trasporre al caso specifico in questione le riflessioni elaborate in via generale attorno alla responsabilità concorsuale mediante omissione, al fine di comprendere in che termini ed entro quali limiti la Dottrina ammetta la punibilità del genitore che disattende alla propria posizione di garanzia consentendo ed, in alcuni casi, agevolando la violazione dell'intangibilità sessuale e dell'integrità psichica del figlio minore ad opera di terzi.

CAPITOLO 1:

CONCORSO (EVENTUALE) DI PERSONE NEL REATO – ART 110 SS. C.P..

1. Premessa

Il concorso di persone nel reato, istituito disciplinato nel Capo III, Titolo IV, del Libro I del Codice penale, concerne la realizzazione di un illecito penale, astrattamente eseguibile anche da un autore singolo, da parte di due o più autori i quali, attraverso l'unione delle proprie condotte, raggiungono un risultato altrimenti impossibile o di più ardua attuazione¹.

Come si approfondirà in seguito, l'articolo 110 c.p.², che apre la disciplina del concorso, altrimenti detto *partecipazione criminosa*, stabilisce che i diversi coautori soggiacciono alla medesima pena prevista per il reato posto in essere mediante la cooperazione, salvo quanto previsto dalle disposizioni successive.

Primariamente, bisogna distinguere il concorso di persone eventuale, di cui si vuole trattare, dalla figura del concorso c.d. necessario, la quale ricorre laddove sia la norma incriminatrice stessa a richiedere che la fattispecie criminosa venga posta in essere da più soggetti e rispetto alla quale, quindi, la compartecipazione di più coautori è un elemento del fatto tipico. Ad esempio, il reato di violenza sessuale di gruppo, all'art. 609 octies c.p., esige “[...] la partecipazione, *da parte di più persone* riunite, ad atti di violenza sessuale [...]”; l'incesto, art. 564 c.p., ricorre quando “chiunque [...] commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello [...]”; l'associazione per delinquere (art. 416 c.p.) si perfeziona “quando *tre o più persone* si associano allo scopo di commettere più delitti [...]”.

¹ Per una definizione dell'istituto in dottrina: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 547 ss.; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva eventuale*, in COCCO G. - AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Il reato*, Milano, 2019, 397 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, Torino, 2019, 510 ss.; LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone nel reato, c) diritto penale*, in *Enc. Dir. (dir. pen.)*, VIII, Milano, 1961, 568 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Milano, 2020, 549 ss.; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve al Codice penale*, Milano, 2017, sub nota introduttiva al Capo III, Titolo IV, Libro I, 488 ss..

² Art. 110 c.p.: “Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.”

Nei casi di concorso eventuale, invece, la condotta illecita è descritta astrattamente dalla legge penale come posta in essere da un singolo autore, secondo lo schema della c.d. *fattispecie incriminatrice monosoggettiva*, e la sua realizzazione ad opera di una pluralità di soggetti, ben possibile, è, appunto, soltanto eventuale: ne sono esempi i delitti di cui agli articoli 605 e 628 c.p. i quali, disciplinando rispettivamente il sequestro di persona e la rapina, utilizzano la terza persona singolare per qualificare il soggetto agente, statuendo che è punito “*chiunque priva* taluno della libertà personale [...]” e “*chiunque [...] s’impossessa* della cosa mobile altrui [...]”³.

2. Analisi degli articoli 110 e ss. c.p.: funzione della norma e modelli di tipizzazione

Considerato che il nostro ordinamento predilige la redazione delle norme incriminatrici secondo il modello delle fattispecie monosoggettive basate sulla figura dell’autore individuale⁴ e considerato parimenti che, come Mantovani suggerisce, “negli ordinamenti a legalità formale – come il nostro – la punibilità dei concorrenti deve essere [...] espressamente prevista, poiché qui vale la concezione restrittiva dell’autore”⁵, in primo luogo sorge, in ossequio ai principi di legalità, determinatezza

³ La distinzione, così delineata, si ritrova anche in COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 397 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 513; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA’ G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub nota introduttiva al Capo III, 488. Molto chiaramente, BETTIOL G., *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1966, 493 ss., illustra che “bisogna, però, guardarsi dal confondere il reato plurisoggettivo, che suppone una pluralità di autori, con l’ipotesi in cui più persone concorrano a realizzare l’atto tipico ipotizzato dalla norma principale [...]”.

⁴ Come riconosciuto da Autorevole Dottrina: cfr. COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 397; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 514; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano, 1990, sub pre-art. 110, 120 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G. diretto da DOLCINI E. - GATTA G. L., *Codice Penale Commentato*, I, Milano, 2021, sub art. 110, 1757 ss..

⁵ MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 551. In merito alla concezione restrittiva d’autore si veda anche COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 399 ss.; BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 491: “per la concezione restrittiva, tra l’azione compiuta dall’«autore» del reato e quella compiuta dal «partecipe» sussiste una diversità di carattere logico, in quanto può essere considerato autore solo colui che realizza l’azione tipica ipotizzata nella astratta fattispecie: è autore del delitto di furto solo colui che «si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri» (art. 624), non colui che ha solo istigato altri a rubare o ha fatto da palo”. Primariamente a sostegno di tale concezione restrittiva, contro quella estensiva d’autore, BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 492 ricorda che “[...] non si deve dimenticare che, pur nell’ambito di un sistema teleologico qual è il nostro, l’illecito penale è pur sempre ancora un illecito tipico, nel senso che non è sufficiente la lesione di un bene o di un interesse della vita sociale tutelato dal diritto, ma è necessario che tale lesione sia il prodotto di un’attività che si presenta con determinate modalità. [...] (altrimenti) si andrebbe incontro al grave inconveniente di sacrificare sull’altare di una presunta giustizia sostanziale i criteri generali della certezza e sicurezza, più che mai pressanti nel campo del diritto penale.”; successivamente, l’Autore

o tassatività e tipicità imperanti in materia penale, la questione della possibilità o meno di una loro estensione alle ipotesi in cui il reato venga perfezionato non da uno, ma da più soggetti; in secondo luogo, ci si chiede se le norme di parte speciale, così come sono costruite, permettano anche la repressione delle condotte di coloro che, pur concorrendo alla realizzazione del fatto di reato, pongano in essere azioni od omissioni che, singolarmente considerate, pur coincidendo, in parte, con il fatto tipico, non valgano ad integrarlo, potendo questo dirsi completato soltanto all'esito dell'unione delle condotte di tutti gli agenti in gioco. E in terzo ed ultimo luogo è rilevante, ai fini del presente studio, analizzare l'opportunità della regolamentazione penale delle condotte concorsuali c.d. atipiche, nondimeno considerando la rigorosa vigenza dei principi di cui sopra.

In effetti, il rispetto di questi principi⁶ sarebbe posto in pericolo nel momento in cui l'attività illecita di partecipazione criminosa venisse punita in assenza di una

si apre ad una concezione che si può definire mista, di conciliazione di elementi provenienti da entrambe le teorie: "causalità e tipicità non si contrappongono come criteri che determinano due concezioni dell'autore tra loro inconciliabili, ma vengono a fondersi in una concezione che di quella estensiva utilizza entro i limiti del possibile il requisito della causalità, e di quella restrittiva l'indispensabile requisito della corrispondenza del comportamento dell'autore all'astratto modello legislativo".

⁶ Il principio di legalità in materia penale si riviene implicitamente dal combinato disposto delle norme di cui agli articoli 1 c.p. e 25 cpv. Cost., in occasione dell'enunciazione del principio di irretroattività, suo corollario, e richiede che ciascun fatto penalmente rilevante e il relativo trattamento sanzionatorio vengano previsti *espressamente* da una legge preesistente che configuri il fatto come reato. Difatti, l'art. 1 c.p. statuisce che "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite" e l'art. 25, comma 2°, Cost., che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Per un'analisi approfondita del principio in esame, si vedano: COCCO G., *Principio di legalità. Introduzione*, in COCCO G. - AMBROSETTI E. M. (a cura di), *La Legge Penale*, Milano, 2019, 61 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 49 ss.; BRICOLA F., in BRANCA G. (a cura di), *Rapporti civili, Artt. 24-26*, Bologna, 1981, 227 ss.. In giurisprudenza costituzionale si consideri: C. cost., 26 gennaio 2017, ord. n. 24, in www.cortecostituzionale.it.

Il principio di determinatezza o tassatività della fattispecie penale risponde alla medesima ratio del principio di legalità e anzi ne è corollario logico: esso coinvolge la tecnica di formulazione delle fattispecie criminose e tende a salvaguardare i cittadini contro eventuali abusi del potere giudiziario, richiedendo che la legge, che elevi a reato un dato fatto, lo configuri con termini che lascino individuare con sufficiente precisione il comportamento penalmente sanzionato: così in FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 88 ss.. Secondo COCCO G., *Principio di legalità*, cit., 87 ss., il principio in questione, di determinatezza o di tassatività, è variamente nominato con entrambe le espressioni, usate spesso alternativamente come sinonimi anche nella giurisprudenza costituzionale, "sebbene al principio di tassatività sia comunemente attribuito lo specifico significato di divieto al giudice di applicare la legge penale oltre i casi espressamente previsti, sostanzialmente coincidente con il divieto di analogia *in malam partem* (o sfavorevole). Sotto il profilo della distinzione tra principio di determinatezza (o precisione) e di tassatività va sottolineato che maggiore è la precisione della legge più evidenti saranno le violazioni giurisprudenziali del principio di tassatività e del divieto di analogia [...]". Per ulteriori approfondimenti, cfr. BRICOLA F., *Rapporti civili*, cit., 256 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 89, nota 86; C. cost., 9 marzo 1989, n. 247, in www.cortecostituzionale.it; C. cost., 1° gennaio 2008, n. 327, in www.cortecostituzionale.it.

Il principio di tipicità, secondo ALAGNA R., *Dialogo Breve sulla Tipicità Penale*, in AMBROSETTI E. M., *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 9 ss., è uno "[...] strumento di realizzazione della legalità che assume alcune caratteristiche che ne denotano l'essenza e la forma: "a) la previsione precettiva legale, espressa e determinata; b) l'applicazione, o l'incidenza, necessaria sulla pena come effetto dell'esistenza dei suoi presupposti. Questi due caratteri della tipicità schiudono due particolari gruppi di garanzie per il cittadino: lo

norma specifica e anteriore al fatto, che individui espressamente e con sufficiente chiarezza e precisione l'ambito di rilevanza penale della condotta illecita in considerazione e la pena ad essa associata: “gli istituti fondamentali della responsabilità penale”, infatti, “devono essere tipizzati, non semplicemente previsti dalla legge”⁷.

Con riguardo al primo tema, come dichiara espressamente la Relazione al progetto preliminare del Codice penale Rocco⁸, il nostro ordinamento penale abbraccia il principio di unitarietà della responsabilità penale dei concorrenti; pertanto, i plurimi comportamenti che contribuiscono alla realizzazione del fatto tipico di reato vengono valutati unitariamente, alla stregua di una condotta individuale⁹. Tale sintesi unitaria delle azioni ed omissioni poste in essere dai vari concorrenti nell'ambito della comune consapevolezza di porre in essere un fatto di reato, in virtù della quale l'apporto criminoso dei singoli comportamenti perde ogni rilevanza concreta, è prevista dal legislatore, nell'ambito delle fattispecie plurisoggettive eventuali, in

garantiscono dall'ingerenza dello Stato nella sua libertà personale, e lo garantiscono sull'efficienza dello Stato contro le lesioni dei beni giuridici di cui egli è titolare. C'è tipicità se esiste una previsione espressa dalla legge, determinata e che impone necessariamente una conseguenza penale”. In proposito, VASSALLI G., voce *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 535 ss.: “Con il termine <<tipicità>> si intende designare, da un secolo in qua, uno dei caratteri fondamentali del diritto penale [...]: e cioè la precisa predeterminazione dei casi in cui un fatto va considerato – o può essere considerato – come reato, accompagnata da una descrizione più o meno particolareggiata dei suoi elementi oggettivi e soggettivi, nonché la predeterminazione dei tipi di pena irrogabili per ogni singolo caso e del loro rispettivo contenuto afflittivo”, “nel diritto penale il collegamento della <<tipicità>> con la <<legalità>> è un dato necessario.” Secondo DONINI M., *Il concorso esterno alla vita dell'associazione e il principio di tipicità penale*, in AMBROSETTI E. M., *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 328, “(la tipicità) esprime un modo di essere della legislazione penale, è una categoria di scienza legislativa in funzione di garanzia: non solo il comportamento incriminato deve essere un fatto del tutto specifico con un *nomen iuris*, un'autonomia di disvalore oggettivo scolpito nelle modalità della lesione (disvalore d'azione e di evento) e una corrispondente cornice di pena anche il dolo e la colpa che co-definiscono il comportamento tipico, ma pure le scusanti, le cause di non punibilità, le circostanze sono sottoposti ad un vincolo di tipicità, vale a dire di tipizzazione legale dei loro contenuti e delle loro previsioni”.

⁷ Cfr. DONINI M., *Il concorso esterno*, cit., 328.

⁸ Cfr. *Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, 1929, Vol. 4, Parte 1, 88 ss., in cui si afferma, in apertura del passo dedicato all'attuale Capo III: “i principii generali, a cui è informata, secondo il Progetto, la disciplina del concorso di più persone nello stesso reato, possono così essere enunciati: unità di reato con la pluralità di delinquenti; eguaglianza di responsabilità penale per tutti indistintamente coloro, che in qualsiasi modo siano concorsi nel reato. Il primo di tali principii sta a base della disciplina del concorso anche secondo il Codice vigente [...]”.

⁹ Al riguardo, si consideri LATAGLIATA A. R., *I principii di concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, 262 ss.: “La conformità del fatto al modello legale di reato descritto dalla singola disposizione incriminatrice deve essere stabilita infatti non in riferimento alle singole azioni di concorso ma in relazione alla totalità delle condotte poste in essere dai compartecipi. Si procede, cioè, come se le azioni di concorso costituissero un tutto unitario, anche se commesse da più persone. La corrispondenza al tipo di fatto si determina per una pluralità di comportamenti che assumono il valore di una realizzazione unitaria nello stesso senso descritto dalla norma incriminatrice per l'azione individuale”.

considerazione di una *sostanziale ragione unificante*, che attiene all'unicità del bene tutelato dalla fattispecie e offeso dalla condotta illecita.¹⁰

In merito alle altre due questioni, bisogna primariamente procedere all'individuazione delle condotte concorsuali, considerando la distinzione, tra le varie ipotesi partecipative, di quelle che si risolvono in esecuzioni plurime o parziali, da parte di diversi soggetti, del fatto tipico così come individuato dalla norma incriminatrice, e che pertanto rientrano nella descrizione delle specifiche disposizioni di parte speciale, da quelle che invece consistono in comportamenti non predeterminati e non ricompresi in nessun modello legale. Nel primo caso, secondo Pulitanò, si può parlare di *coautori* del reato sia quando ciascuno ha personalmente e interamente posto in essere la condotta illecita nell'ambito del medesimo contesto criminoso, sia quando ogni concorrente, contestualmente o in tempi diversi, esegue una sola parte del fatto penalmente rilevante, coordinandosi all'attività degli altri agenti, secondo lo schema della c.d. *esecuzione frazionata*¹¹. Dunque sono coautori

¹⁰ Cfr. DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva in Diritto Penale*, Milano, 1956, 88. A favore della teoria monistica, si vedano anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 550 ss., secondo il quale "la teoria pluralistica non convince, perché nella compartecipazione delittuosa le varie azioni non si pongono in modo autonomo, ma convergono in un'operazione unica, come unico è il risultato che ne deriva, e cioè il fatto vietato dalla legge."; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1763, il quale: "[...] (secondo) la c.d. concezione monistica [...] il reato concorsuale è un reato unico e indivisibile con pluralità di agenti [...]", "questa teoria si fonda da un lato, sul dato testuale fornito dall'art. 110 [...] ove si legge <<quando più persone concorrono nel medesimo reato [...]>>; dall'altro, sull'unicità della lesione o della messa in pericolo del bene giuridico causata dalla pluralità di condotte". Per la giurisprudenza che si è pronunciata concordemente con la teoria unitaria, affermando l'unitarietà di struttura del concorso di persone, si veda Cass. pen., Sez. II, 3 aprile 2002, n. 293, in *One Legale*, che ha affermato che in essa "confluiscono tutti gli atti dei compartecipi, sicché questi sono al tempo stesso loro propri e comuni anche agli altri, allorché sussista in ciascuno dei partecipi la consapevolezza del collegamento finalistico dei vari atti, e cioè la coscienza e volontà di apportare il proprio contributo materiale o psicologico alla realizzazione dell'evento perseguito da tutti"; in questo senso, anche Cass. pen., Sez. I, 8 luglio 2014, n. 38549, in *One Legale*; Cass. pen., Sez. V, 12 aprile 2021, n. 19371, in *One Legale*; Cass. pen., Sez. I, 4 luglio 1987, n. 8084, in *Riv. pen.*, 1988, 395. Contrariamente, a sostegno dell'opposta concezione pluralistica, che ravvisa nel concorso di persone tanti reati quanti sono i soggetti che vi partecipano, si esprimono GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, 78 ss.; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 544 ss.. Sostanzialmente d'accordo, DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 233 ss.. In giurisprudenza, in polemica con il dogma dell'unitarietà, Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, in *DeJure*. Per un tentativo di sintesi tra le due teorie cfr. NUVOLONE P., *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 1085 ss..

¹¹ PULITANÒ D., *Diritto Penale*, Torino, 2021, 368. Diversamente, LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 91 ss., colloca nella medesima categoria dell'esecuzione frazionata entrambe le ipotesi: "quella in cui i comportamenti dei co-esecutori non integrino di per sé l'intero reato e quella in cui le condotte dei compartecipi esauriscano, ciascuna per sé, il tipo legale dell'illecito che viene commesso <<in comune>>" – la prima ipotesi si avrebbe nel caso "di un furto con scasso portato a termine da due individui dei quali uno forza la cassaforte e l'altro sottrae materialmente il denaro che vi è custodito", la seconda "quando due soggetti uccidono un loro comune nemico esplodendogli contemporaneamente due colpi d'arma da fuoco, ognuno dei quali indipendentemente dall'altro sarebbe di per sé mortale, oppure quando due ladri si introducono furtivamente nell'altrui abitazione e vi sottraggono separatamente degli oggetti, così che ognuno di essi ne porta una parte con sé." – e, citando DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva*, cit., 83 ss., sostiene l'idea che non entrambe le ipotesi vedano l'azione di agenti definibili come <<coautori>>; infatti, "manca, nell'ipotesi in

– e quindi rispondono come autori del fatto tipico di furto posto in essere individualmente e possono essere ragionevolmente ritenuti coautori della comune realizzazione – di un unico furto tutti coloro che si impossessino di almeno una cosa mobile altrui, sottraendola al medesimo soggetto che la detiene e nella stessa occasione; e altrettanto coautori sono i rapinatori che si ripartiscono i compiti in modo che uno compia la violenza o la minaccia e l'altro si occupi del bottino, poiché entrambi concretizzano una porzione del modello legale, combinando la propria azione a quella dell'altro¹². Secondo Mantovani, nel primo caso gli agenti possono ritenersi punibili secondo il dettato della specifica norma incriminatrice violata¹³; coerentemente, dall'Andro sostiene che il secondo caso, di esecuzione frazionata, sia da ritenersi, contrariamente a quanto sostenuto da Pulitanò, di partecipazione atipica e dunque debba considerarsi penalmente rilevante non secondo la previsione di parte speciale, ma anch'esso ai sensi “della nuova ed autonoma tipicità creata dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale. Le diverse condotte, nell'ipotesi in esame, tutte autonomamente atipiche, divengono parzialmente e riflessamente tipiche in virtù della sintesi tra l'art. 110 c.p. ed una delle disposizioni prevedenti ipotesi necessarie.”¹⁴ D'altra parte, i casi di partecipazione atipica ricorrono quando chi prenda parte all'esecuzione di un illecito penale esegua un'azione od omissione che

esame (la prima), un c.d. <<autore>>; manca un soggetto che ponga in essere una condotta che, isolatamente considerata, sia <<tipica>> ai sensi dello schema necessario. Le condotte dei concorrenti eventuali son tutte atipiche, isolatamente ad autonomamente considerate”. In merito alla definizione di esecuzione frazionata, e dei requisiti essenziali per la verifica della stessa, cfr. altresì GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 148.

¹² Gli esempi riportati si devono a PULITANÒ D., *Diritto Penale*, cit., 368. LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 94 ss., precisa che “non ogni con-causazione dell'evento tipico dà luogo al fenomeno dell'esecuzione frazionata del reato, ma soltanto quella con-causazione che risulta sorretta da una comune volontà di agire” e sottolinea inoltre che “l'esigenza di fare riferimento all'elemento psicologico viene, del resto, chiaramente puntualizzata dalla giurisprudenza: <<il concorso di più persone nel reato scaturisce non già dal mero concorso di cause che fanno capo a più persone, ma dal comune intento verso il conseguimento di un determinato risultato (del risultato caratteristico di quel reato) che anima più persone legate dalla coscienza di ciascuna di contribuire, in maggiore o minore misura, alla produzione dell'evento>>. CASS. 13-6-1959, in *Giust. pen.*, 1959, II, 1265, m. 1035.”; “si faccia il caso di un individuo che imponga ad un'altra persona di restare immobile in un determinato posto, tenendola da lontano sotto la minaccia di un fucile puntato, mentre un altro soggetto approfitti della mancata reazione della vittima per sottrarle il danaro che ha con sé. In questa ipotesi non è possibile qualificare in generale il fatto come un caso di esecuzione frazionata del delitto di rapina, se ci si ferma al solo aspetto esteriore dei due comportamenti (violenza privata più furto), perché soltanto in riferimento al contenuto della volontà dei soggetti si può ricostruire il tipo di fatto realizzato <<in comune>>”.

¹³ “Infatti, (nella concezione restrittiva d'autore) il <<chiunque>>, con cui di regola si apre ogni norma incriminatrice, non è chi contribuisce in qualche modo alla realizzazione del reato, ma solo chi realizza la fattispecie tipica in tutti i suoi elementi costitutivi. Pertanto, in base alla norma di parte speciale, si possono punire solo quel o quei concorrenti che pongono in essere, ciascuno, la condotta tipica (<<coautori>>), come nel caso di più soggetti che contemporaneamente sparino il proprio colpo mortale sulla stessa vittima. Ma non certo quei concorrenti che compiono azioni atipiche, come colui che si limita ad istigare il furto, a predisporre i mezzi o a fare da palo.”: così, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 551.

¹⁴ Così DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva*, cit., 84.

non rientra nella prescrizione della norma incriminatrice: è il caso di chi svolga ad esempio il ruolo di *palo*¹⁵, di mandante di un delitto, di istigatore o di fornitore di armi o strumenti da scasso.

È in relazione alla repressione di queste categorie di condotte, ma in particolare dell'ultima analizzata, che si verifica un'esigenza di rispetto, in primo luogo, della legalità e, successivamente, della determinatezza e tipicità che da essa discendono, le quali in materia penale esigono l'espressa previsione, specifica e precisa, delle singole fattispecie rilevanti e la rigorosa indicazione delle condotte che le costituiscono e delle pene a loro associate. Proprio per assicurare l'osservanza del principio di legalità, in materia di concorso è previsto il Capo III, nel Codice penale. Gli articoli dal 110 e ss. c.p. hanno invero il compito di completare le norme incriminatrici, rendendo penalmente rilevanti anche comportamenti che in base ad esse non lo sarebbero¹⁶.

In realtà, importante manualistica ritiene che i precetti in materia di partecipazione criminosa rispondano ad una duplice funzione: una incriminatrice e una disciplinaria¹⁷. La prima consiste nell'integrare¹⁸ le singole norme penali di parte

¹⁵ Per la nozione di *palo*, in giurisprudenza, bastino da esempio: Cass. pen., Sez. II, 22 settembre 2022, n. 35426, in www.italgiure.giustizia.it: "Un'evidente attività di monitoraggio della zona, anche per verificare l'eventuale arrivo delle forze dell'ordine o il sopraggiungere di altri ostacoli alla riuscita dell'azione criminosa, nonché di predisposizione di un mezzo di fuga [...] sono tipiche, appunto, del cosiddetto <<palo>> e che integrano una forma di partecipazione sia materiale che morale nel reato"; Cass. pen., Sez. V, 9 giugno 2021, n. 22761, in www.italgiure.giustizia.it: "[...] evocando per lui il ruolo del <<palo>> e attribuendo alla sua condotta l'effetto di assicurare tranquillità ai correi, per aver fatto loro da <<guardaspalle>> [...] l'esercizio di un'attività di osservazione e controllo, riconducibile al concetto – noto nella prassi – del <<palo>>"; Cass. pen., Sez. VII, 18 settembre 2017, n. 42411, in www.italgiure.giustizia.it: "Le funzioni di palo, nell'economia dell'illecito, lungi dall'integrare un contributo minimo all'azione, ne rappresentano il motore poiché da esse e dall'attenta vigilanza con cui sono svolte dipende l'esito del colpo e la sicurezza dei complici."; Cass. pen., Sez. V, 13 giugno 2018, n. 27139, in www.italgiure.giustizia.it: "Tale funzione facilita la realizzazione dell'attività criminosa e rafforza l'efficienza dell'opera dei correi, garantendo l'impunità di costoro".

¹⁶ Cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 551; BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 496 ss.; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 400; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 514; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1757 ss..

¹⁷ Così: COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 398; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1757 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2019, 338 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2021, 467. Sul punto, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 551: "Le varie legislazioni contengono, perciò, una norma generale incriminatrice del concorso, con cui si rendono <<tipiche>> e, quindi, punibili azioni, non rientranti sotto la fattispecie di parte speciale. Norma che svolge così una funzione estensiva dell'ordinamento penale, analoga a quella sul tentativo: una funzione prima incriminatrice e poi di disciplina."

¹⁸ PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, 6, parla di norma integrativa, definendola così: "[...] non è tale ogni disposizione che <<integri>> il sistema portando il proprio contributo di precettività originale, cioè che può dirsi di ogni norma che si rispetti. La norma integrativa, quale la intendiamo, rappresenta un complemento specifico non del sistema nel suo insieme, ma della singola disposizione incriminatrice: incapace di operazione autonoma, la norma integrativa si colloca accanto ad ogni disposizione della parte speciale e concorre alla difesa del medesimo bene, colpendo le attività lesive che sfuggono alla norma primaria: colpendole come lesive dello stesso bene protetto dalla norma primaria. Non nasce, pertanto, una nuova figura criminosa,

speciale, monosoggettive e plurisoggettive necessarie, estendendone il campo di applicabilità anche alle condotte concorsuali atipiche così consentendo la repressione di quest'ultime nel pieno rispetto del principio di legalità, mediante un'espressa disposizione legislativa risultante dalla combinata lettura dell'art. 110 c.p. con la specifica norma punitiva del reato posto in essere a seguito della cooperazione, sempre alla luce dei precetti di cui agli articoli 42 e 43 c.p.¹⁹ La funzione disciplinatoria, invece, viene assolta disponendo il trattamento sanzionatorio da riservare a tali ipotesi criminose e in questo senso si prevede che: "quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita [...]". Il precetto codicistico prevede, dunque, che la singola condotta di partecipazione – che non esaurisce in sé e da sola l'intera fattispecie criminosa, perché nel farlo si combina all'azione illecita altrui – sia punita con la stessa pena scelta dalle norme penali per il perfezionamento del reato, eccetto quanto precisato dagli articoli successivi del Capo III, che prevedono circostanze aggravanti e attenuanti speciali, tra le quali, di particolare rilevanza sistematica, emerge l'art. 114 c.p., che dispone una diminuzione di pena per il concorrente che abbia svolto un ruolo di minima importanza nella preparazione od esecuzione del reato²⁰.

L'efficienza e la modalità di espletamento di tali mansioni incriminatrice e sanzionatoria, in maggiore o minore ottemperanza dei principi di determinatezza e tipicità, è strettamente correlata e dipende da come i precetti in considerazione vengono costruiti. Tra le diverse soluzioni normative astrattamente configurabili per il regolamento del concorso di persone nel reato, comparando le scelte dei Paesi

ma una figura tributaria del tipo principale. Questo resta, fondamentale: solo che il suo ambito si arricchisce di una variante inedita. Non muta il *nomen iuris*, ma si applica, a diverso titolo, a nuove condotte. Una norma incriminatrice senza un proprio bene giuridico: questa la norma integrativa (incriminatrice)".

¹⁹ Precisazione, quest'ultima, riportata diffusamente da DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva*, cit., per non commettere l'errore di ritenere che l'azione o l'omissione dell'agente in concorso con altri nella realizzazione di un reato sia rilevante se non sorretta dalla *sùitas* (e cioè la coscienza e volontà della condotta, richieste dall'art. 42, comma 1°, c.p.) e accompagnata dall'elemento psicologico, così come prescritto dall'art. 42, cpv. c.p. e come definito dall'art. 43 c.p. (salve le ipotesi in cui "la legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione", ex art. 42, comma 3°, c.p.).

²⁰ Art. 114 c.p., comma 1°: "il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena". Per lo scarso utilizzo della circostanza in giurisprudenza, cfr. DONINI M., *Il concorso esterno*, cit., 331. Per le implicazioni sistematiche che tale disposizione porta nella disciplina del concorso di più persone nel reato, cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 517.

europei in merito, Seminara²¹ ha individuato le due principali, con le loro varianti: il legislatore può o rinunciare ad una descrizione tipica di ogni condotta partecipativa rilevante ed affidare alle previsioni circostanziali il compito di differenziare la pena a seconda del ruolo effettivamente svolto dal singolo agente, ovvero può disciplinare obiettivamente le condotte concorsuali, con diversi gradi di specificazione, e scegliere alternativamente di sottoporle ad una pena eguale o distinta.

Il Codice penale italiano del 1930 ha scelto il primo modello di tipizzazione, c.d. *unitario*, invertendo la propria preferenza rispetto al suo antecedente del 1889, che optava al contrario per quello c.d. *differenziato*, al pari della “maggior parte dei sistemi penali nel mondo e come nella tradizione storica moderna, preunitaria e anche – per l’appunto – zanardelliana”²². Quest’ultimo consiste nella tipizzazione autonoma delle diverse condotte di concorso, attraverso la previsione di una specifica norma incriminatrice per ogni forma di partecipazione criminosa, individuata a seconda della mansione concretamente svolta dai vari concorrenti, con una responsabilità diversa rispettivamente per l’autore o esecutore, per il determinatore, per l’istigatore, per il complice o partecipe; tale metodo consente di differenziare il trattamento sanzionatorio di ciascun concorrente già nella fase della tipicità del fatto²³, definendo le diverse figure di agente distintamente e in base a caratteristiche precise ed obiettivamente individuate e ricollegandole a conseguenze commisurate al grado di offensività che rispettivamente pongono in essere.

Diversamente, il modello unitario, o c.d. della *pari responsabilità*, prescinde da una classificazione tipizzata dei vari concorrenti e riconduce entro i confini della fattispecie di concorso di persone nel reato “tutte le condotte di efficacia eziologica nei confronti dell’evento lesivo”, senza che abbia più rilievo “la precisa

²¹ Cfr. SEMINARA S., *Tecniche Normative e Concorso di Persone nel Reato*, Milano, 1987, 3 ss.. Per la definizione dei modelli unitario e differenziato e la loro distinzione, si vedano anche: COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 400 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 514; GRASSO G., *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in STILE A. M. (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 131 ss.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub pre-art. 110, 120 ss.; PISTORELLI L., in CRESPI A. - FORTI G. - ZUCCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2014, sub art. 110, 610 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1758, 2; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALÀ G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub nota introduttiva al Capo III, 488 ss..

²² Così DONINI M., *Il concorso esterno*, cit., 330.

²³ Come suggerisce FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 514. Al contrario il modello unitario, come si vedrà, affida il compito di differenziazione sanzionatoria al momento di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. e di considerazione delle circostanze previste dagli articoli successivi al 110 c.p.: in merito si veda DONINI M., *Il concorso esterno*, cit., 331.

demarcazione, sul terreno della tipicità, fra forme <<primarie>> e <<secondarie>> di partecipazione”²⁴. Con questa seconda tecnica incriminatrice, i diversi contributi assumono, almeno astrattamente, lo stesso disvalore dal punto di vista della rilevanza penale della lesione del bene giuridico tutelato dalla norma di parte speciale e, sul piano della tipicità, i partecipanti sono indistintamente sottoposti al medesimo trattamento sanzionatorio²⁵. Infatti, Cocco afferma in merito che: “[...] i concorrenti sono considerati egualmente responsabili e punibili, salvo valutare in concreto la loro responsabilità e graduare di conseguenza la pena [...]”²⁶; parimenti, Mantovani ribadisce che “il principio della pari responsabilità sta a significare l’impossibilità di differenziazioni aprioristiche di responsabilità sulla base di tipi astratti di concorrenti, ma non anche una meccanica eguaglianza del *quantum* della pena per tutti i concorrenti, sussistendo la necessità pur sempre di una graduazione in concreto della stessa in rapporto al reale contributo, apportato da ciascun concorrente”²⁷. In questo modo, il momento di diversificazione della risposta penale e di considerazione dei molteplici gradi di offensività delle condotte coinvolte, in relazione al ruolo svolto da queste ultime nell’impianto del reato posto in essere, si sposta dal piano della tipicità a quello di commisurazione della pena in concreto, secondo i dettami di cui agli articoli 132 e 133 c.p. e alla luce delle circostanze speciali previste in materia dal Capo III, Titolo IV, Libro I del Codice penale, agli articoli successivi al 110²⁸.

²⁴ Così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 515, riferendosi alla normativa zanardelliana che prevedeva due categorie di condotte partecipative, come efficacemente illustrato in ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 549, e MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 555: “nella direttrice della dottrina classica, anche il Codice Zanardelli distingueva tra i compartecipi primari (autore, coautore, determinatore) e compartecipi secondari. Mentre i primi soggiacevano di regola alla pena stabilita per il reato commesso, i secondi fruivano di una diminuzione di pena, tranne il caso in cui senza il loro concorso il reato non si sarebbe commesso (c.d. complici necessari)”.

²⁵ Secondo FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 517, il modello unitario, adottato dal Codice Rocco a seguito del rifiuto di una normativa in continuità con quella del Codice previgente, farebbe “rientrare dalla finestra” la distinzione tra compartecipazione primaria e secondaria che si era “cacciata dalla porta”, attraverso la formulazione dell’art. 114 c.p. il quale, parlando di contributo di minima importanza, finisce, in sostanza, per recuperare la distinzione tra partecipanti primari e secondari. In merito, anche RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1762.

²⁶ Così COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 401, illustrando il modello di tipizzazione della pari responsabilità o unitario.

²⁷ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 556, che prosegue chiarendo che le caratteristiche dei criteri in base ai quali graduare la responsabilità e commisurare la sanzione sono determinate dalla prospettiva aspirata dal legislatore: dunque, in un sistema penale retributivo-repressivo si troveranno soluzioni diverse da quelle fruibili in un sistema preventivo oppure misto.

²⁸ Così suggerisce DONINI M., *Il concorso esterno*, cit., 331, sollevando una questione interpretativa di ordine costituzionale: “Il legislatore del 1930 [...] ha preferito lasciare solo alla commisurazione della pena in senso stretto (artt. 132 - 133 c.p.) attenuazioni sanzionatorie da sempre sacrificate dalla circostanza di parte generale sulla partecipazione di <<minima importanza>>, che peraltro la giurisprudenza non ha mai adeguatamente interpretato tanto da applicarla pochissime volte: così privilegiando finalità generalpreventive e

La normativa del Codice Zanardelli, adottando un modello differenziato, disciplinava l'istituto in esame agli articoli 63 e 64²⁹ e separava la responsabilità di coloro che apportavano un contributo che poteva definirsi *principale* e che rispondevano con la pena prevista per il reato posto in essere, da quella dei compartecipi *secondari*, la cui cooperazione era considerata di minore rilevanza e gravità e che, pertanto, erano sottoposti a un regime sanzionatorio attenuato rispetto ai primi³⁰ (sempre che, ex art. 64, ultimo comma, c.p. del 1889, non si potesse dimostrare che il reato non si sarebbe commesso senza il loro concorso). Il rovesciamento direzionale, intrapreso dal legislatore del '30 rispetto al suo predecessore, risponde ad un triplice ordine di esigenze ed obiettivi³¹: uno teorico e uno pratico, cui fanno esplicita menzione anche le Relazioni ai progetti preliminare e definitivo del Codice Rocco³², riguardano rispettivamente l'uno la ricerca di una maggiore coerenza dogmatica tra la disciplina nascita e gli ultimi sviluppi

di lotta rispetto alla responsabilità per fatto proprio". Come lui, in merito alla valutazione della responsabilità in concreto, anche: COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 401, e MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 554 ss. L'intento del legislatore di lasciare la possibilità di gradazione della pena in concreto, in base alla maggiore o minore pericolosità di ciascuno dei partecipi del reato commesso, tramite la previsione delle circostanze di cui agli articoli 116 e 117 c.p. è esplicitato in *Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco sul Libro I del Progetto*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, 1929, Vol. 5, Parte I, 167.

²⁹ Articoli 63 e 64 del Codice Zanardelli: "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"; "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".

³⁰ Come riportato anche da MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 555, e LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone*, cit., 570 ss., il quale ricorda che la vecchia legislazione penale "distingueva gli esecutori e i cooperatori immediati (cioè i correi) dai determinatori, dagli istigatori e dagli agevolatori (vale a dire dai complici) prevedendo per i primi la stessa pena stabilita per il reato commesso, per i secondi invece delle diminuzioni di pena (artt. 63 e 64 Codice Zanardelli)". Inoltre, è la *Relazione del Guardasigilli*, cit., 165, ad esordire, a proposito del tema di partecipazione criminosa, dicendo: "in materia di concorso di più persone nel medesimo reato, il Progetto ha profondamente innovato sul diritto vigente, abbandonando la distinzione tra partecipazione primaria (correatà) e partecipazione secondaria (complicità), tra partecipazione morale o psichica, e partecipazione materiale, tra correi e cooperatori immediati, tra complici necessari e non necessari".

³¹ La triplice elencazione delle ragioni che hanno spinto il legislatore del '30 ad adottare il modello unitario si rinviene anche in COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 401; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 516; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub pre-art. 110, 123 ss.; LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone*, cit., 570 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 556; MONACO L., *La riforma dell'art. 110 del Codice penale italiano*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982, 119 ss.; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub nota introduttiva al Capo III, 488 ss.

³² Cfr. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 165: "Esigenze teoriche e pratiche hanno ispirato il sistema adottato, che equipara tutte le forme di concorso, principali ed accessorie, morali e materiali". Cfr. altresì *Atti della commissione ministeriale*, cit., 88 ss..

scientifici in materia di causalità e l'altro la razionalizzazione della prassi giurisprudenziale con conseguente agevolazione del lavoro di rielaborazione ermeneutica da parte della dottrina; il terzo ed ultimo concerne la matrice ideologica, determinata dal contesto politico e sociale del momento storico nel quale è stato progettato il Codice penale vigente³³.

Sul piano teorico, il motivo dell'abbandono del modello differenziato, che ha spinto il legislatore del tempo a equiparare tutte le forme di concorso ed a ridurle ad un'unica soluzione normativa di cui oggi all'art. 110 c.p., è strettamente collegato allo sviluppo di precetti dogmatici nuovi in materia di presupposti della responsabilità penale, dovuti principalmente all'apporto filosofico-giuridico del pensiero positivistico-naturalistico, anche detto *Positivismo causale* o *Positivismo criminologico*, preponderante tra la fine del diciannovesimo e l'inizio del ventesimo secolo³⁴ e che già nel 1921 aveva influenzato la redazione di un primo progetto di novella del Codice penale, sotto la direzione del Presidente di commissione, Enrico Ferri, "uno dei suoi più illustri rappresentanti italiani"³⁵. La Scuola positivistica

³³ Come anche MONACO L., *La riforma dell'art. 110*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali*, cit., 121, evidenzia: "la scelta in favore del modello estensivo – o meglio, causale – di autore, viene presentata dal Codice Rocco quale il portato delle esigenze della prassi (semplicità di funzionamento, agilità e rapidità delle decisioni, efficacia nella lotta alla criminalità associata) ed altresì come la necessaria conseguenza della incapacità della dottrina ad elaborare criteri sicuri di differenziazione nel quadro del modello restrittivo: non viene invece presentata come il frutto di una precisa opzione ideologica e politico-criminale".

³⁴ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 516; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 557. Per una ricostruzione storico-giuridica più compiuta si vedano HELFER M., *Il concorso di più persone nel reato, problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013, 58 ss., e DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva*, cit., 16 ss..

³⁵ Così HELFER M., *Il concorso di più persone nel reato*, cit., 59. Cfr. anche HELFER M., *Il concorso di più persone nel reato*, cit., 55, nota 38, che riporta l'art. 17 del Progetto Ferri: "chiunque, come autore, coautore o complice materialmente o moralmente concorre in qualsiasi modo al delitto, è sottoposto alla sanzione stabilita per questo. Può essere diminuita la sanzione, secondo le norme dell'art 76, per chi vi abbia partecipato con un'azione che ne dimostri una minore pericolosità. Per il mandato accettato ma non eseguito, o non accettato, si applicano, secondo i casi, le disposizioni dell'art. 16"; e, illustrando l'idea di fondo del Progetto, spiega: "si trattava di una proposta di riforma della parte generale del Codice penale incentrata sull'idea del reato quale sintomo della pericolosità del reo. Pur ammettendo in via di principio, in tema di concorso di persone nel reato, che gli atti di partecipazione al delitto fossero da considerarsi diversi sia sotto il profilo obiettivo, o causale, sia sotto il profilo sintomatico della pericolosità individuale del delinquente, il Progetto prevedeva, in un primo momento, la pari responsabilità penale dei concorrenti, sulla base del fermo convincimento che il grado di pericolosità criminale, manifestato da ciascuno con il proprio modo di agire, nell'ambito di una *societas sceleris*, doveva considerarsi uguale. [...] In nome di questa presunzione di astratta equiparazione della pericolosità delle diverse persone concorrenti in un medesimo reato, ai sensi dell'art. 17 c.p. del Progetto Ferri, la responsabilità di tutti i compartecipi materiali o morali risultava equiparata e comportava l'applicazione della sanzione stabilita <<per il delitto stesso>>, in quanto si riteneva che <<il delitto è l'effetto risultante da tutte, inseparabilmente, le parziali azioni onde i compartecipi hanno cagionato il risultato finale, e quindi non c'è da fare giuridicamente alcuna distinzione fra i vari compartecipi>> (Relazione del presidente Ferri al progetto preliminare, in FERRI E., *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente, Progetto 1921 - Progetto 1927*, Torino, 1928, 640)". Come HELFER M., *Il concorso di più persone nel reato*, cit., 56 ss., sottolinea, per i profondi cambiamenti politici, vale a dire per la definitiva affermazione del movimento fascista nel 1922, il progetto Ferri mantenne la sua natura provvisoria di proposta

tendeva a valorizzare il *dogma della causalità*, vale a dire il principio di equivalenza causale accolto negli articoli 40 e ss. c.p., da cui, per ragioni di coerenza sistematica, si faceva discendere l'equipollenza causale anche dei contributi dei singoli concorrenti³⁶. Tali esigenze di coordinamento della disciplina del concorso di persone nel reato con quella del rapporto di causalità vengono puntualmente tratteggiate anche nella Relazione al Progetto definitivo del Codice penale, la quale chiarisce che “il criterio di un'eguale responsabilità per tutte le persone, che sono concorse nel reato, è in diretta dipendenza del principio, che si è accolto nel regolare il concorso di cause nella produzione dell'evento; principio in forza del quale tutte le condizioni, che concorrono a produrre l'evento, son cause di esso. [...] le disposizioni sul rapporto di causalità si riferiscono a tutte le cause, brute o intelligenti; onde è facile intendere come, anche nell'ipotesi che il fatto sia stato oggetto di attività di più persone, l'evento deve essere messo a carico di tutti i concorrenti, che, con la propria azione, contribuirono a determinarlo: il legame, invero, che avvince le attività dei vari concorrenti, si realizza in un'associazione di cause coscienti, alle quali è dovuto l'evento e, perciò, a ciascuno dei compartecipi deve essere attribuita la responsabilità dell'intero. Il Progetto, insomma, come già nel regolamento del rapporto causale, rifiuta di ammettere, in conformità della più autorevole dottrina, anche in tema di

di riforma; ciononostante, alcuni tratti caratteristici di tale disegno riuscirono a sopravvivere nel Codice Rocco, proprio in quanto Alfredo Rocco, Ministro della Giustizia, selezionò, tra i componenti della commissione di riforma incaricata di redigere un progetto di un nuovo Codice penale, Enrico Ferri ed altri rappresentanti della scuola positiva. Tra questi, i tratti essenziali della regolamentazione del concorso di persone nel reato, in particolare, la regola della sostanziale pari responsabilità penale di tutti i concorrenti, nonché la possibilità di graduare la pena in sede di trattamento sanzionatorio in ordine ad un maggiore o minore tasso di pericolosità sociale, trovarono ingresso nella disciplina concorsuale del Codice Rocco. A riguardo, anche DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva*, cit., 19 ss..

³⁶ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 516; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 557. LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone*, cit., 570 ss., chiarisce puntualmente che: “nella concezione e nella formulazione del rapporto di causalità ha svolto un ruolo preponderante l'idea che tutte le condizioni necessarie al verificarsi dell'evento hanno, per definizione, pari valore dal punto di vista qualitativo (cosiddetto principio dell'equivalenza delle condizioni) [...] tale sistema ammette solo delle differenze quantitative che incidono esclusivamente sulla misura della pena da applicare ai singoli concorrenti ma non riguardano affatto la qualità della loro opera che resta contrassegnata unicamente dall'efficienza causale della cooperazione”. MONACO L., *La riforma dell'art. 110*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali*, cit., 122 ss., spiega che “il fenomeno della partecipazione è tra quelli che meglio si prestano ad una interpretazione in chiave causale: per il diritto penale il concorso di persone è in primo luogo un problema di concorso di cause coordinate verso un evento. E tra queste cause, insegnava von Buri, non era possibile alcuna graduazione in relazione all'evento”. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 553, valuta l'utilizzo del principio di causalità per il regolamento del concorso di persone nel reato in questi termini: “[questa teoria] ha parecchi punti deboli. Uno di essi consiste nel supporre l'equivalenza delle condizioni, equivalenza che è assai discutibile e, comunque non può essere dimostrata, perché noi conosciamo il valore negativo dei vari antecedenti causali, e cioè la loro necessità, ma il più delle volte non siamo in grado di accertare il contributo che ciascuno di essi apporta al risultato complessivo. D'altro canto, non si può dire che il nostro diritto positivo consideri del tutto equivalenti le azioni dei vari compartecipi, in quanto sancisce alcuni aggravamenti e attenuazioni di pena che sono anche in rapporto ad una diversa rilevanza causale delle varie azioni [...]”.

concorso di più persone nel reato, la possibilità di discernere e separare le quote di causalità nella determinazione di un evento, ritenendo che tutto quanto è stato posto in essere, perché l'evento si produca, debba considerarsi indivisibile causa di questo.”³⁷.

La ragione pratica, invece, era emersa dalla constatazione della difficoltà, sperimentata dalla giurisprudenza, di separare in concreto e senza incertezza le condotte di partecipazione, secondo quanto concettualmente delineato nel Codice Zanardelli previgente, e dalla conseguente “incapacità della dottrina ad elaborare criteri sicuri di differenziazione nel quadro del modello restrittivo (*i.e.*: differenziato)”³⁸: invero, come opportunamente viene ricordato nei Lavori preparatori del Codice, “precisamente per le esigenze pratiche la dottrina e la giurisprudenza si sono invano affaticate a ricercare un criterio sicuro, per distinguere, nel concorso di più persone nel reato, le ipotesi di correttezza e quelle di complicità”; infatti, continua la Relazione al progetto definitivo, proprio dai casi della pratica “si apprende che la preordinata catalogazione dell'entità dell'apporto di ciascun concorrente non può essere che arbitraria, perché in concreto il giudizio è in relazione ad una infinità di circostanze, che sono sottratte ad ogni previsione, essendo il loro valore diverso, nelle innumerevoli modalità dei fatti”³⁹. In effetti, il c.p. Zanardelli non forniva propriamente una nozione giuridica di *autore*, rispetto alla quale calibrare per comparazione le figure di partecipazione secondaria, ma si limitava ad equiparare, tramite l'estensione della medesima pena, la posizione del primo a quella

³⁷ Si veda *Relazione del Guardasigilli*, cit., 165, la quale prosegue specificando che nel concorso di più persone nel medesimo reato, ricorre altresì l'elemento della *scientia maleficii*, ossia la coscienza di contribuire in qualsiasi misura al fatto altrui, la quale conferisce il carattere unitario al reato commesso con la partecipazione di più persone e, non solo giustifica il riconoscimento dell'inscindibile rapporto causale tra le varie attività e l'evento, ma reclama ancora che identico sia il titolo del reato del quale tutti debbono essere chiamati a rispondere. In merito ad un approfondimento dei postulati teorici del principio di eguaglianza di responsabilità penale di tutti i concorrenti, si veda: *Atti della commissione ministeriale*, cit., 91 ss..

³⁸ Cfr. MONACO L., *La riforma dell'art. 110*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali*, cit., 121, il quale continua dicendo: “[...] le difficoltà della dottrina ad identificare un criterio sicuro e praticabile per distinguere le forme della partecipazione avevano – vigente il Codice Zanardelli – reso ancor più precaria la situazione della prassi del concorso, incapace di elaborare una giurisprudenza accettabilmente stabile su tale normativa. In una situazione del genere era ovvio che la soluzione del problema venisse trasferita in altre mani: questo fu appunto il senso dell'intensificarsi delle richieste al potere legislativo a prendere atto ed a farsi quindi carico di un problema apparentemente insuperabile in sede applicativa”.

³⁹ Si consulti *Relazione del Guardasigilli*, cit., 165 ss.: il Guardasigilli Alfredo Rocco risponde così all'obiezione riportata alla sua attenzione, che sosteneva la richiesta di mantenere la distinzione tra correi e complici, affermando che tale distinzione “si presenta come una realtà che ognuno può riconoscere nella pratica, e che il legislatore non può ignorare”. Cfr. LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone*, cit., 570: “La determinazione di un regime giuridico uniforme per tutti i concorrenti, indipendentemente dalla loro qualità di correi o di complici, era diretta ad evitare la difficoltà in cui si era imbattuta la giurisprudenza nella ricerca di un criterio di certezza per riconoscere e distinguere nella varietà delle singole situazioni la correttezza dalla complicità”.

di altri, ritenuti altrettanto meritevoli del trattamento sanzionatorio selezionato per l'autore⁴⁰. È Seminara a segnalare tale mancanza e a ricordare che il problema relativo alla definizione di tale concetto, che era stato avvertito “in tutta la sua delicatezza già nei numerosi progetti che avevano preceduto quello definitivo del ministro Zanardelli”, era destinato “ad incrociarsi con (la questione riguardante) l'individuazione delle categorie di concorrenti che dovevano punirsi con il grado <<ordinario>> di pena, appunto quello riservato all'autore” e “da ciò erano derivate tre distinte qualifiche: gli esecutori (cioè gli autori), i cooperatori immediati e i complici necessari (cioè coloro il cui contributo appare determinante per la realizzazione del reato)”⁴¹. In particolare, a non essere precisata, e in questo modo valida ad annullare la possibilità di una netta linea di demarcazione tra autorità e complicità⁴², era la categoria dei *cooperatori immediati*, che gli articoli 63 e 64 del Codice penale previgente rispettivamente sottoponevano alla medesima pena degli *esecutori* e separavano concettualmente dai concorrenti senza la collaborazione dei quali il reato non si sarebbe commesso (c.d. *complici necessari*): infatti, tale figura fu alternativamente prevista e soppressa dalle varie proposte di Codice penale, fino ad essere ultimamente adottata in via permanente dal progetto di Zanardelli⁴³.

⁴⁰ Così SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 29 ss.: “l'art 63 del Codice italiano del 1889 non poneva una definizione del concetto di autore in senso stretto, riferita a colui che esegue la fattispecie tipica”; e ancora, riferendosi al vigente Codice penale spagnolo e al Codice penale italiano del 1889, nell'ambito della sua puntualissima indagine comparatistica in materia di tecniche normative per la disciplina del concorso di persone nel reato: “in questi sistemi possono rinvenirsi tutti i principali postulati della tradizione classica in materia di concorso di persone nel reato: la nozione di autore estesa ai cooperatori immediati e a coloro che partecipano direttamente all'esecuzione del fatto; l'equiparazione *quoad poenam* tra l'autore e l'induttore o determinatore, in base al principio *quid per alium facit, per se ipsum facere videtur*; la teoria della causa necessaria o del c.d. complice principale – *quod causam delicto dedit* –, assimilato sul piano sanzionatorio all'autore e distinto dal complice secondario – *quod causam non dedit*”. Ancora, BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 490, puntualizza che la figura teleologica dell'autore è da sempre stata trascurata dalla dottrina italiana, la quale si è accontentata di “semplici perifrasi per circoscrivere la nozione stessa” o ha lasciato “supporre che si tratti di una nozione che non ha alcun bisogno di essere determinata. Ma così non è.”

⁴¹ In questi termini, SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 31.

⁴² Cfr. SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 41: “(La figura di cooperatore immediato) era dunque valsa [...] ad annullare la possibilità di una netta linea di demarcazione tra autorità e complicità, privando di valore tassativo le fattispecie dettate dagli articoli 63 e 64 cod. pen. (Zanardelli) e demandando l'applicazione di esse all'arbitrio giudiziale”.

⁴³ Così, SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 31 ss., il quale richiama le ragioni di questa scelta riportando un passo della Relazione di Zanardelli sul Progetto presentato alla Camera dei deputati il 26 novembre 1883, in CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1892, IV, 111: “[...] autori, invero, non sono coloro che cooperano al delitto commesso da altri, come nel caso di colui che tien ferma la vittima mentre altri la colpisce. Ma, nello stesso modo che il senso comune non fa distinzione fra questi due, la ragione scientifica delle cose ci ammaestra che, se il primo non è propriamente autore della strage, è tuttavia un compartecipe così essenziale che appunto vuol essere noverato fra i correi: fra coloro, cioè, che devono incorrere nello stesso grado di responsabilità e di pena che l'autore principale. D'altronde, non pare che in questa parte del Codice, dove si tratta del concorso di più persone nel delitto, si debba definire chi sia l'autore del medesimo, il quale si intende di leggieri non poter essere che l'esecutore immediato dell'atto che lo costituisce. Qui si deve soltanto stabilire chi, essendo più i partecipanti, sia da reputarsi coautore, cioè correo e chi da reputarsi complice”.

Con il Codice Rocco, per risolvere tali difficoltà pratiche riscontrate dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia di concorso, si scelse il modello di equiparazione di tutti concorrenti in un'eguale misura di responsabilità, in modo da togliere valore pratico alla distinzione tra correatà e mera partecipazione⁴⁴.

Infine, nel tentativo di un accenno di esegesi storico-teleologica delle intenzioni del Legislatore del 1930 nella redazione del nuovo Codice penale, non è possibile non tenere in considerazione il contesto sociale e politico-criminale nel quale questi si ritrovò ad operare. Come efficacemente illustrano Fiandaca e Musco, le scelte di penalizzazione relative al concorso di persone nel reato costituivano, al pari di altre questioni di altrettanta rilevanza pratica e giuridica, una proiezione delle tendenze autoritario-repressive tipiche della politica penale del 1930, che richiamavano l'esigenza di una forte difesa sociale: "in questo senso, la rinuncia alla distinzione tra compartecipi primari (autore, coautore, determinatore) e secondari (istigatore e complice) corrispondeva ad una sorta di affrancazione da quei <<laccioli>> di marca liberal-garantistica, che avrebbero comunque ostacolato una più massiccia (ancorché più sommaria) repressione degli episodi di reità plurisoggettiva"⁴⁵. Il modello unitario, infatti, ben si conciliava con l'indirizzo autoritario del Codice penale del '30, permettendo di punire i compartecipi alla stessa stregua degli autori del reato⁴⁶; d'altra parte, l'esperienza con quello differenziato non aveva soddisfatto efficacemente quelle esigenze di sicurezza delle quali il nuovo regime avvertiva l'impellenza: è Giovanni Appiani nella sua Relazione introduttiva sul progetto preliminare, redatta in veste di presidente della Commissione ministeriale, ad esprimere, con l'intento di illustrare le ragioni storiche dei principi alla base del

⁴⁴ A riguardo si legga LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone*, cit., 570. Polemico a riguardo di tale scelta di normazione, diffusa tra i legislatori europei, ROSSI P., *Trattato di diritto penale tradotto dal francese, con alcuni cenni della sua vita*, in *Biblioteca scelta del foro criminale italiano*, Milano, 1852, 334, sostiene: "la difficoltà di distinguere con qualche precisione le varie specie ed i diversi gradi di partecipazione al crimine, è forse una delle cause che determinarono più di un legislatore a non tentare alcuna distinzione, ed a punire i complici colla stessa pena degli autori stessi del delitto. Questo è un evitare la difficoltà coll'ajuto dell'ingiustizia; egli è un mancare nel medesimo tempo all'osservanza delle regole della prudenza, ed alle esigenze dell'interesse sociale. Pronunciare contro un qualunque complice la stessa pena che verrebbe pronunciata contro l'autore del crimine è spesso il mezzo di sforzare i tribunali a non dichiarare costante il fatto di complicità. È ancora uno dei casi nei quali si giunge alla impunità per la via del terrore."

⁴⁵ Così, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 516 ss.. Cfr. altresì HELFER M., *Il concorso di più persone nel reato*, cit., 58; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub pre-art. 110, 124.

⁴⁶ Cfr. LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone*, cit., 570: "il sistema di punire i complici allo stesso modo che se fossero stati veri e propri autori del reato risultava particolarmente adatto ad esprimere, nella disciplina della compartecipazione, l'indirizzo autoritario del Codice Rocco per <<una più energica prevenzione contro la delinquenza>> (DE MARSICO)".

Disegno, l'incondivisibilità del previgente modello, ritenendo che “quelle legislazioni che basano la disciplina del concorso sulla distinzione tra correttezza e complicità, e su di essa costruiscono una casistica così complessa, che ne rivela l'immediata derivazione dalla mentalità scolastica dei nostri vecchi pratici, non hanno, nella loro concreta applicazione, corrisposto a quelle esigenze di difesa sociale, che richiedevano una più efficiente tutela”⁴⁷.

Parte della dottrina ritiene che l'apporto del nuovo disposto di cui agli articoli 110 ss. del Codice penale del 1930 abbia sortito un ottimo risultato nella pratica giudiziaria, poiché un sistema che non impone un distinto titolo di reato, con conseguente pena astratta, ai vari partecipi rispetto a quello riservato agli autori e la correlativa attribuzione al giudice di una maggiore discrezionalità nella commisurazione della risposta penale, faciliterebbe di non poco l'attività decisionale, evitando ai tecnici del diritto “le più onerose, e talvolta inutili, fatiche”, cui inevitabilmente sarebbero sottoposti in una legislazione ispirata allo schema normativo differenziato⁴⁸. Quest'ultimo, invece, costringendo le infinite forme in cui si può articolare la partecipazione criminosa entro categorie giuridiche rigide e limitate nella loro capacità recettiva, e perciò stesso inadeguate già in principio a regolare le fattispecie concrete cui devono applicarsi, finisce in ogni caso per “far

⁴⁷ Vedasi *Atti della commissione ministeriale*, cit., 91 ss.. La difesa sociale cui si fa riferimento era un'esigenza la cui necessità si avvertiva maggiormente in considerazione della diffusa idea di una maggiore capacità criminale dei reati posti in essere da più soggetti in cooperazione tra loro: si legga in proposito COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 401, e DONINI M., *La partecipazione al reato*, cit., 184 ss.: “[...] non può sfuggire che la <<difesa dello Stato>> e <<la lotta contro il crimine>>, due capisaldi dell'ideologia giuridico-penale del fascismo, sono concetti che ritornano con una frequenza impressionante nei discorsi di Alfredo Rocco. Ma proprio il concorso di persone, insieme con l'associazione per delinquere, era il simbolo del crimine, la forma più eclatante e temibile della delinquenza, che appunto perciò aveva sollecitato il pensiero positivista a proporre una disciplina normativa più rigorosa e aggravante: sarebbe stato inconsequente concepire il diritto punitivo dello Stato come <<un diritto di difesa della società contro il pericolo di reati o di nuovi reati da parte di tutti e contro tutti, ossia contro il pericolo della criminalità come fenomeno sociale generale>> (*Relazione al Re del Min. Guardasigilli per l'approvazione del testo definitivo del Codice penale, in Codice penale, a cura del Min. della Giustizia e degli Affari di Culto, 1930, p. 7*), e costruire, nello stesso tempo la disciplina della partecipazione, vero archetipo giuridico della <<criminalità come fenomeno sociale generale>>, con uno spirito sinallagmatico e liberale di giustizia distributiva”. In merito all'esigenza tipicamente fascista di repressione del crimine cfr. anche VASSALLI G., *Sul concorso di persone nel reato*, in STILE A. M. (a cura di), *La riforma della parte generale del Codice penale, la posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, 346, il quale sostiene che “non esisteva nel Codice [...] una disposizione più <<totalitaria>> di quella dell'art. 110 [...]”. Significativa è anche la collocazione del Capo III in esame fra le norme che riguardano il reo e la persona offesa e non tra quelle che concernono il reato: in merito si legga COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 401; DONINI M., *Il concorso esterno*, cit., 331.

⁴⁸ A riguardo si consulti DONINI M., *La partecipazione al reato*, cit., 176 ss.. Come lui, anche MONACO L., *La riforma dell'art. 110*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali*, cit., 124 ss.. Contrariamente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 517 ss., ritengono la prassi applicativa risultante dalla nuova disciplina codicistica non veramente appagante, trattandosi di una “semplificazione” soltanto “apparente”, avente quest'ultima procurato, al contempo, l'ingente costo di un'eccessiva dilatazione della responsabilità a titolo di concorso. Dello stesso avviso SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 1 ss., come si espone di seguito nel testo.

violenza alla realtà delle cose”, risultando, per tale motivo, comunque aprioristico e schematico⁴⁹; invero, come riconosce anche la Relazione della sottocommissione Seminara, allegata alla riforma Grosso del Codice penale della fine del secolo scorso, “il tentativo di combinare la descrizione delle figure concorsuali con la previsione di un trattamento sanzionatorio differenziato si era infatti risolto in soluzioni compromissorie e in definizioni evanescenti, che avevano condotto al massimo arbitrio e, soprattutto, avevano innescato un meccanismo per cui il giudice qualificava la condotta alla luce della pena che intendeva infliggere, così invertendo la fase del giudizio e quella della valutazione”⁵⁰. Pertanto, in accordo con questa parte della dottrina, il modello unitario o estensivo, il quale consente la trasposizione della graduazione dei singoli contributi nella fase strutturalmente più flessibile dell’applicazione giudiziale, cioè la commisurazione della pena, risponderebbe perfettamente “ai criteri di flessibilità e praticità che un diritto penale veramente moderno dovrebbe indefettibilmente possedere”⁵¹.

D’altra parte, si è invece sostenuto che la discrezionalità consentita al giudice dalla teoria causale abbracciata dal Capo III, combinata con la vaghezza del disposto di cui all’art. 110 c.p., sia eccessivamente ampia e foriera di incertezze circa la portata applicativa del dettato codicistico e, in quanto tale, violativa dei principi costituzionali di legalità e di eguaglianza⁵², che in materia penale si traducono nella

⁴⁹ In questo senso, MONACO L., *La riforma dell’art. 110*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali*, cit., 124 ss.. Sulla rigidità dello schema differenziale, si veda anche MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 555 ss., in cui, tra l’altro, si afferma: “[...] nella pratica il distinguere le varie forme di partecipazione [...] ha sempre dato luogo a gravi difficoltà e ad inesauribili discussioni, di cui la Suprema Corte sotto l’abrogato Codice fu spesso investita e potendo anche accadere che restassero impunte determinate condotte perché non riportabili sotto le distinzioni prefissate”.

⁵⁰ Così in *Allegato alla Relazione del 15 luglio 1999*, Commissione Grosso per la riforma del Codice penale (1° ottobre 1998), sottocommissione: SEMINARA (estensore) - Canzio - Randazzo – Turone, *La disciplina del concorso di persone nel reato. I reati associativi*, in www.giustizia.it/giustizia/it; *Relazione 15 luglio 1999*, Commissione Grosso per la riforma del Codice penale, 1° ottobre 1998, in www.giustizia.it/giustizia/it. Più mite la posizione di GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub pre-art. 110, 122 ss., il quale riconosce al sistema differenziato una maggiore coerenza rispetto al principio di determinatezza e una maggiore capacità di offrire al giudice dei criteri di orientamento, tramite la tipicizzazione delle varie forme di partecipazione; al contrario, il modello unitario, come si vedrà anche di seguito nel testo, accentua il ruolo creativo della giurisprudenza.

⁵¹ In questi termini, MONACO L., *La riforma dell’art. 110*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali*, cit., 124 ss., il quale illustra i motivi per cui lo schema normativo dell’art. 110 c.p. sarebbe degno di riconferma: “(perché) moderno, duttile, ben accetto nella prassi, l’unico capace di garantire efficacia ed agilità nel funzionamento della normativa sul concorso”. Cfr. altresì MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 555 ss..

⁵² Cfr. VASSALLI G., *Sul concorso di persone nel reato*, in STILE A. M. (a cura di), *La riforma della parte generale del Codice penale*, cit., 346, “L’art. 110 viola in modo flagrante sia il principio costituzionale di legalità sia il principio costituzionale d’eguaglianza”, in quanto “annega ogni criterio di razionalità in un indistinto rapporto di causalità (con un solo spiraglio irrilevante, per giunta facoltativo, nel comma 1° dell’articolo 114), omettendo del tutto una descrizione e persino una menzione delle condotte punibili e parificando, contro giustizia

necessità di fattispecie criminose tipizzate⁵³. Come Seminara riporta in apertura della sua chiarissima disamina storico-comparatistica dell'istituto in considerazione⁵⁴, infatti, i due motivi di maggiore insoddisfazione, mossi dalla dottrina italiana, per la disciplina del concorso di più persone nel reato del vigente Codice penale sono proprio lo slittamento della graduazione sanzionatoria “dalla fase della strutturazione interna della fattispecie a quella della commisurazione della pena”⁵⁵, e la carenza di legalità della fattispecie, in quanto tale norma eviterebbe qualunque “determinazione delle condotte punibili” e “delimitazione del campo della responsabilità penale”⁵⁶. La suddetta disposizione viene, dunque, discussa sotto il duplice profilo dell'*an* e del *quantum* poiché le si rimprovera il fatto, da un lato, di non prevedere una descrizione

ed eguaglianza, tutte le ipotetiche e non descritte condotte costitutive del concorso”. Per la critica al modello causale e ai suoi deficit di legalità, cfr. altresì MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 552, e PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343 ss..

⁵³ Una precisazione in relazione alla tipicità come concetto strettamente correlato ma al contempo svincolato dalla legalità, proviene da DONINI M., *Il concorso esterno*, cit., 328, nota 10, il quale sostiene che “la tipizzazione può anche risultare [...] da fonti giurisprudenziali, mentre è del tutto tradizionale la presenza di illeciti o sistemi giuridici fondati sulla legalità ma non rispettosi del principio di tipicità”. Nel caso dell'art. 110 c.p. si può dire che un principio di legalità sia minimamente rispettato dalla previsione di un'estensione di responsabilità penale in capo a coloro che concorrono alla realizzazione di un reato; ad essere carente è proprio la tipicità della norma, non altrimenti colmata da un indirizzo giurisprudenziale pienamente soddisfacente.

⁵⁴ Cfr. SEMINARA S., *Tecniche normative*, cit., 1 ss..

⁵⁵ Così, SEMINARA S., *Tecniche normative*, cit., 2, il quale, nell'ambito di questa sua critica alla normativa italiana vigente in materia di concorso, utilizza le parole di MONACO L., *La riforma dell'art. 110*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali*, cit., 122: “la distinzione tra autore e partecipe non è più problema di tipicità del fatto: ammesso che tale distinzione mantenga ancora un significato, la partita si gioca ora su un piano dove istituzionalmente convergono fatto e persona, il piano appunto della commisurazione”. In continuità con tale critica, si veda anche *Relazione 15 luglio 1999, Commissione Grosso per la riforma del Codice penale*, 1° ottobre 1998, cit.: “la maggioranza dei sistemi penali europei prevede una riduzione di pena in favore del complice (Codice tedesco, svizzero, spagnolo, portoghese). Tale soluzione va approvata, giacché consente di articolare le cornici edittali di pena in considerazione del disvalore oggettivo delle condotte concorrenti, mentre la soluzione unitaria ex art. 110 trasferisce la valutazione dei diversi contributi sul piano della commisurazione della pena, realizzando una indebita assimilazione tra il fatto e la personalità dell'imputato, che vale a spiegare anche la desuetudine in cui è caduto l'art. 114 c.p.”.

⁵⁶ Così in SEMINARA S., in *Tecniche normative*, cit., 1 ss., 255 ss., e, parimenti, in *Allegato alla Relazione del 15 luglio 1999, Commissione Grosso*, per la riforma del Codice penale (1° ottobre 1998), sottocommissione: SEMINARA (estensore), *La disciplina del concorso di persone nel reato. I reati associativi*, cit., il quale, spiega come la norma di cui all'art. 110 c.p. presenti un carattere tautologico, in quanto delinea il proprio ambito di applicabilità attraverso una mera ripetizione della rubrica del capo sotto il quale è posta all'interno del Codice. Cfr. anche FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 517 ss., e *Relazione 15 luglio 1999, Commissione Grosso per la riforma del Codice penale*, 1° ottobre 1998, cit.. Celebri le constatazioni di BETTIOL G., *Brevi considerazioni sul problema del concorso di più persone nel reato*, in CNR-CNPDS, *La riforma della parte generale del Codice penale. Concorso di persone nel reato*, s.d., 4 (del dattiloscritto): “Tutto il titolo del concorso di più persone in un reato è passibile di eccezione di incostituzionalità per mancanza di precisione parziale o totale, direi di tassatività”. Degne di nota anche le considerazioni di VASSALLI G., *Sul concorso di persone nel reato*, in STILE A. M. (a cura di), *La riforma della parte generale del Codice penale*, cit., 345 ss.: “l'art. 110 del Codice penale del 1930 è la disposizione più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano, quanto meno nell'ordinamento penale. Essa contraddice in modo flagrante l'art. 25, comma 2°, della Costituzione (norma indubbiamente sopravvenuta, ma tutti sappiamo che a livello costituzionale ciò non conta) nella costante e uniforme interpretazione datavi da dottrina e giurisprudenza, che vogliono che la determinatezza del precetto sia elemento essenziale del principio di legalità”.

puntuale delle condotte punibili e, dall'altro, di attribuire al giudice, in fase di proporzionamento della pena, una discrezionalità illimitata⁵⁷.

Non manca però chi sostiene che le lacune di tipicità, di cui la materia in esame indubbiamente soffre, possano essere efficacemente risolte nell'ambito di un'elaborazione interpretativa, costituzionalmente orientata, da parte di giurisprudenza e dottrina, che impedisca all'istituto in esame di cadere in balia della "mera discrezionalità" e di divenire oggetto di "un'evoluzione ermeneutica di semiosi illimitata o di autopoiesi giuridica"⁵⁸.

Effettivamente, nel corso della vigenza dell'attuale disciplina, un processo interpretativo, com'è inevitabile, ha avuto luogo, ma spesso, in occasione dell'applicazione in concreto dell'art. 110 c.p., si è registrata una prassi giudiziale eccessivamente diffusiva nell'individuazione delle condotte partecipative penalmente rilevanti; infatti, come si legge in Autorevole Manualistica: l'"apparente semplificazione – guadagnata grazie all'adozione del modello indifferenziato – ha per altro verso prodotto un costo tutt'altro che lieve: quello cioè di un'eccessiva dilatazione della responsabilità a titolo di concorso, favorita da una certa tendenza giurisprudenziale a sorvolare sui requisiti oggettivi minimi di una legittima responsabilità concorsuale"⁵⁹. Il ruolo creativo della giurisprudenza così denunciato, accentuato dall'adozione di un modello unitario⁶⁰ ed intensificato in concomitanza con l'emersione, in diversi settori, di obiettive difficoltà nell'accertamento del rapporto causale⁶¹ (su cui si fonda la normativa in materia nel Codice Rocco), consiste essenzialmente nell'"estendere l'area del penalmente rilevante sino a ricomprendere comportamenti che esprimono una generica solidarietà o adesione al fatto realizzato dall'esecutore, al di fuori di qualunque contributo obiettivo alla sua

⁵⁷ Cfr. SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 3; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1758. Sempre SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 246 ss., più avanti nel corso della sua opera, espone come tale discrezionalità sconfinata si manifesti poi nella giurisprudenza di legittimità e, a tal proposito, consiglia la lettura di: Cass. pen., Sez. II, 16 dicembre 1982, *Greco*, in *Cass. pen.*, 1984, 1434; Cass. pen., Sez. II, 11 marzo 1983, *Lonero*, in *Cass. pen.*, 1984, 2189; Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 1982, *Tafi*, in *Cass. pen.*, 1984, 556.

⁵⁸ Così DONINI M., *Il concorso esterno*, cit., 329. Sul ruolo della tipizzazione interpretativa nella gestione della disciplina codicistica del concorso, VASSALLI G., *voce Tipicità*, cit., 538 ss., dopo aver definito l'art. 110 c.p. una "norma priva di tipicità", data "l'assenza di ogni definizione legale del concorso", ammette l'esistenza di un "fenomeno della sostituzione, sia pure imperfetta, di una tipicità di fonte diversa a quella di fonte legale".

⁵⁹ In questi termini, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 517 ss..

⁶⁰ Di tale idea, GRASSO G., *Disciplina normativa*, in STILE A. M. (a cura di), *Le discrasie*, cit., 132.

⁶¹ Cfr. SERENI A., *Verso una nuova disciplina del concorso di persone nel reato*, in STILE A. M. (a cura di), *La riforma della parte generale del Codice penale, la posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, 352.

realizzazione”⁶². Tale pratica giudiziale è stata avvertita con disagio da buona parte della dottrina, la quale ha cercato incessantemente di rimediare alla lacuna di determinatezza della disciplina concorsuale, anche in occasione dell’elaborazione di alcune proposte di novella del capo III⁶³: basti da esempio la Relazione al progetto di riforma elaborato da Grosso⁶⁴, nell’ambito della quale, pur non perseguendosi un abbandono totale del criterio causale⁶⁵, si sostiene che quest’ultimo, come utilizzato dal legislatore del 1930 per l’individuazione delle condotte concorsuali penalmente rilevanti, abbia sortito un effetto indesiderabile, soprattutto per l’aver provocato la formazione di teorie interpretative, consolidate in seno alla corte di Cassazione⁶⁶, come quelle della *causalità agevolatrice e dell’aumento del rischio*, che, non solo

⁶² Così GRASSO G., *Disciplina normativa*, in STILE A. M. (a cura di), *Le discrasie*, cit., 143.

⁶³ Oltre alle indicazioni in FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 518, nota n. 13, per la denuncia di una giurisprudenza troppo creativa in tema di concorso di persone nel reato e la ricerca di un’alternativa normativa, in materia di partecipazione criminosa, maggiormente garantista dei principi costituzionali di legalità e tassatività della legge penale, si vedano anche: SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 257 ss., 438 ss.; *Allegato alla Relazione del 15 luglio 1999, Commissione Grosso*, per la riforma del Codice penale (1° ottobre 1998), sottocommissione: SEMINARA (estensore), *La disciplina del concorso di persone nel reato. I reati associativi*, cit.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub pre-art. 110, 120 ss., 122 ss.; GRASSO G., *Disciplina normativa*, in STILE A. M. (a cura di), *Le discrasie*, cit., 132; DONINI M., *La partecipazione al reato*, cit., 179 ss.; *Relazione della commissione presieduta da Pagliaro A., al progetto di riforma del Codice penale del 1988*, in *Documenti giustizia*, 1992, n. 3, 321; HELFER M., *Il concorso di più persone nel reato*, cit., 249 ss.. Per una ricostruzione dettagliata dei diversi progetti di riforma della disciplina del concorso, si veda RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1760 ss..

⁶⁴ Cfr. *Relazione 15 luglio 1999, Commissione Grosso per la riforma del Codice penale*, 1° ottobre 1998, cit.: “la opzione <<causale>> proposta dal legislatore del 1930 come soddisfacente criterio di tipizzazione delle condotte concorsuali ha dato invece, come era prevedibile, pessima prova di sé. Alla luce di un consolidato orientamento, la Cassazione ha affermato genericamente la punibilità di ogni <<contributo di ordine materiale o psicologico idoneo, con giudizio di prognosi postuma, alla realizzazione anche di una soltanto delle fasi di ideazione, organizzazione o esecuzione dell’azione criminosa posta in essere da altri soggetti>>”. Cfr. anche la *Relazione al Progetto preliminare di riforma del Codice penale, Commissione Grosso*, 12 settembre 2000, in www.giustizia.it, in cui si legge: “fra gli obiettivi primari della riforma si colloca la configurazione di un Codice penale fortemente caratterizzato dalla impronta garantista della tradizione liberal-democratica. Questo obiettivo è stato perseguito innanzitutto prestando grande attenzione alla realizzazione dei principi di tipicità e certezza nella disciplina dei presupposti della responsabilità penale: non soltanto attraverso la enunciazione delle tradizionali norme generali di garanzia (principio di legalità, principio di stretta legalità, irretroattività della legge penale), ma soprattutto attraverso una definizione più tassativa di istituti tradizionalmente affidati ad una ampia discrezionalità giudiziale”.

⁶⁵ Così l’art. 43 del Progetto Grosso, 26 maggio, 2001: “1. Concorre nel reato chiunque partecipa alla sua esecuzione, ovvero determina o istiga altro concorrente, o ne agevola l’esecuzione fornendo aiuto o assistenza causalmente rilevanti per la sua realizzazione. 2. Ciascun concorrente risponde nei limiti della sua colpevolezza. 3. Le disposizioni sul concorso di persone si applicano anche se taluno dei concorrenti non è imputabile o non è punibile per cause personali”.

⁶⁶ Si legga, in particolare, Cass. pen., Sez. I, 12 luglio 1991, n. 7513, in *Riv. Pen.*, 1992, 498, la quale può considerarsi, stando alla *Relazione 15 luglio 1999, Commissione Grosso per la riforma del Codice penale*, 1° ottobre 1998, cit., sintesi delle opzioni teoriche e politico-criminali della Suprema Corte in materia di concorso. Per un’idea sulle tendenze della giurisprudenza di legittimità in materia di applicazione dell’art. 110 c.p., si consulti anche Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 1991, n. 3003, in *Riv. Pen.*, 1992, 76; Cass. pen., Sez. II, 5 aprile 1991, *Cappai*, in *Riv. Pen.*, 1992, 187; Cass. pen., Sez. I, 12 giugno 1991, *Campailla*, in *Riv. Pen.*, 1992, 401 (per l’individuazione della partecipazione di minima importanza, ai fini dell’integrazione della circostanza speciale di cui all’art. 114 c.p.); Cass. pen., Sez. VI, 20 settembre 1991, n. 9818, in *Riv. Pen.*, 1992, 683; Cass. pen., Sez. I, 7 febbraio 1992, n. 1172, in *Riv. Pen.*, 1992, 1085 (per la differenza tra concorso agli effetti dell’art. 110 c.p. e mera connivenza, che nessun contributo arreca alla commissione del reato e pertanto penalmente irrilevante).

non hanno ridotto in modo veramente apprezzabile il margine di indeterminatezza della fattispecie normativa⁶⁷, ma, se possibile, hanno finito per accentuarlo⁶⁸.

In definitiva, pur essendo opportuno tenere a mente le voci di chi ha evidenziato la probabile inesistenza di un metodo veramente efficace di normazione del concorso di più persone nel reato, che azzeri completamente ogni margine di indeterminatezza circa l'individuazione dei contributi atipici e non previamente determinabili, non si crede di poter procedere ad una legittimazione acritica del modello accolto all'art. 110 c.p., non essendo accettabile la disparità che intercorre tra una qualsiasi delle fattispecie criminose monosoggettive, rigidamente ancorate al rispetto di requisiti precisi e ben individuati dalla norma, e la fattispecie del concorso eventuale, così come costruita, nella sua incostituzionale vaghezza, dal legislatore e applicata, in modo eccessivamente lato, dalla giurisprudenza⁶⁹.

⁶⁷ Il principio di determinatezza, infatti, è prescrizione che vincola certamente il legislatore, ma anche il giudice, fungendo da ostacolo insormontabile nell'attività interpretativa delle norme e assicurando che queste non vengano alterate nella loro fisionomia descrittiva e sostanziale, ma anche imponendo, di fronte a disposizioni potenzialmente contrastanti con tale principio costituzionale, un'interpretazione che riduca il margine di indeterminatezza della fattispecie: in questo senso, GRASSO G., *Disciplina normativa*, in STILE A. M. (a cura di), *Le discrasie*, cit., 132.

⁶⁸ La teoria della *causalità agevolatrice* postula che il contributo causale dei singoli concorrenti non debba per forza configurarsi come necessario e insostituibile, essendo sufficiente che la condotta partecipativa apporti una maggiore utilità o sicurezza rispetto al risultato finale, o che perlomeno agevoli o faciliti quest'ultimo: cfr. GRASSO G., *Disciplina normativa*, in STILE A. M. (a cura di), *Le discrasie*, cit., 133; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 564. In particolare, quest'ultimo definisce la *causalità agevolatrice* un non senso concettuale: "la causalità non causante è una non causa".

La dottrina dell'*aumento del rischio*, invece, sostituisce la causalità effettiva, cioè la concreta determinazione causale del reato, verificata tramite un giudizio causale *ex post*, con una mera idoneità, accertata con un giudizio di prognosi postuma di tipo probabilistico, a contribuire alla realizzazione del fatto rilevante. Cfr., sul punto, GRASSO G., *Disciplina normativa*, in STILE A. M. (a cura di), *Le discrasie*, cit., 134. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 564 ss., rileva come tale teoria, ricercando il suo fondamento nell'art 56 c.p. sul delitto tentato, finisca per configurare un *tentativo di partecipazione*, che il nostro ordinamento penale non ammette.

⁶⁹ Tali voci appartengono principalmente a *Relazione della commissione presieduta da Pagliaro A., al progetto di riforma del Codice penale del 1988*, cit., 322, il quale, quasi "mettendo le mani avanti" nella presentazione del suo progetto di riforma del Capo III, ricorda che "[...] occorre tener presente che la tipizzazione della condotta concorsuale, dovendo necessariamente basarsi sul riferimento al modo con cui si è contribuito alla realizzazione di un fatto di reato, assunto nella sua massima astrazione, incontra un limite di connotazione strutturale che è, per così dire, nella natura stessa delle cose"; nonché a SEMINARA S., *Tecniche normative*, cit., 257, il quale, all'esito di una prima indagine comparatistica in materia di rapporto tra determinatezza e discrezionalità giudiziale in materia di concorso di più persone nel reato, conclude dimostrando "l'inesistenza di un modello legislativo in grado di evitare una descrizione delle condotte di complicità morale o materiale realmente priva di una valvola di apertura predisposta per ricomprendere i contributi più atipici e insuscettibili di una previa definizione; in questo senso, occorre ammettere che la disciplina del reato concorsuale non può mai aspirare a raggiungere un livello di tassatività tale da realizzare pienamente <<l'esigenza di garantire la certezza della legge penale>> [...]", ma continua sostenendo l'esigenza di una non meno necessaria, per quanto concettualmente complessa, riforma dell'art. 110 c.p., che introduca in esso una tipizzazione delle forme di partecipazione nel reato.

3. Requisiti strutturali del concorso di persone: a) pluralità di agenti.

Poiché, nell'introdurre nel nostro sistema un modello indifferenziato di responsabilità di tutti i concorrenti, il Legislatore dell'art. 110 c.p. non ha chiarito né cosa debba intendersi per *reato*, né come si configuri il *concorso* di più persone nel medesimo reato, la dottrina ha supplito al silenzio della legge⁷⁰ postulando che la fattispecie plurisoggettiva eventuale trovi concretizzazione al ricorrere di alcuni presupposti fondamentali, che si manifestano tanto sul piano oggettivo, quanto su quello soggettivo⁷¹.

Sul piano oggettivo, gli elementi che la norma di apertura del Capo III richiede per l'integrazione di una situazione di concorso, sono: *a)* la pluralità di soggetti agenti (art. 110 c.p.: "quando *più persone* [...]"); *b)* l'effettiva messa in atto, da parte di taluno dei concorrenti, dell'elemento oggettivo di un reato, conforme ad una fattispecie monosoggettiva ovvero plurisoggettiva necessaria (art. 110 c.p.: "[...] concorrono *nel medesimo reato* [...]"); *c)* un contributo obiettivamente rilevante alla realizzazione del reato comune, o del tentativo di un reato, da parte di ciascuno dei partecipanti (art. 110 c.p.: "[...] *concorrono* [...]")⁷². Tali elementi, che subiranno di seguito un'analisi individuale, sono in realtà da intendersi unitariamente come

⁷⁰ Di questa opinione, LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone*, cit., 576.

⁷¹ Contrario alla scomposizione dei quattro requisiti strutturali del concorso in tre categorie di carattere oggettivo ed una di natura soggettiva, LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone*, cit., 576 ss., il quale ritiene che tale metodo limita la tipicità del fatto soltanto alla parte oggettiva di esso ed esprime una concezione causale, da tempo superata dalla dottrina penalistica, che orienta l'interpretazione di tutta la disciplina del concorso, trascurando l'importanza essenziale che ha, già nella determinazione del fatto, l'elemento psicologico nella duplice forma del dolo e della colpa. Come correttamente ricorda PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 469, gli elementi essenziali della fattispecie concorsuale, ricavabili dalla disposizione di cui all'art. 110 c.p., sono da intendersi, com'è ovvio, aggiuntivi rispetto a quelli "mutuabili" dalla singola fattispecie incriminatrice di parte speciale di volta in volta in rilievo.

⁷² Per l'enunciazione e l'analisi dei requisiti strutturali della fattispecie concorsuale eventuale, si vedano: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 558 ss.; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 401 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 522 ss.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 136 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 558 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 342 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 469 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1766 ss.; *Atti della commissione ministeriale*, cit., 93 ss. L'impostazione esposta è condivisa dalla Dottrina prevalente, poiché consente di ricostruire la struttura della partecipazione criminosa sulla base dei principi generali in materia di reato. Concorde è anche la costante giurisprudenza di legittimità, la quale afferma che la struttura unitaria del concorso di persone è integrata quando sussistano due condizioni: una oggettiva, per cui tra gli atti deve sussistere una connessione causale rispetto all'evento; l'altra soggettiva consistente nella consapevolezza di ciascuno del collegamento finalistico dei vari atti posti in essere. Si veda in tal senso, tra le altre, Cass. pen., Sez. IV, 4 dicembre 1996, *Famiano*, in *Cass. pen.*, 1998, 664; Cass. pen., Sez. I, 4 luglio 1987, n. 8084, cit.. Diversamente, BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 499 ss., classifica i requisiti in una bipartizione in cui elemento oggettivo sarebbe il soddisfacimento del criterio di causalità, in presenza di un comportamento che sia rilevante sotto il profilo causale ed elemento soggettivo si atterrebbe in modo diverso a seconda che si tratti di concorso doloso o colposo.

compenetranti e reciprocamente necessari: per esempio, l'individuazione di una moltitudine di concorrenti avviene molto spesso proprio grazie all'apprezzamento del contributo fornito da ciascuno di essi nell'ambito del perfezionamento del fatto tipico⁷³.

Sul piano soggettivo, invece, ad essere decisiva ai fini della rilevanza penale dell'opera dei compartecipi, è la presenza, in almeno uno dei concorrenti, di una volontà, o anche solo di una consapevolezza, di cooperare con gli altri nella realizzazione del fatto tipico⁷⁴.

Per quanto attiene al primo e più intuitivo requisito⁷⁵, che rimanda al concetto stesso di compartecipazione criminosa, cioè quello della necessaria presenza di una pluralità di soggetti agenti, esso richiede che il reato venga commesso da un numero di individui superiore a quello che la legge incriminatrice ritiene necessario per l'esistenza del reato: nei reati costruiti secondo lo schema normativo della fattispecie monosoggettiva, dunque, saranno necessari e sufficienti almeno *due* soggetti; il concorso in un reato plurisoggettivo, invece, può essere integrato da uno o più agenti che pongano in essere condotte atipiche rispetto a quelle individuate dalla norma di parte speciale violata⁷⁶.

Estranee a tale elemento costitutivo dell'istituto in esame sono le eventualità in cui uno, più o tutti i concorrenti siano non imputabili ovvero non punibili per mancanza di dolo o colpa o per la presenza di una scusante ovvero di un'immunità o di una causa di esclusione della pena: infatti, il requisito della pluralità richiesto dall'art. 110 c.p. ben si distingue dal concetto di punibilità. In questo senso, in accordo con prevalente Dottrina, si può affermare, al contempo, che *chiunque* cooperi con altri nella commissione di un fatto penalmente rilevante, può assumere la veste del concorrente e, anche, che ben può sussistere concorso di persone nel reato quando

⁷³ L'esempio si deve a GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 137.

⁷⁴ Cfr. *Relazione del Guardasigilli*, cit., 171, che parla di *scientia maleficii*, negando la sua perfetta coincidenza con il dolo, come di una "consapevolezza di concorrere, con la propria azione, all'azione altrui". BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 504, aggiunge che, "[...] nell'ipotesi di partecipazione dolosa il partecipe, oltre alla coscienza di accedere all'azione altrui, deve rappresentarsi e volere l'evento delittuoso finale". Cfr. anche COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403.

⁷⁵ Requisito intuitivo però, come correttamente sottolinea RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub art. 110, 490, solo *apparentemente* lapalissiano.

⁷⁶ Di quest'idea MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 558. Si consideri anche COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 402, il quale distingue l'ipotesi di *concorso necessario proprio*, laddove è necessario che concorrano ulteriori soggetti rispetto a quelli necessari, da quella di *concorso necessario improprio*, dove è sufficiente, a determinate condizioni, un contributo ulteriore rispetto a quello necessario non punibile del concorrente.

qualcuno dei concorrenti, ovvero ciascuno di essi, sia non punibile⁷⁷; infatti, “essere partecipe non è la stessa cosa che essere responsabile per concorso. La responsabilità è l’obbligo di subire le conseguenze giuridiche del reato: e può non ricadere su tutti i partecipi”⁷⁸. Il fondamento normativo di tali affermazioni si ritrova, con poco sforzo interpretativo, negli articoli 112, ultimo comma e 119 c.p.⁷⁹. In particolare, la prima disposizione⁸⁰ riconosce pacificamente la qualità di concorrenti ai soggetti non imputabili (al pari di quanto facilmente si desume dall’art. 111 c.p., il quale dispone un aumento di pena, rispetto a quella prevista per il reato commesso per sua causa, per colui che ha determinato una persona non imputabile ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, a commettere un reato⁸¹) e ai soggetti non punibili, con una formula, per il caso di questi ultimi, da intendersi, rispetto all’art. 111 c.p., nella sua accezione più ampia, ricomprendendo anche ipotesi in cui la non punibilità discende da ragioni attinenti alla colpevolezza⁸². Allo stesso modo, ammette la sussistenza del concorso criminoso a prescindere dalla non imputabilità o la non punibilità per qualità personali del reo o per una causa di esclusione della colpevolezza di qualcuno dei concorrenti, l’art. 119 c.p.⁸³ il quale, stabilendo il

⁷⁷ A riguardo, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 558, sostiene che: “ogni persona che coopera materialmente alla commissione di un reato, può assumere la veste del concorrente ed il concorso può esistere anche tra persone non tutte punibili o tutte non punibili”. Analogamente, COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 522; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 137; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 342; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 470 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1767; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 559 ss.. In *Atti della commissione ministeriale*, cit., 94 si parla di *concorso apparente* per i casi in cui taluno dei concorrenti sia non punibile o non imputabile: “se più siano i soggetti attivi del reato, ma questi, tranne uno siano non imputabili o non punibili, non si avrà che un concorso apparente. Il soggetto non imputabile o non punibile non esiste giuridicamente, cioè non è un soggetto agli effetti del rapporto di diritto penale sorto dal reato, onde se questo sia stato commesso da due persone, una delle quali versi in condizioni di non imputabilità o sia non punibile, dovrà dirsi giuridicamente che è stato commesso da una persona sola. L’art. 108 (attuale art. 111 c.p.) stabilisce infatti che del reato commesso da una persona non imputabile o non punibile, che vi sia stata determinata da persona imputabile e punibile, risponde soltanto quest’ultima, e la sua responsabilità è aggravata con un aumento di pena”. Cfr. altresì Cass. pen., Sez. I, 20 ottobre 1984, *Adinolfi*, in *Cass. pen.*, 1985, 12, 2223; Cass. pen., Sez. V, 12 aprile 1983, n. 4418, in *Riv. pen.*, 1984, 162 ss..

⁷⁸ Così: BATTAGLINI G., *Diritto penale, teorie generali*, Bologna, 1937, 262.

⁷⁹ Concordemente, DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in PALAZZO F. - PALIERO C.E. (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, vol. II, Torino, 2011, 161.

⁸⁰ Art. 112, ultimo comma, c.p.: “gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1, 2 e 3 di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile”.

⁸¹ Art. 111, comma 1°, c.p.: “chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso, e la pena è aumentata”.

⁸² Riflessione, questa, rinvenibile in GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 137 ss. Cfr. anche COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 402; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 522.

⁸³ Art. 119, comma 1°, c.p.: “Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono”.

principio per cui le “circostanze soggettive che escludono la pena” si applicano solo al compartecipe a cui si riferiscono, conferma quanto risultante dalla lettura delle precedenti disposizioni⁸⁴.

Da tali considerazioni si nota agevolmente come nel nostro sistema penale non possa accogliersi la figura dell'*autore mediato*, elaborata dalla dottrina e dalla prassi giurisprudenziale di lingua tedesca per l'esigenza di colmare una lacuna repressiva originata dall'adozione di un sistema di tassatività delle ipotesi di concorso, combinata con l'adesione ad una concezione di accessorietà estrema, che riguardava i casi di determinazione⁸⁵ al reato di un soggetto incapace o di persona tratta in inganno o costretta alla commissione di un fatto tipico con violenza o minaccia (si parla, a riguardo di c.d. *strumenti, passivi o dolosi*⁸⁶), i quali non erano sussumibili né nelle fattispecie monosoggettive, per difetto di tipicità, né nelle previsioni concorsuali, a causa dell'assenza di una condotta principale da cui far dipendere la rilevanza della condotta atipica di cooperazione⁸⁷. Tale ipotesi, nel nostro ordinamento, viene indubbiamente assorbita dalla disciplina del concorso di persone nel reato, non essendoci alcuna difficoltà nel qualificare, alla stregua di concorrenti, soggetti non punibili o non imputabili e venendo, dunque, meno quella difficoltà di incriminazione che preoccupava il sistema tedesco⁸⁸, non essendo richiesta nessuna

⁸⁴ Ancora, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 138 ss.

⁸⁵ In merito alla condotta di determinazione di taluno alla commissione di un reato, si veda, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. VI, 13 gennaio 2013, n. 21913, in *DeJure*, in cui si legge che per l'integrazione del ruolo di determinatore, “non è sufficiente una semplice richiesta, sollecitazione o istigazione verso colui che del fatto-reato tipico, occorrendo invece che la condotta dell'agente <<determinatore>> abbia fatto insorgere nel <<determinato>> un'intenzione criminosa prima inesistente”. Analogamente cfr. anche: Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 38107, in *DeJure*.

⁸⁶ L'espressione di *strumento passivo* si usa per il caso in cui la persona determinata da altri alla commissione di un reato si trovi in uno stato di incapacità di intendere e di volere al momento del fatto; *strumento doloso* è, invece, chi ponga in essere una fattispecie criminosa sotto costrizione altrui ma in condizioni di perfetta capacità naturale. Per l'uso di tale terminologia, si leggano: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 559 ss.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 139 ss. In *Atti della commissione ministeriale*, cit., 94, per il caso di non imputabilità, si afferma (corsivo nostro): “[...] la persona che si trovi in tale condizione (di non imputabilità) è soltanto un mezzo, uno *strumento* manovrato dalla volontà cosciente dell'altro soggetto imputabile”. Secondo BATTAGLINI G., *Diritto penale*, cit., 264, la figura dello strumento doloso altro non sarebbe che frutto di fantasia.

⁸⁷ Per considerazioni in tema di teoria dell'autore mediato, si vedano, tra gli altri, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 138 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 558 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1767 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 358 ss.; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub art. 110, 490 ss. Per una ricostruzione storica dell'origine della figura dogmatica, nell'ordinamento tedesco, cfr. SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 125 ss.; DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva*, cit., 36 ss.

⁸⁸ Di questo orientamento è GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 138 ss., il quale continua offrendo conferma dell'adeguatezza del sistema di classificazione dei casi di autoria mediata come fattispecie concorsuali, anche dal punto di vista sanzionatorio: infatti, l'applicazione delle

“forzatura delle fattispecie monosoggettive con la considerazione quale autore delle stesse [...] di chi non ne sia l'autore materiale”⁸⁹. Secondo Mantovani, infatti, la teoria tedesca non può trovare ingresso nel nostro sistema penale, per quattro ragioni: una di inammissibilità, poiché si fonda in realtà “su un’«occulta» analogia in *malam partem* della norma incriminatrice di parte speciale”; una di inutilità pratica, perché le suddette norme incriminatrici “già espressamente sanciscono che del reato risponde non l’esecutore materiale, ma chi si è servito di lui”; una di superamento sistematico, dal momento che nei casi in esame “il soggetto risponde non quale autore mediato, ma come concorrente alla stregua dell’onnicomprendente art. 110 ed è sottoposto alla disciplina del concorso (es.: art. 115) e, in particolare, alle aggravanti previste dal Codice [...]”; e l’ultima di incompatibilità, come si diceva, con gli articoli 111, 112, comma 4° e 119 c.p., per l’appunto collocati nel capo sul concorso, da cui si ricava la riconducibilità delle ipotesi di autoria mediata all’interno dell’ambito applicativo dell’istituto della compartecipazione criminosa⁹⁰.

Secondo qualcuno, addirittura, la teoria dell’autore mediato andrebbe respinta, prima ancora che dal un punto di vista sistematico, dal punto di vista logico, essendo questa viziata da un’*insanabile contraddizione*: infatti, se l’azione dell’esecutore è penalmente rilevante, il suo significato penalistico non può essere annullato dalla condizione di non punibilità che affligge colui che l’ha posta in essere, potendo benissimo essere presa in considerazione ai fini della ricostruzione del fatto di reato in chiave partecipativa; se, al contrario, manca un’attività penalmente rilevante, per assenza di coscienza e volontà, come nei casi di coazione fisica o psicologica (per esempio il soggetto costretto a commettere il fatto tipico con violenza o minaccia), questa non potrà che essere riferita “direttamente all’*Hintermann*, da considerare come autore vero e proprio e non come autore mediato”⁹¹.

circostanze aggravanti di cui agli articoli 111 e 112 c.p., garantisce un trattamento più rigido rispetto a quello che si avrebbe sottraendo tali ipotesi alla disciplina del concorso e riportandole a quella della reità mediata. In merito anche: MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 558 ss.; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 402 ss.; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 559 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 523.

⁸⁹ Così COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403.

⁹⁰ In questi termini si esprime MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 559 ss., secondo il quale darebbero prova di ciò l’art. 111 c.p., norma espressamente riferibile a un caso di determinazione di persona non imputabile o non punibile al reato, per il solo fatto di essere collocato nel capo III, dedicato alla disciplina del concorso di persone; l’art. 112 c.p., in quanto da questo si ricava che anche il soggetto non imputabile e non punibile può concorrere nel reato; l’art. 119 c.p. dal quale si desume che concorrenti possono essere anche persone non punibili per mancanza di dolo, oltre che di imputabilità.

⁹¹ L’osservazione si deve a GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 140.

Perciò, tutti i casi di autoria mediata espressamente regolati nel Codice penale agli articoli 111, 86, 46, 54, comma 3° e 48⁹² – che prevedono le ipotesi di *i*) determinazione di persona non imputabile o non punibile (art. 111 c.p.); *ii*) determinazione in altri di uno stato di incapacità di intendere o di volere (art. 86 c.p.); *iii*) costringimento con violenza fisica o con minaccia (rispettivamente, articoli 46 e 54, ultimo comma, c.p.); *iv*) induzione in inganno (art. 48 c.p.), al fine di far commettere un reato, poi effettivamente commesso – i quali, in assenza delle disposizioni specifiche ad essi dedicati, sarebbero sistematicamente ricompresi nella disciplina concorsuale, ma che se ne differenziano per la previsione di alcuni elementi che attingono alla modalità di determinazione del fatto, debbono intendersi, in accordo con prevalente Dottrina, come *ipotesi speciali di concorso criminoso*, la cui norma incriminatrice non si ravvisa nell'art. 110 c.p., ma nell'innesto delle singole disposizioni in esame con le norme incriminatrici di parte speciale⁹³.

La giurisprudenza, invece, non è univoca sul punto, perché talora riconduce alcuni di questi casi all'istituto del concorso di persone, altre volte utilizza la nozione di autore mediato, escludendo la configurabilità del concorso, e altre volte ancora utilizza la nozione di autore mediato senza però trarre da tale conclusione alcuna conseguenza in ordine all'applicabilità delle norme sul concorso di persone in funzione di disciplina⁹⁴.

Infine, non rientra nella disciplina del concorso di persone nel reato il caso in cui la vittima realizza, interamente o in parte, il processo esecutivo del reato di cui è al contempo soggetto passivo (esempio è il caso in cui Tizio induca Caio a ingerire una

⁹² Oltre a questi, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 559, annovera anche l'art. 51 c.p. che, nell'ambito di disciplina della fattispecie di *esercizio di un diritto o adempimento di un dovere*, prevede, rispettivamente, ai commi 2° e 4°, che “se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine” e “non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine”.

⁹³ In questi termini, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 141. Concordemente, anche COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 523; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 559 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1768; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 359; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub art. 110, 491. Il riconoscimento della natura concorsuale delle ipotesi individuate, secondo GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 142, “[...] ha come conseguenza la loro assoggettabilità alle disposizioni concorsuali in funzione di disciplina, sempre che dall'analisi delle singole fattispecie non si ricavi un'indicazione in senso opposto”.

⁹⁴ Così rileva RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1768, riportando alcuni casi meritevoli di considerazione, tra cui Cass. pen., Sez. VI, 2 marzo 1981, *Ferrero*, *Cass. pen.*, 1982, 925; Cass. pen., Sez. V, 20 aprile 1983, *Farina*, in *Riv. pen.*, 1983, 920; Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2001, *Perfetto*, in *Cass. pen.*, 2002, 10, 3091; Cass. pen., Sez. V, 17 ottobre 2001, n. 45208, in *Riv. pen.*, 2002, 1, 216 ss..

sostanza velenosa, convincendolo che si tratti di un medicinale benevolo⁹⁵): in tale situazione, stante l'incompatibilità logica e giuridica tra concorrente e soggetto passivo, non può individuarsi un'ipotesi di esecuzione frazionata né tantomeno un caso riconducibile all'art. 48 c.p., di induzione al reato tramite inganno, poiché quest'ultimo richiede che il fatto del *deceptus* costituisca già reato e il suicidio, nel nostro ordinamento, non è sanzionato penalmente. Pertanto, si ritiene che tale caso debba inquadrarsi nell'ambito della fattispecie monosoggettiva di volta in volta applicabile, in questo caso, l'art. 575 c.p.⁹⁶.

3.1 segue: b) realizzazione di un fatto di reato.

Perché si verifichi una situazione di compartecipazione criminosa è inoltre necessario, per la natura stessa dell'istituto del concorso di persone, appunto, *nel reato*⁹⁷, che almeno uno dei partecipi (ovvero ciascuno di essi, ovvero tutti quanti insieme)⁹⁸ ponga in essere una o più azioni od omissioni che integrino una fattispecie oggettiva prevista da una norma incriminatrice di parte speciale⁹⁹. Applicando alla disciplina del concorso, nella sua sterile

⁹⁵ L'esempio, di scuola, è riportato in MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 560; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 144 e SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 358.

⁹⁶ Così GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 144; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 560; SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 358; PEDRAZZI C., *Il concorso di persone*, cit., 65 ss., il quale dice, in riferimento all'esempio preso in considerazione, che la condotta della vittima "non si inserisce come fatto penalmente rilevante tra l'attività anteriore del terzo e l'evento; senza che d'altro canto, per difetto di consapevolezza, la si possa riguardare come espressione personalissima e sovrana della vittima, ciò che la porrebbe su di un piano inaccessibile ai terzi". Diversamente, propende per la configurabilità dell'esecuzione frazionata, in cui l'offesa tipica si completa attraverso l'obiettività del fatto realizzato dalla vittima e il dolo dell'altro soggetto, GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso*, cit., 76. LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone*, cit., 91, invece, ritiene possa ricostruirsi come una responsabilità risultante dall'innesto dell'art. 48 c.p. e la fattispecie monosoggettiva che si è concretizzata: "[...] se taluno istiga altri al suicidio e costui si toglie la vita, l'istigatore risponderà ai sensi dell'art. 580 (istigazione al suicidio); ma se taluno, volendo liberarsi di un suo concorrente, lo invita a prepararsi da solo un caffè sapendo che nel recipiente è contenuto del veleno, risponderà della morte non più a norma dell'art. 580 ma a titolo di omicidio doloso (artt. 48 e 575)".

⁹⁷ Il riferimento è all'osservazione di ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 561, per cui: "anche la necessità che taluno dei concorrenti abbia posto in essere l'elemento oggettivo di un reato deriva dalla natura stessa della compartecipazione criminosa. Come potrebbe parlarsi di concorso nel reato, se di questo mancasse il requisito essenziale? Affinché vi sia, quindi, il concorso delittuoso, occorre che almeno uno dei soggetti, e precisamente l'autore *stricto sensu*, abbia realizzato il fatto materiale che è descritto nella norma incriminatrice".

⁹⁸ In questi termini, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 144. Per l'indifferenza della distribuzione delle condotte tra i concorrenti, di cui di seguito, cfr. altresì MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 561; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 523.

⁹⁹ Sul punto, cfr. LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 561: "la commissione di un reato funziona così, nel sistema della nostra legge penale, da presupposto indispensabile per la punibilità delle attività di partecipazione al reato mediante accordo o istigazione [...]". Sull'enunciazione del requisito fondamentale della realizzazione di un fatto di reato, si vedano anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*,

formulazione codicistica, i principi generali che informano tutto il sistema penale italiano¹⁰⁰, si ritiene che non sia necessario che il fatto di reato risultante dalla collaborazione giunga a consumazione e che il bene giuridico tutelato dalla norma penale violata venga conseguentemente leso, essendo sufficiente che questo venga messo in pericolo e che quindi la realizzazione comune dei compartecipi si traduca in atti *idonei, diretti* in modo *non equivoco* a commettere un delitto; pertanto, è richiesto che i concorrenti perfezionino, almeno, gli estremi oggettivi del tentativo¹⁰¹. In questo modo si ammette, e anzi si prevede, il caso di *concorso di persone in un delitto tentato* ma non è, al contrario, configurabile l'ipotesi di *tentativo di concorso*, cioè un atto di partecipazione (per esempio, un accordo criminoso o un'istigazione, anche accolta) non seguito dalla commissione del reato (consumato o tentato) da parte di almeno uno dei concorrenti¹⁰².

Il fondamento normativo dell'esigenza minima che siano integrati almeno gli elementi essenziali del delitto tentato, già evincibile dall'art. 110 c.p.¹⁰³, si ricava dall'art. 115 c.p.¹⁰⁴, secondo il quale, salvo che la legge disponga altrimenti, in ipotesi speciali di incriminazione di cui di seguito, non è punibile il solo fatto dell'accordo tra due o più persone, ovvero dell'istigazione, sia questa stata accolta o meno, allo scopo di commettere o di far commettere un reato, quando questo non sia poi commesso¹⁰⁵. Nondimeno, i

cit., 561 ss.; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 523 ss.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 144 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 561; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 342 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1768 ss..

¹⁰⁰ In merito, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 561, ritiene che il rilievo per cui per aversi concorso di persone è necessario che almeno uno dei soggetti debba porre in essere gli estremi oggettivi di un tentativo, non è che "una conseguenza del sistema del diritto vigente, per il quale [...] non è soggetto a pena qualsiasi atto con cui si manifesti esteriormente il proposito di compiere un illecito penale, ma solo l'atto idoneo che è diretto in modo non equivoco a realizzarlo. Finché un tale atto non sia compiuto, siamo fuori dalla sfera della punibilità". Sull'utilizzo dei principi generali nell'interpretazione della disciplina del concorso, cfr. altresì: FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 524; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 145.

¹⁰¹ A riguardo si esprimono: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 561 ss.; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 523 ss.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 144 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 342 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1768.

¹⁰² Cfr. COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 145; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 567; DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in PALAZZO F. - PALIERO C.E. (diretto da), *Trattato*, cit., 163 ss..

¹⁰³ Così secondo COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403.

¹⁰⁴ Art. 115 c.p.: "Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo. Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza. Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se l'istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso. Qualora l'istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misure di sicurezza".

¹⁰⁵ Sul punto, cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 562; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 524; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 145;

commi 2° e 4° della stessa disposizione, prevedono la possibilità per il giudice di applicare misure di sicurezza ai casi di accordo o istigazione a realizzare o far realizzare un *delitto*, pure quando questo non sia portato a termine né tentato, in considerazione dell'indice di pericolosità sociale che tali principi di partecipazione criminosa rivelano; pertanto, anche in questi casi, si parla di ipotesi di *quasi reato*, al pari della fattispecie di *reato impossibile* di cui all'art. 49, commi 2° e 4° c.p.¹⁰⁶, cioè di fatti che non costituiscono reato, e quindi non punibili con sanzione penale, ma a cui si può applicare una misura di sicurezza, "in ragione della pericolosità dell'agente, quale apertura al diritto penale d'autore"¹⁰⁷.

La clausola di salvezza che apre l'art. 115 c.p. ("salvo che la legge disponga altrimenti [...]"), invece, si riferisce alle fattispecie incriminatrici, previste nel nostro ordinamento, che concernono le ipotesi specifiche in cui già il semplice accordo o la mera istigazione, pure non accolta, sono elevate ad autonome figure di reato, in presenza di interessi considerati dal legislatore meritevoli di particolare protezione, soprattutto con riguardo all'ambito dei delitti contro la personalità dello Stato e quelli contro la pubblica amministrazione: per esempio, si punisce l'istigazione non accolta agli articoli 414 (istigazione a delinquere), 322 (istigazione alla corruzione) e 302 c.p. (istigazione a commettere delitti non colposi contro la personalità internazionale e interna dello stato sanzionati con la reclusione o l'ergastolo); il mero accordo, invece, pur non seguito dalla commissione del reato cui fa riferimento il progetto criminoso, è penalmente rilevante, ad esempio, nelle ipotesi di cospirazione politica mediante accordo o associazione (articoli 304 e 305 c.p.), banda armata (art. 306 c.p.), associazione sovversiva (art. 270 c.p.)¹⁰⁸.

In linea di principio, salvo il caso di taluni reati propri¹⁰⁹, non ha importanza né il ruolo che ciascun partecipe riveste nella messa in pratica degli elementi oggettivi che

PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 342; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 469; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub art. 110, 491. Cfr. anche *Relazione del Guardasigilli*, cit., 172.

¹⁰⁶ Art. 49, comma 1°, c.p.: "La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso."; comma 4°: "Nel caso indicato nel primo capoverso, il giudice può ordinare che l'imputato prosciolto sia sottoposto a misura di sicurezza".

¹⁰⁷ Testualmente, COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403. Sul punto, cfr. anche ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 563; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub art. 110, 491.

¹⁰⁸ Sul punto cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 561; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 524; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub art. 110, 491. Secondo COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 403, si punisce il mero accordo, anche se non seguito dalla realizzazione del reato, anche nel delitto di collusione previsto dall'art. 3, l. 1383/1941, che sanziona penalmente l'accordo tra il finanziere e il terzo a commettere una frode fiscale e nel caso di accordo per la cessione di sostanze stupefacenti, previsto come condotta alternativa dall'art. 73, d.P.R. 309/1990.

¹⁰⁹ Cui fa riferimento PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343 e 356 ss., ma che non verranno considerati nello specifico in questa sede.

compongono il fatto tipico né la distribuzione tra i compartecipi dell'attività tipica prevista dalla fattispecie monosoggettiva: questa può essere posta in essere integralmente da uno solo (è il caso, per esempio, di un mandante di omicidio e il suo esecutore), taluno oppure ciascuno dei concorrenti (per esempio, un omicidio realizzato congiuntamente da più persone, ciascuna delle quali inferisce un colpo sufficiente a cagionare la morte), ovvero può essere distribuita, secondo la modalità di c.d. *esecuzione frazionata*, tra alcuni o tutti i compartecipi (restando nell'ipotesi di omicidio, il caso in cui più soggetti infliggano ferite che risultano letali solo nel loro insieme)¹¹⁰.

La dottrina si divide sulla questione di che cosa debba intendersi per *reato* necessario e sufficiente per integrare una situazione di concorso di persone¹¹¹: essendo pacifico che per la sussistenza della partecipazione criminosa non sia imprescindibile la presenza di un fatto colpevole, così come si evince dalla lettura combinata degli articoli 112, ultimo comma e 119 c.p. nel senso esposto sopra, secondo la quale anche tutti i concorrenti possono essere non punibili¹¹²; il punto di separazione riguarda l'interpretazione dell'art. 119, comma 2°, riguardo alla doverosità o meno che il fatto richiesto dall'art. 110 c.p. sia tipico ovvero tipico e anche antiggiuridico. Secondo alcuni, il primo capoverso dell'art. 119 c.p., secondo il quale "le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato", andrebbe inteso nel senso che la sussistenza di una causa di giustificazione escluderebbe il concretarsi di un concorso di persone nel reato, il quale, dunque, per esistere, richiederebbe un fatto tipico ed antiggiuridico¹¹³. Secondo altri, invece, la conclusione da trarre dall'art. 119, comma 2°, andrebbe in senso totalmente opposto a quello sopra prospettato: secondo tale impostazione, la disposizione in esame non escluderebbe l'esistenza di un concorso di persone nel reato quando opera una causa di giustificazione, ma, piuttosto, la presupporrebbe. Le

¹¹⁰ Sul punto, cfr. COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 404; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 523. Gli esempi tra parentesi si devono a PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343.

¹¹¹ Per una ricostruzione della diatriba dottrinale sul concetto di reato ai sensi della disciplina sul concorso di persone, si vedano GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 145; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1768 ss..

¹¹² Si esprimono in tal senso: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 561; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 404; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 145.

¹¹³ Di questa idea, per esempio, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 562, il quale afferma che "per l'esistenza del concorso delittuoso basta che l'autore abbia realizzato un fatto che non è punibile esclusivamente per cause soggettive. [...] la punibilità dei semplici partecipanti [...] è subordinata alla condizione che l'autore abbia realizzato un fatto punibile o per lo meno un fatto che sarebbe punibile, se non facesse difetto un requisito soggettivo".

esimenti, cioè, si comunicano a tutti i concorrenti proprio perché “sono concorsi nel reato”, e quindi si sono integrati gli estremi di un concorso. Questa parte di dottrina, pertanto, esclude che la sussistenza di un concorso di persone nel reato richieda la realizzazione di un fatto, non solo tipico, ma anche antiggiuridico¹¹⁴. C’è anche chi ha risolto la disputa sulla portata dell’art. 119, comma 2°, ritenendola solo apparente, riconoscendo la distinzione intercorrente tra le situazioni, diverse e non sempre sovrapponibili, da una parte, di un concorso di persone e, dall’altra, di un concorso punibile. Nel primo caso sarebbe sufficiente un fatto conforme al modello legale, cioè tipico; nel secondo, invece, è necessario che il fatto sia dotato, oltre che di tipicità, anche di antiggiuridicità¹¹⁵.

Infine, il momento consumativo della fattispecie concorsuale, che coincide con il compimento del reato o con la definitiva cessazione degli atti di tentativo, segna il limite cronologico del concorso di persone nel reato: le condotte successive a tale confine temporale non hanno rilievo per la configurazione di una responsabilità a titolo di partecipazione criminosa. Quest’ultima, infatti, non può verificarsi *post patratum crimen*, essendo rilevanti esclusivamente le condotte concomitanti e antecedenti che hanno contribuito causando o agevolando il fatto concorsuale¹¹⁶. Pertanto, non esiste nel nostro ordinamento la complicità successiva¹¹⁷ e, dunque, non sono pertinenti con la compartecipazione nel reato le condotte di semplice

¹¹⁴ Così COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 404; PEDRAZZI C., *Il concorso di persone*, cit., 66, il quale esordisce molto puntualmente, sostenendo che “non solo la colpevolezza, ma neppure l’antigiuridicità del fatto principale può dirsi *conditio sine qua non* della partecipazione”; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 145 ss., il quale offre un esempio particolarmente chiarificatore: “[...] se A e B si introducono nella casa di C e sottraggono alcuni oggetti appartenenti a quest’ultimo e se C ha espresso in precedenza il proprio consenso a che A si impossessi degli oggetti in questione, per sapere se la causa di giustificazione di cui all’art. 50 possa operare anche nei confronti di B, ai sensi dell’art. 119, comma 2°, è necessario accertare se sussista un’ipotesi di concorso di persone (che nel caso in specie richiede la consapevolezza di B di cooperare con A nella realizzazione del fatto tipico). Se esiste una situazione di concorso, il consenso dell’avente diritto potrà operare anche nei confronti di B (senza che rilevi la non conoscenza da parte di quest’ultimo del consenso prestato dal proprietario delle cose sottratte)”. Parzialmente contrario, come esposto di seguito nel testo, RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1769, il quale richiede, per la sussistenza di un concorso di persone nel reato non punibile, un fatto tipico.

¹¹⁵ L’osservazione così delineata appartiene a RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1769, il quale continua dicendo che “ciò che peraltro conferma la sufficienza, per la configurabilità di un concorso di persone, di un fatto tipico, è la presenza nel nostro ordinamento di cause di giustificazione c.d. personali o proprie, che rendono il fatto lecito soltanto nei confronti di alcuni dei concorrenti [...]. Rispetto alle cause di giustificazione c.d. personali o proprie, è quindi applicabile l’art. 119, c. 1 che, come si è detto, circoscrive le cause di esclusione della pena <<soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono>>”.

¹¹⁶ A riguardo si esprimono COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 404; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 567; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343.

¹¹⁷ Quest’ultima rilevante nei sistemi di *common law*, come ricordato da PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343.

ratifica o convalida *ex post* di un reato commesso da altri¹¹⁸; mentre rimane compresa in tale disciplina, in quanto antecedente l'esecuzione del reato, la promessa di un aiuto da prestarsi dopo la sua realizzazione, a prescindere dal fatto che tale aiuto sia poi effettivamente occorso, poiché tale condotta può rafforzare il proposito criminoso degli altri concorrenti e quindi rilevare quale contributo morale alla commissione del reato¹¹⁹. Per quanto attiene, invece, le attività prestate in favore del reo dopo la commissione del reato, al di fuori di una precedente cooperazione criminosa nei termini di cui sopra, queste possono eventualmente integrare autonome figure di reato, come per esempio quelle di favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) o reale (art. 379 c.p.), di ricettazione (art. 648 c.p.) o di riciclaggio (art. 648-bis c.p.)¹²⁰.

3.2 segue: c) il contributo di ciascun concorrente.

Ciascun concorrente, per poter essere correttamente considerato come tale e di conseguenza responsabile a titolo di concorso nel reato, deve arrecare un contributo personale ed obiettivamente rilevante alla commissione del fatto delittuoso¹²¹.

Il fulcro della discussione sul suddetto requisito concerne la selezione dei criteri di cui servirsi per l'identificazione delle condotte concorsualmente rilevanti e, specialmente, per l'individuazione della "soglia minima di rilevanza *ex art.* 110 del contributo atipico rispetto alla previsione incriminatrice (monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria)", di quali siano cioè "i requisiti minimi necessari affinché si possa dire che un soggetto ha contribuito alla realizzazione concorsuale di un fatto di reato"¹²².

¹¹⁸ Così PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 404, il quale continua, in merito all'irrelevanza della ratifica o convalida successiva di un fatto criminoso compiuto da altri, confermandola "quand'anche in precedenza si sia dato mandato per un differente reato perché il determinatore o istigatore risponde per il reato di cui è concausa efficiente e non per il mandato o l'istigazione".

¹¹⁹ Concordemente, COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 404; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343.

¹²⁰ Cfr. COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 404; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343.

¹²¹ Per la discussione in merito al requisito del contributo di ciascun concorrente, nell'ambito della disciplina sul concorso di persone nel reato, si consultino: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 563 ss.; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 404 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 524 ss.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub art.* 110, 146 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 561 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., *sub art.* 110, 1769 ss..

¹²² In questi termini, rispettivamente, COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 404 e GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub art.* 110, 146: entrambi sono molto chiari nell'esprimere la necessità (a fronte della genericità della formula dell'art. 110 c.p., la quale, ancora secondo COCCO G., *La*

Come correttamente si è sottolineato in dottrina, tale ricerca va perpetrata guardando sempre ai principi, oltre che di *tassatività*, di *materialità* e di *responsabilità personale*, secondo i quali ciascun concorrente deve tenere un comportamento, rispettivamente, *materiale ed esteriore*, cioè percepibile dai sensi, e, per l'appunto, *rilevante* in relazione all'ideazione, preparazione od esecuzione del reato¹²³. Il principio di materialità è volto a salvaguardare l'esigenza garantista di intangibilità della sfera personalissima del pensiero, riassumibile nel brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*, che sancisce l'irrelevanza penale dell'adesione morale, e puramente interna, all'altrui fatto criminoso¹²⁴; il contributo qualificato, invece, è richiesto a tutela del principio di personalità per evitare che l'istituto del concorso di persone celi in sé forme di elusione del divieto di responsabilità penale per fatto altrui¹²⁵.

L'impostazione tradizionale, che segue il solco della preferenza espressa dai compilatori del Codice, sostiene l'utilizzabilità del criterio causale, che qualifica, alla stregua di condotte rilevanti ai fini dell'applicazione della disciplina del Capo III, le forme di partecipazione dotate di efficacia condizionante rispetto al fatto di reato realizzato¹²⁶. In tale senso, è concorrente chi abbia posto in essere un'azione od omissione che, con riferimento all'elemento oggettivo complessivamente considerato, si eleva a *condicio sine qua non*, senza la quale, cioè, esso “non si sarebbe realizzato, oppure si sarebbe realizzato

fattispecie plurisoggettiva, cit., 405, “non contribuisce di per sé a determinare in modo netto i contributi concorsuali rilevanti”) di trovare un metodo per determinare in modo obiettivo il comportamento atipico minimo, necessario per concorrere nel reato. A riguardo, cfr. altresì MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 561 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343.

¹²³ Si esprime in tal senso MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 562, specificando che il rispetto della tassatività sarebbe preteso dalla logica, “poiché sarebbe un non senso <<determinare>> la fattispecie monosoggettiva e lasciare indefinita quella plurisoggettiva.”

¹²⁴ Dunque, secondo MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 562, sarebbe del tutto irrilevante la condotta di chi “assiste, impotente ma compiaciuto, al linciaggio di un crudele bandito o al danneggiamento del negozio di un concorrente da parte di teppisti; oppure all'omicidio per faida da parte di un familiare o all'attentato da parte di altro gruppo terroristico”.

¹²⁵ Gli esempi a riguardo, tratti dalla giurisprudenza di legittimità e selezionati da MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 562, sono di seguito riportati: “chi pone in essere una condotta, che nemmeno influenzi, favorevolmente, l'altrui proposito criminoso o lo svolgimento del reato, non partecipa alla realizzazione comune del reato stesso, che resta obiettivamente <<altrui>>. Così nel caso del soggetto che dichiara la disponibilità a collaborare al reato, non accolta; che presti arnesi da scasso, del tutto inidonei, al ladro che li accetta per pura compiacenza senza adoperarli; che dia all'esecutore informazioni o istruzioni a lui del tutto note o inverosimili. Oppure che applauda o esprima compiacimento nei confronti di chi sta compiendo un delitto. O che accompagni (es: giornalista) i rapinatori per la curiosità di assistere ad una rapina senza prestare contributo alcuno. O del ragazzino, chiamato ad assistere alla commissione di reati per fini di apprendimento. Come pure nel caso della mera presenza nel luogo e momento del reato”.

¹²⁶ Per una riflessione approfondita sul criterio causale per l'individuazione delle condotte concorsuali, si leggano: ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 563; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 405; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 525; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 146; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 563 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 343 ss.; PEDRAZZI C., *Il concorso di persone*, cit., 77 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1769.

ma con differenti modalità rilevanti al fine dell'integrazione degli elementi costitutivi o delle circostanze del reato ovvero alle modalità del fatto giuridicamente rilevanti"¹²⁷.

Tuttavia, la teoria causale-condizionalistica presenterebbe degli aspetti di inadeguatezza rispetto al ruolo affidatole, che sono stati evidenziati da diversa Dottrina, da un triplice punto di vista¹²⁸: sotto il profilo politico-criminale, la formula della *condicio sine qua non*, che nell'accertamento del nesso eziologico del reato monosoggettivo conduce spesso a risultati eccessivamente estesi, si rivelerebbe, al contrario, se applicata alla fattispecie plurisoggettiva eventuale, troppo ristrettiva. Invero, tale parametro risulterebbe inidoneo a ricomprendere degli apporti concorsuali obiettivamente rilevanti, ma non necessari alla commissione del fatto di reato: per esempio, resterebbero impuniti i contributi soltanto *agevolatori*, previsti dal piano criminoso al solo fine di facilitare la commissione di un reato che avrebbe comunque luogo¹²⁹, ovvero quelli che secondo una valutazione *ex ante* si prevedono come necessari, ma che *ex post* si rivelano inutili o dannosi¹³⁰.

¹²⁷ Così, esaustivamente, COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 405. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 563, spiega puntualmente che *condicio sine qua non* del fatto punibile sarebbe solo quell'azione che non può essere eliminata con il pensiero senza che il fatto medesimo venga a mancare. È opportuno fin da ora rilevare, come ricorda GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 150, che "in questo caso il nesso di condizionamento non viene in considerazione come criterio di imputazione dell'evento a tutti i concorrenti (ciò che evidentemente risulta necessario per i reati di evento anche nella realizzazione concorsuale, così come in quella monosoggettiva), ma come criterio di tipizzazione delle condotte dei singoli concorrenti".

¹²⁸ La tripartizione è espressamente delineata in COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 405 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 344; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 563; DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in PALAZZO F. - PALIERO C.E. (diretto da), *Trattato*, cit., 169 ss.. In merito all'analisi dei difetti del criterio condizionalistico, in materia di individuazione della soglia minima di rilevanza della condotta concorsuale, cfr. altresì ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 563 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 525; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 146 ss..

¹²⁹ In MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 563, si ritrova, come esempio di contributo non necessario ma comunque rilevante in quanto agevolatore della commissione del fatto di reato: "la partecipazione di persona, incaricata di tenere lontano dal luogo del furto il proprietario eventualmente rientrato, che sarebbe stato comunque neutralizzato se fosse sopraggiunto sul luogo". Cfr., altresì, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 525, che sottolinea la rilevanza del contributo non necessario grazie al quale il fatto assume caratteristiche diverse da quelle che avrebbe avuto in assenza di concorso: "si ipotizzi [...] un furto con scasso in cui un soggetto, che lavora con un trapano ad una cassaforte e che in 20 minuti porterebbe presumibilmente a termine il suo lavoro, utilizzi, invece, la chiave che frattanto un complice gli ha offerto: in questo caso, eliminando mentalmente la condotta del complice che fornisce la chiave, il reato di furto non verrebbe meno, ma si consumerebbe ugualmente (seppure in tempi diversi). Un discorso in tutto o in parte analogo varrebbe rispetto alla fornitura di uno strumento, del quale l'esecutore del reato in concreto non si avvalga, oppure rispetto alla mera presenza d'un palo rimasto inattivo durante lo svolgimento della vicenda delittuosa, ecc."

¹³⁰ In accordo con MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 563, si tratta, rispettivamente, dell'ipotesi dell'esperto scassinatore quando il gioielliere abbia dimenticato di chiudere la porta blindata o di riporre al suo interno i gioielli o del palo rimasto inattivo perché nessuno si è aggirato nella zona da lui sorvegliata, al momento del furto e dell'ipotesi del complice maldestro, che, per esempio, nello svolgimento delle funzioni di palo, ostacoli la commissione del furto attirando l'attenzione dei passanti invece che cercare di passare inosservato.

Inoltre, sotto il profilo pratico-applicativo, si dimostra estremamente problematico, specialmente in ipotesi di concorso morale, l'accertamento della sussistenza di un contributo qualificato alla stregua di *condicio sine qua non* nelle ipotesi in cui l'autore materiale sia *omnimodo facturus* e, quindi, già determinato a commettere il reato, in tutte le sue circostanze, senza che abbia alcun effetto su di lui l'intervento della partecipazione psichica altrui. È, dunque, molto spesso una *probatio diabolica* quella richiesta per verificare se la condotta di chi abbia voluto influire sull'altrui volontà sia stata o meno essenziale alla commissione del fatto o se, invece, quest'ultimo si sarebbe comunque verificato anche in assenza dell'incoraggiamento proveniente da altri; altrettanto difficilmente emerge la prova del fatto che i concorrenti avrebbero agito o meno senza il contributo del partecipe, soprattutto nelle ipotesi di correatità, quando cioè ciascuno dei soggetti realizza una condotta già di per sé aderente alla fattispecie monosoggettiva (come nell'esempio, già discusso, in cui due soggetti sparino contemporaneamente un colpo mortale alla vittima)¹³¹.

Infine, dal punto di vista normativo-sistematico, la validità assoluta del criterio causale sarebbe smentita dalle previsioni di cui agli articoli 114 e 116 c.p., le quali contemplando al comma 1° rispettivamente l'applicazione di una circostanza attenuante facoltativa per la condotta che "abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato" e l'estensione della responsabilità per concorso anche "qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti [...] se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione", muovono dall'evidente presupposto che possa essere concorrente anche colui che non ha posto in essere una *condicio sine qua non*¹³².

I limiti del metodo causale *puro* nella determinazione della partecipazione criminosa rilevante, fin qui esposti, hanno provocato la ricerca e lo sviluppo, da parte di dottrina e giurisprudenza, di criteri ulteriori per affiancare e, in alcuni casi, per

¹³¹ La considerazione della *probatio diabolica* richiesta dal criterio causale, così delineata, si rinviene in MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 563; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 344.

¹³² In questi termini si trovano d'accordo PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 344; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 563. Il primo, chiarisce, in merito al disposto di cui all'art. 114 c.p., che non potrebbe concepirsi come <<minimo>> il contributo che dovrebbe risultare di per sé, secondo un'impostazione che accolga in modo acritico il modello causale, <<essenziale>>, nel senso che senza di esso il reato non potrebbe essersi commesso. Il secondo, invece, come ritiene anche COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 406, smentisce la validità assoluta del criterio in esame attraverso la lettura *a contrario* dell'art. 116 c.p. il quale, essendo l'unico a richiedere espressamente che il reato diverso da quello voluto sia conseguenza della condotta del concorrente, sta a dimostrare che possono esistere anche condotte di concorso che non costituiscono *condiciones sine quibus non*.

sostituire, la condizionalità; in particolare, si fa riferimento ai criteri della *causalità agevolatrice o di rinforzo e dell'aumento del rischio*, che, rispettivamente, si fondano su un concetto differente di causalità e postulano uno slittamento temporale della fase di formulazione dell'accertamento del nesso causale.

In realtà, propedeutica alla disamina dei parametri in considerazione, sarebbe l'operazione di una preliminare bipartizione tra i possibili ruoli dei concorrenti, sulla base della natura del contributo che essi arrecano¹³³, distinguendo il concorso *materiale* da quello *morale o psicologico*: il primo si realizza con un intervento personale nella catena di azioni ed omissioni che danno vita all'elemento materiale del reato e si sostanzia, quindi, in una partecipazione all'attività di preparazione o di esecuzione del reato; il secondo, all'opposto, si configura con la dazione di un impulso psicologico alla commissione di un fatto criminoso materialmente commesso da altri e attiene, per ciò, alla fase ideativa del reato¹³⁴.

In particolare, il concorso materiale può concretamente verificarsi tramite l'attuazione di apporti partecipativi di diverso contenuto, i quali svelano il rango del ruolo assunto da chi li pone in essere, sulla base del grado di disvalore che essi assumono: come già visto, può trattarsi della cooperazione nell'attività di esecuzione del reato, e cioè tipica, da parte del c.d. *autore*, ossia colui che compie, da solo, tutti gli elementi oggettivi del reato, o del c.d. *coautore*, il quale collabora con altri alla realizzazione del fatto; ovvero può aversi il contributo atipico dell'*ausiliatore* o *complice*, che si limita a prestare, nella fase preparatoria od esecutiva, un qualsiasi aiuto materiale che ricade al di fuori dei confini designati dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale¹³⁵.

Invero, per i casi di autoria e di co-autoria non sorge conflitto in merito all'affermazione della loro rilevanza concorsuale, poiché quest'ultima può direttamente ricondursi all'integrazione del modello legale da parte della condotta tipica perfezionata, sia nel caso in cui l'azione di ciascuno dei soggetti è da sola

¹³³ Di tale avviso, concordemente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 524; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 147.

¹³⁴ In merito alla distinzione tra concorso morale e psicologico, si raffrontino le disamine di COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 405 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 524 ss.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 147; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1769 ss..

¹³⁵ Si faccia riferimento, in particolare, a quanto scritto da FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 524 ss.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 147.

sufficiente a completare la fattispecie incriminatrice (ancora, l'esempio dei colpi fatali inferti alla vittima da entrambi gli agenti), sia nel caso in cui l'azione, comunque conforme alla norma speciale, di ognuno dei partecipi non sia in grado, senza l'apporto degli altri concorrenti, di realizzare in concreto il fatto di reato (per esempio, i ladri che trasportino fuori da un'abitazione o da un museo un oggetto troppo pesante per una sola persona), sia, infine, nelle ipotesi di esecuzione frazionata in cui ogni concorrente pone in essere un segmento dell'azione tipica, senza esaurirla interamente (per esempio, uno tiene fermo la vittima e l'altro compie violenza su di lei)¹³⁶.

D'altra parte, è in relazione alla punibilità del semplice complice che il dibattito sui coefficienti minimi richiesti per l'incriminazione a titolo di concorso diventa più complesso ed intricato, a fronte dei limiti che il criterio causale, preferito dal Codice, ha dimostrato nell'applicazione pratica e dei tentativi di dottrina e giurisprudenza di superare tali insufficienze.

Il primo di questi tentativi concerne l'ideazione di una diversa nozione di causalità, a supporto di quella tradizionale, su cui si fonda la teoria della causalità agevolatrice¹³⁷ o di rinforzo, la quale trova la propria ragion d'essere nella considerazione dell'inidoneità del criterio puro della *condicio sine qua non* a ricomprendere tutte le ipotesi in cui effettivamente sussisterebbe un legame causale tra condotta concorsuale e fatto tipico, in particolare quelle in cui i vari apporti causali non si susseguono uno dopo l'altro come gli anelli di una catena ma, in maniera non ricostruibile *ex post*, intervengono rafforzandosi reciprocamente e contemporaneamente, per realizzare un effetto comune¹³⁸. Tale concezione vuole ricondurre nell'alveo della condizionalità e, dunque, della rilevanza del contributo concorsuale ai sensi della disciplina di cui al Capo III, tutte le situazioni in cui l'apporto del compartecipe, pur non necessario o condizionante in senso proprio e poiché, mentalmente eliminato, non esclude il venire in essere del reato, ha cooperato

¹³⁶ Come correttamente rilevato da GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 147.

¹³⁷ COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 407, considera tale espressione quasi ossimorica, ma supera la contraddizione con il chiarimento che essa si riferisce essenzialmente al concorso morale ed al rafforzamento della volontà del concorrente che pone in essere il reato, cosicché anch'essa pare in effetti causale ma ha come oggetto non il fatto criminoso, ma la psiche del concorrente.

¹³⁸ Si rimanda, per l'individuazione di tali situazioni, agli esempi di cui sopra, che possono rinvenirsi in FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 525; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 152.

nel reato, anche se solo facilitandone o rendendone maggiormente semplice la realizzazione¹³⁹. L'intento della causalità agevolatrice consisterebbe, pertanto, nell'integrare i contributi, per l'appunto, soltanto agevolatori nel sistema della condizionalità, di modo che, "[...] sul terreno causale, quando si tratti di accertare se un fatto, così come in concreto si è verificato, sia conseguenza o meno della condotta dell'agente, è impossibile distinguere tra una condotta <<indispensabile>> e una condotta solo <<agevolatrice>>, dal momento che in entrambi i casi si tratterà di una condotta che è stata *condicio sine qua non* dell'evento concreto. Quella distinzione, infatti, è possibile solo in astratto, cioè prima che si sia verificato l'evento, e rileverà soltanto ai fini della commisurazione della pena, nel senso che una condotta <<non sostituibile>> da un'altra, meriterà una pena maggiore di quella che, in astratto, poteva essere sostituita da un'altra equivalente sul piano causale"¹⁴⁰.

La posizione della dottrina nei confronti della causalità agevolatrice è varia e non sempre ben delineata¹⁴¹. Tra coloro che vi si oppongono, si fa notare che, nelle ipotesi di cui pretende occuparsi la teoria in esame, esisterebbe comunque un nesso di condizionamento apprezzabile secondo i canoni della formula tradizionale, se solo si tenesse conto del corretto modo di applicazione della stessa: anzitutto, è necessario fare riferimento all'accadimento così come concretamente verificatosi *hic et nunc*; successivamente, non bisogna considerare, nell'applicazione della *condicio sine qua non*, i processi causali ipotetici che avrebbero eventualmente potuto operare al posto di quello intervenuto nella realtà¹⁴². Il criterio causale puro, secondo la stessa

¹³⁹ In tema di causalità agevolatrice, si rimanda all'analisi puntuale di GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 152. Si consiglia, altresì, la lettura di FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 525 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 564. Riguardo all'elaborazione giurisprudenziale in materia, Grasso segnala, tra le altre: Cass. pen., Sez. I, 23 aprile 1982, n. 4241, in *Riv. pen.*, 1983, 102, in cui si legge che "la partecipazione di più persone ad un reato non esige, imprescindibilmente, che tutti i concorrenti esplicino un'attività insostituibile e necessaria rispetto alla realizzazione dell'evento, bene potendo i diversi apporti eziologici configurarsi in termini d'utilità o di maggiore sicurezza rispetto al risultato finale."; Cass. pen., Sez. I, 25 ottobre 1983, *Arancio*, in *Giust. pen.*, 1984, II, 652; Cass. pen., Sez. II, 11 febbraio 1985, *Vio*, in *Giust. pen.*, 1986, II, 88; Cass. pen., Sez. I, 26 giugno 1986, 6229, in *Riv. pen.*, 1987, 356.

¹⁴⁰ In questo modo spiega RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1769.

¹⁴¹ A sostegno della teoria si schierano esplicitamente COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 407; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 529. L'ultimo, però, crede fermamente che non si tratti di un modello di spiegazione causale creato *ad hoc* per soddisfare le specifiche esigenze punitive del concorso di persone, diverso da quello condizionalistico tradizionale poiché in sede di accertamento del contributo causale della condotta di partecipazione sarebbero validi i medesimi principi applicabili in sede di accertamento del nesso eziologico in un reato monosoggettivo.

¹⁴² Di tale opinione GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 152, il quale ritiene che non si possa certo negare, a prescindere dall'adesione alla causalità agevolatrice, il valore condizionante del comportamento del complice che fornisce la chiave allo scassinatore: è evidente che la

impostazione, sarebbe comunque idoneo e sufficiente di per sé ad assolvere il compito di determinazione delle condotte concorsuali rilevanti, senza bisogno dell'integrazione della causalità di rinforzo, anche in quelle ipotesi in cui venga in considerazione un apporto che, pur non integrando l'azione od omissione richiesta dalla fattispecie tipica, contribuisce a determinare il risultato finale affiancandosi ad un processo causale in atto, già da solo capace di produrre quello stesso esito, senza impedirne l'effettivo svolgimento¹⁴³. L'esempio che si riporta, a sostegno dell'imprescindibilità della causalità agevolatrice, è quello della condotta di un soggetto che, accortosi della realizzazione di un furto presso un edificio vicino, da parte di altri, *accelera* con il suo intervento l'esecuzione del reato, aiutando i compartecipi a trasportare alcuni oggetti: da qui si vuole trarre la conclusione che la condotta del soggetto non è *condicio sine qua non* perché esiste una serie causale diversa che ha effettivamente operato e avrebbe operato lo stesso anche in sua assenza¹⁴⁴. Ma anche nell'esempio appena prospettato si è ritenuto che non possa escludersi l'esistenza di un nesso di condizionamento nel senso tradizionale del termine, se si considera che la condotta di colui che ha accelerato la realizzazione del reato è stata *condicio sine qua non* dell'esecuzione del reato così come è avvenuta qui ed ora. Inoltre, nonostante il tentativo, da parte dei sostenitori della causalità di rinforzo, di evitare la censura mossa a quest'ultima in merito all'utilizzo di fattori causali ipotetici, si deve riconoscere anche in questo caso tale impiego, se si nota che l'intervento del soggetto agevolatore non rimane completamente estraneo e ininfluenza rispetto all'*iter* esecutivo dei realizzatori originari poiché lo interrompe parzialmente con la sostituzione, almeno in parte, del suo contributo all'attività di questi ultimi¹⁴⁵. Ancora, ulteriore critica avanzata alla concezione estensiva del

cassaforte sarebbe comunque stata aperta, ma in tempi diversi e sulla base di un processo causale che non si è realizzato.

¹⁴³ Ancora, in questo senso, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 110, 153, in risposta alle più recenti correzioni della teoria della causalità di rinforzo, apposte allo scopo di evitare le obiezioni relative all'impiego di processi causali ipotetici nell'applicazione della formula della *condicio sine qua non*, da parte dei suoi sostenitori, tra cui ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 46 ss.. Quest'ultimo, ritiene che si possa affermare, in via generale, "che la formula condizionale è inidonea a provare la causalità di quei contributi che, insufficienti da soli a causare un certo risultato, contribuiscono a determinarlo affiancandosi ad un processo causale in atto, già da solo sufficiente a produrre quel risultato stesso", adducendo, a questo riguardo, l'esempio in cui un soggetto versi un bidone di benzina su un edificio che già sta bruciando a causa di un incendio appiccato da un terzo.

¹⁴⁴ In questi termini si esprime ALBEGGIANI F., *I reati*, cit., 46 ss., riportato criticamente in GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 110, 153.

¹⁴⁵ Sempre GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 110, 153.

criterio causale tradizionale riguarda la sua incapacità di rimediare al preteso vuoto di responsabilità imputato al criterio condizionalistico, con riguardo alle ipotesi di contributo, *ex post*, inutile o dannoso¹⁴⁶.

D'altra parte, nella prassi giudiziaria è consolidata una tesi sostanzialmente analoga, anche se non perfettamente coincidente, alla concezione dottrinale della causalità agevolatrice, secondo la quale al contributo concorsuale è attribuibile rilevanza anche quando esso assuma la forma di un apporto meramente agevolatore e cioè quando il reato senza tale intervento sarebbe comunque commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà; da ciò deriva che, ai fini della punibilità a titolo di concorso, è sufficiente che la partecipazione consista in un comportamento esteriore oggettivamente idoneo ad arrecare un aiuto apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti e che il partecipe, per effetto della sua azione od omissione facilitatrice, abbia aumentato le possibilità di produzione e di buona riuscita del reato¹⁴⁷.

In aggiunta, si segnala la presenza di un ulteriore e consistente indirizzo giurisprudenziale che tende a prescindere dal richiedere un'effettiva influenza causale sul fatto di reato e ad essa sostituisce una mera *idoneità* a prestare un contributo alla sua realizzazione, da constatarsi all'esito di un giudizio di prognosi postuma; tale criterio viene largamente utilizzato, come si vedrà, anche con riferimento al concorso morale, per considerare rilevanti tutti i comportamenti, tra cui anche la mera presenza sul luogo di reato, che rivelino, astrattamente considerati,

¹⁴⁶ Critica riportata e contestualmente respinta da FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 527, il quale ritiene che, nei casi di prestazione di un apporto considerato *ex ante* necessario o agevolatore e poi rivelatosi inutile o dannoso, a poco importerebbe rilevare tali circostanze secondo un giudizio *ex post*. Tale critica è segnalata anche da MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 564.

¹⁴⁷ Tale studio si deve a FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 526, secondo il quale, "a ben vedere, l'orientamento giurisprudenziale in questione adotta una concezione della causalità così estensiva o dilatata, da risultare addirittura dai confini più ampi rispetto a quelli della teoria dottrinale della causalità agevolatrice [...]". Per un raffronto con la prassi giudiziaria in argomento, si veda, tra tutte, Cass. pen., Sez. VI, 22 maggio 2012, n. 36818, in *One Legale*, in cui si rileva che "ai fini della configurabilità del concorso di persone nel reato, il contributo concorsuale assume rilevanza non solo quando abbia efficacia causale, ponendosi come condizione dell'evento lesivo, ma anche quando assuma la forma di un contributo agevolatore, e cioè quando il reato, senza la condotta di agevolazione, sarebbe ugualmente commesso, ma con maggiori incertezze di riuscita o difficoltà. Ne deriva che, a tal fine, è sufficiente che la condotta di partecipazione si manifesti in un comportamento esteriore idoneo ad arrecare un contributo apprezzabile alla commissione del reato, mediante il rafforzamento del proposito criminoso o l'agevolazione dell'opera degli altri concorrenti, e che il partecipe, per effetto della sua condotta, idonea a facilitarne l'esecuzione, abbia aumentato la possibilità della produzione del reato, perché in forza del rapporto associativo diventano sue anche le condotte degli altri concorrenti". Per un'analisi critica sul quadro giurisprudenziale di interesse, cfr. DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in PALAZZO F. - PALIERO C.E. (diretto da), *Trattato*, cit., 170 ss..

una concreta attitudine a funzionare come fattori di determinazione o di rafforzamento della condotta dell'esecutore o degli esecutori del reato¹⁴⁸.

Questo orientamento si è tradotto nella teoria dottrinale dell'aumento del rischio¹⁴⁹, la quale si limita a richiedere che la condotta del concorrente appaia *ex ante* adeguata ad almeno facilitare la commissione del fatto criminoso e ad incrementarne le probabilità di verifica, anche se *ex post* si rivela inutile o dannosa¹⁵⁰; di qui l'aumento del rischio di realizzazione del reato da cui la formula prende il suo nome¹⁵¹. Il preteso fondamento normativo di tale elaborazione si fa rinvenire nell'art. 56 c.p., per la parte in cui la norma richiede, come fondamento della rilevanza penale delle ipotesi di reato tentato, il compimento di atti *idonei*: secondo questa prospettiva, la disposizione sul tentativo aprirebbe la strada alla possibilità che i giudizi causali possano essere formulati, in generale, anche al di fuori

¹⁴⁸ Segnalazione critica proveniente da GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 153 ss.. Riguardo a tale indirizzo, si pronuncia, a favore, ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Indice pen.*, 1977, 416 ss., sostenendo l'insufficienza e conseguente inutilizzabilità del principio causale in svariate ipotesi di concorso atipico. Per le tracce di tale orientamento in giurisprudenza, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 564, nota 176, segnala, tra le altre: Cass. pen., Sez. I, 20 ottobre 1984, *Adinolfi*, cit.; Cass. pen., Sez. I, 1° marzo 1985, n. 2077, in *Riv. pen.*, 1985, 1119; Cass. pen., Sez. I, 7 maggio 1985, n. 4194, in *Riv. pen.*, 1986, 312; Cass. pen., Sez. V, 9 maggio 1986, *Giorgini*, in *Giust. pen.*, 1987, 217 ss.; Cass. pen., Sez. I, 16 aprile 1984, *Amendola*, in *Cass. pen.*, 1985, 2219.

¹⁴⁹ Come chiaramente puntualizzato in FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 527, il criterio prognostico viene utilizzato, da parte di coloro che ne sostengono la validità, ora come criterio sostitutivo della causalità (e in questo senso, PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 544 ss.) ora come criterio sussidiario cui ricorrere in caso di impossibilità ad individuare con certezza un influsso causale. Nell'ultimo senso, ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento*, cit., 426 ss., afferma che "dimostrata l'utilizzabilità del criterio causale occorre peraltro riconoscere che questo si dimostra spesso insufficiente. [...] vi sono certe condotte, per le quali nessuno dubiterebbe di essere in presenza di atti di concorso, sebbene un nesso causale, anche minimo, verso l'evento prodotto dalla realizzazione collettiva non sia accertabile. È stata questa realtà a far riconoscere l'esigenza di ricorrere alla prognosi. Non si tratta, tuttavia, di un giudizio da <<sostituire>> alla causalità, come si è sostenuto in dottrina, ma solo di un sussidiario criterio di tipicità. [...] Sia l'accertamento di un effettivo nesso eziologico, sia un giudizio di semplice prognosi possono pertanto funzionare come criterio di individuazione delle condotte tipiche. Entrambi coesistono e sono utilizzati nel nostro ordinamento. Non vi sono, di conseguenza, ragioni valide per escludere che entrambi possano concorrere a determinare le basi obiettive delle condotte di partecipazione: si tratta solo di delimitarne i rispettivi campi di utilizzazione". Ancora, secondo FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 528, tale costruzione sarebbe uno sforzo della dottrina di fornire un avvallo teorico ad "una prassi applicativa orientata in senso rigoristico".

¹⁵⁰ Come nei casi, sopra citati, di complice inutile o maldestro. Ulteriori situazioni esemplificative, offerte da PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 344, riguardano la consegna dello strumento da scasso, poi non utilizzato per il furto, la quale appariva idonea ad aumentare il rischio che questo venisse commesso; il palo che si addormenta o si distrae, permettendo la sorpresa in flagrante dei ladri, quando, in fase di ideazione e preparazione del reato, il suo compito risultava essenziale.

¹⁵¹ Ne delineano i tratti caratteristici e ne trattano criticamente: FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 527; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 154; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 564 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 345; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1770. Ne aderiscono, ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento*, cit., 426 ss.; PAGLIARO A., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966, 60 ss., secondo il quale "basta, dunque, per l'aspetto obiettivo della compartecipazione nel reato, che il soggetto apporti un contributo qualsiasi che favorisca, cioè renda più probabile, l'evento come offesa di beni socialmente rilevanti. Questa possibilità ipotetica non avrebbe rilievo in un mondo di cieca causalità, ma assume tutta la sua importanza nel campo del concorso di persone, dove la realizzazione complessiva sfugge alle leggi causali, per dipendere dal volontario apporto degli altri soggetti".

del piano di un'effettiva correlazione tra condotta ed evento ad essa conseguente, nell'ambito, cioè, di una "pura attitudine causale"¹⁵². Quest'ultima impostazione, però, non può essere condivisa in quanto il giudizio prognostico, che risulta logico ed essenziale rispetto alla punibilità del tentativo, ove sopperisce alla mancata verifica dell'evento, non può essere applicato nei casi di partecipazione nel reato in cui un fatto criminoso si è, per l'appunto, verificato, poiché, di fronte ad un obiettivo criminoso concretamente raggiunto, poco senso avrebbe parlare di mera idoneità *ex ante* della condotta ad agevolare il reato¹⁵³.

In generale, si ritiene che l'intera costruzione dell'aumento del rischio sia da respingere proprio perché, attraverso la considerazione della rilevanza del contributo da un punto di vista astratto ed antecedente rispetto alla sua attuazione, nei casi di mancanza *ex post* di un effettivo contributo alla realizzazione del reato (ad esempio, quando si fornisca al ladro la chiave o il grimaldello che non vengono poi concretamente usati, perché si trova la cassaforte già aperta), si finisce per configurare un tentativo di concorso, nel nostro ordinamento non ammesso¹⁵⁴.

¹⁵² Il riferimento è alle parole di ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento*, cit., 427, richiamato anche da FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 527. Com'è, d'altra parte, stato ripetutamente obiettato, la teoria della prognosi postuma mancherebbe di una vera base normativa. In questo senso, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 153; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 565.

¹⁵³ In questi termini, concordemente, sia MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 565, che FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 528, il quale così si esprime: "non si comprende come una norma, la quale disciplina atti idonei e univocamente diretti a commettere un delitto che di fatto non si realizza (tentativo), possa legittimare la punibilità di atti di partecipazione che si inseriscono, invece, in una realizzazione collettiva che giunge a compimento". Analogamente, PEDRAZZI C., *Il concorso di persone*, cit., 78 ss., secondo il quale, "la verità è che, di fronte a un risultato concreto, il pronostico puro, che asserisce una possibilità ipotetica, non ha senso; dato un fatto tipico concreto, ha senso solo chiedersi se la condotta del presunto partecipe ne rappresenti una condizione imprescindibile, salvo misurare, in caso di risposta affermativa, l'adeguatezza della condotta condizionale. Il pronostico puro ha senso quando si prescinda dagli sviluppi reali, e si indagli la pericolosità dell'azione, la sua attitudine a provocare sviluppi di un certo genere: cioè in sede di tentativo. Ma la condotta del concorrente accessorio non può venire considerata sotto tale profilo: preparatoria, non può essere tentativo di attuazione del tipo che dovrebbe realizzarsi nel fatto principale".

¹⁵⁴ Dello stesso avviso, DONINI M., *La partecipazione al reato*, cit., 184, 231 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 565; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 344; PEDRAZZI C., *Il concorso di persone*, cit., 79, secondo il quale, non si può parlare di tentativo di partecipazione, poiché "il tentativo che la legge punisce è sempre tentativo di un fatto dalla fisionomia giuridica compiuta: il furto, l'omicidio, il sequestro di persona... Invece la partecipazione è figura criminosa secondaria, che vive solo come variante di una figura primaria: un tentativo di partecipazione diverso dal tentativo della figura primaria non avrebbe, penalmente, alcuna consistenza". Concordemente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 528, ritiene che in casi suddetti la punibilità sarebbe da escludere, contrariamente a quanto sostenuto dalla teoria dell'aumento del rischio e dalla prassi giudiziaria che essa sostiene, proprio perché si tratta di forme di complicità soltanto potenziali, "nelle quali cioè l'ausilio inizialmente prestato manca di convertirsi in apporto effettivo e perdurante, che influisce concretamente sulla realizzazione del fatto". Ancora, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 154 ss., sottolinea la palese assurdità di taluni risultati ai quali perviene la teoria in esame, nel senso che essa porta a ritenere irrilevante un contributo effettivamente utilizzato nella fase esecutiva, e quindi dotato di efficacia condizionante, quando tale contributo poteva essere facilmente sostituito dall'esecutore: per esempio, non sarebbe rilevante, secondo la tesi della prognosi, l'atto di partecipazione di chi trasporti la scala usata dall'autore del furto per entrare nell'abitazione della vittima, quando costui avrebbe potuto

Tuttavia, pur non potendo considerare alla stregua di partecipazione materiale le suddette condotte rivelatesi *ex post* inutili o dannose, esse possono cionondimeno integrare una partecipazione psichica; non però, come si vedrà, in base ad un'automatica conversione, peraltro spesso operata dalla giurisprudenza, ma se ed in quanto ne sia provata "la concreta efficacia determinatrice o rafforzatrice dell'altrui proposito criminoso [...]"¹⁵⁵.

Il concorso morale o partecipazione psichica, d'altro canto, riguarda l'ipotesi di contributo criminoso che si manifesta sotto forma di impulso psicologico ad un reato materialmente commesso da altri¹⁵⁶. Tradizionalmente, ed anche in conformità con il linguaggio del Codice, il quale vuole prescindere da ogni differenziazione tipologica, si utilizza il termine *istigazione* come espressione comprensiva delle forme di partecipazione psichica della *determinazione* e del *rafforzamento* del proposito criminoso altrui, le quali consistono, rispettivamente, nel far sorgere in altri (coloro che, accolta l'istigazione, saranno poi esecutori materiali del fatto di reato) un proposito criminoso prima inesistente e nel rafforzare, per l'appunto, o eccitare in altri un proposito criminoso già esistente¹⁵⁷.

agevolmente trasportarla da solo. In tal modo, però, il giudizio *ex ante* finisce per negare rilievo a comportamenti rivelatisi *ex post* effettivamente condizionanti e quindi, certamente, rilevanti. Altro criterio, individuato da Dottrina più isolata, concerne la teoria della strumentalità, che propone l'abbandono totale della causalità, in favore dell'opzione alternativa riconducibile al funzionalismo di matrice sociologica: secondo questa prospettiva, a determinare la rilevanza delle condotte di concorso, sarebbe il nesso funzionalmente strumentale che le lega alla realizzazione collettiva dell'illecito. Il concetto, così espresso, si ritrova in DE FRANCESCO G., *Il concorso di persone nel reato*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 328 ss.. Quest'ultimo ritiene che "la rilevanza causale del contributo di partecipazione dovrà essere [...] desunta dal modo stesso con il quale un simile contributo è venuto ad inserirsi nell'ordito complessivo della vicenda delittuosa, alla stregua dell'unico parametro di valutazione effettivamente disponibile, rappresentato appunto dal suo carattere obiettivamente <<strumentale>> rispetto allo svolgersi e al dipanarsi delle condotte confluite nella fase esecutiva dell'illecito realizzato in concorso. Certo, siffatta relazione di carattere <<strumentale>> dovrà essere (anch'essa) di volta in volta verificata e concretamente desunta dal modo di atteggiarsi alla vicenda concorsuale. Ma non è difficile accorgersi, tuttavia, come una simile verifica [...] risulterà senza dubbio agevolata dal fatto di potersi immediatamente fondare [...] sulle stesse modalità concrete con le quali il fenomeno plurisoggettivo è venuto a manifestarsi, sulla pura e semplice circostanza, in altri termini, che di quel contributo i compartecipati si sono effettivamente <<avvalsi>> ai fini della perpetrazione del reato". Si può facilmente obiettare, in accordo con FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 527, che i concetti cui tale impostazione fa riferimento, di funzionalità e strumentalità, risultano ancora eccessivamente indeterminati per poter utilmente soppiantare il criterio tradizionale della causalità. Dello stesso avviso, ARGIRÒ F., *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012, 193, il quale evidenzia il fatto che, in generale, "l'utilizzo di categorie tratte dalla logica dei sistemi, proprio perché destinate specificamente a ridurre la complessità delle interazioni sociali, si dimostra incapace di risolvere il problema della individualità del concorso, spingendo perciò verso meccanismi di imputazione sommari o di carattere collettivo".

¹⁵⁵ In questi termini, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 567. Analogamente, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 160.

¹⁵⁶ La definizione si deve a FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 531.

¹⁵⁷ Così anche GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 155. Concordemente, PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 474 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1771 ss., il quale sostiene che la riconducibilità di entrambe

Quando presa in considerazione come figura di partecipazione¹⁵⁸, l'istigazione richiede, in entrambe le sue forme di determinazione e di rafforzamento del proposito criminoso altrui, che ne siano determinati l'oggetto e i destinatari: l'incitamento deve, dunque, riguardare la commissione di un reato determinato, anche indicato in via alternativa o non individuato in tutte le sue concrete modalità, e deve essere rivolto, se non ad uno o più soggetti individuati, almeno ad una ristretta cerchia di soggetti dai contorni definiti o facilmente ricostruibili¹⁵⁹.

La rilevanza penale dell'istigazione (come anche quella dell'accordo), è confermata dal già analizzato art. 115, comma 3°, c.p., la cui lettura *a contrario* permette di ricavare, dall'irrilevanza dell'istigazione rimasta sterile ivi sancita, la punibilità dell'istigatore quando il suo impulso psicologico venga recepito e accolto da chi poi ponga in essere materialmente il reato¹⁶⁰. Da tale riferimento normativo, c'è chi ha fatto discendere la conclusione che “chi istiga risponde non già per aver posto in essere un antecedente causale [...], ma per aver tenuto una condotta

le forme di determinazione e rafforzamento all'interno dell'alveo dell'istigazione, sia suffragata dal dato positivo e ricavabile dalla lettura sistematica, da una parte, dell'art. 115 c.p. e, dall'altra, delle disposizioni di parte speciale che prevedono l'istigazione come condotta tipica di autonomi reati, prima tra tutti, quella di cui all'art. 580 c.p.: “[...] secondo il nostro ordinamento, la condotta di istigazione rappresenta un concetto unitario comprensivo di tutte quelle attività che influiscono causalmente sulla psiche dell'autore materiale del reato, e quindi non si differenzia qualitativamente dalla condotta di determinazione, in quanto la ricomprende”. D'altra parte, preferiscono riferire la condotta di “istigazione” al solo caso di rafforzamento dell'altrui proposito già esistente, BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 500, e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 531. Quest'ultimo, sottolinea la diversità di disvalore associato alle due condotte, essendo la determinazione di altri al proposito criminoso, prima inesistente, un comportamento che assume un ruolo decisamente più incisivo rispetto a chi si limita a fomentare un intento delittuoso già autonomamente formatosi; è per questo che in altri ordinamenti, così come nel nostro fino alla disciplina codicistica previgente, le due diverse condotte ricevono una configurazione giuridica autonoma ed un differenziato trattamento punitivo. Questa eventualità, però, nel sistema italiano vigente, è esclusa dall'adozione di uno schema normativo unitario e indifferenziato. E ciò sarebbe confermato dall'art. 115 c.p., che impiega il termine nella sua accezione più lata; concordemente, VIOLANTE L., voce *Istigazione (in generale)*, in *Enc. Dir. (dir. pen.)*, XXII, Milano, 1972, 986 ss.. Per una puntuale rassegna delle posizioni assunte dalla dottrina, sul rapporto tra determinazione ed istigazione, cfr. ARGIRÒ F., *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, cit., 242 ss..

¹⁵⁸ E non, quindi, quando sia elemento oggettivo di una fattispecie autonoma, nel cui caso essa dovrà assumere le caratteristiche specificate dalle norme incriminatrici che di volta in volta la vedranno coinvolta.

¹⁵⁹ Tali indicazioni si rinvencono in MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 567, il quale, analogamente ad ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 568 ss., ricorda che, in caso di incitamento generico a violare le leggi penali, rivolto ad una generalità di persone non precisamente individuate, si integra il diverso reato di istigazione a delinquere, di cui all'art. 414 c.p., ma non la compartecipazione criminosa; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1772; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 157, secondo il quale: “anche nell'ipotesi in cui sia commesso un reato riconducibile all'istigazione, quindi, va esclusa una responsabilità dell'istigatore a titolo di concorso nel reato realizzato quando l'oggetto dell'istigazione sia generico, come nel caso di esortazione a guadagnarsi da vivere commettendo dei reati”, (l'Autore allude qui a Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 1984, n. 4597, in *Riv. pen.*, 1985, 68), “ovvero quando, pur essendo individuato il reato preso di mira, l'istigazione sia rivolta ad una cerchia indeterminata di persone, quali i lettori di una rivista ovvero gli spettatori di una trasmissione televisiva” (qui, invece, a DE MAGLIE C., *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 951, la quale, a sua volta, mutua l'esempio da Maurach – Gössel - Zipf).

¹⁶⁰ A tale fondamento normativo fanno riferimento sia FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 531, sia RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1772.

rispondente ad un modello legale e perciò tipica”¹⁶¹, lasciando evidentemente intendere che nel nostro ordinamento assumano rilevanza non solo, ed in quanto tali, le condotte istigatorie che si pongono come antecedenti causali del reato perfezionato dall’esecutore materiale, ma anche quelle che determinanti in senso condizionalistico non sono, perché si limitano a rinsaldare l’altrui preesistente proposito criminoso¹⁶².

A questo riguardo, è opportuno segnalare che la posizione assunta da prevalenti dottrina e giurisprudenza rimane ancorata, anche in ambito di concorso morale, alla validità del criterio causale e, dunque, richiede che tra induzione psichica ed esecuzione materiale, che pone in essere il fatto criminoso, intercorra un’effettiva relazione condizionale¹⁶³, o, comunque, rifiuta – e ciò anche coloro che non abbracciano con favore la teoria della *condicio sine qua non* nella sua formula tradizionale – l’ammissibilità del ricorso ad un giudizio di tipo meramente prognostico (come per il caso di concorso materiale), rigettando l’idea – peraltro diffusa, come si vedrà, in giurisprudenza – che la rilevanza della condotta di partecipazione morale venga fondata sulla sua “generica attitudine o idoneità a funzionare come fattore di rafforzamento dell’altrui proposito criminoso”¹⁶⁴. Difatti, l’applicazione del criterio causale al concorso psichico comporta che siano rilevanti tutti e solo quei contributi che intervengono nella fase ideativa del fatto, senza i quali, il fatto tipico, così come è venuto in essere, non si sarebbe verificato¹⁶⁵.

¹⁶¹ Tale affermazione appartiene a VIOLANTE L., voce *Istigazione (in generale)*, cit., 993.

¹⁶² Osservazione di FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 531, sulle parole di VIOLANTE L., voce *Istigazione (in generale)*, cit., 993, appena riportate nel testo.

¹⁶³ Di quest’idea, soprattutto GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 155 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1774. In giurisprudenza, il riferimento di quest’ultimo Autore va a: Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2008, n. 5631, in *Cass. pen.*, 2008, 4179; Cass. pen., Sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060, in *Cass. pen.* 2008, 4040 ss.; Cass. pen., Sez. un., 30 ottobre 2003, n. 20, in *Cass. pen.*, 2004, 811, nelle quali si fa riferimento all’obbligo del giudice di motivare approfonditamente sulla prova dell’esistenza di una reale partecipazione, causalmente correlata con le attività poste in essere dai concorrenti materiali; Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 1983, n. 7845, in *Riv. pen.*, 1984, 301, in cui si allude, invece, alla necessità che il giudice indichi i collegamenti intercorrenti tra esecutore materiale e concorrente morale, trattandosi di soggetti necessariamente diversi, e specifici come e perché il reato si sia realizzato proprio in conseguenza di quegli incentivi.

¹⁶⁴ Parole di FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 532, il quale ricorda che, contro l’utilizzabilità dei criteri di idoneità *ex ante*, valgono i medesimi argomenti addotti sul terreno della partecipazione materiale: “com’è da escludere la complicità fisica in mancanza di una condotta che, considerata *ex post*, risulti avere almeno agevolato la commissione del delitto, similmente non può esservi complicità morale, a prescindere da una effettiva influenza sulla psiche dell’esecutore materiale del reato”. In giurisprudenza, cfr., tra le altre, Cass. pen., Sez. un., 30 ottobre 2003, n. 20, cit..

¹⁶⁵ In questo senso, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 155; DE MAGLIE C., *Teoria*, cit., 947. Inoltre, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 532, e GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 155, rifacendosi all’indagine di STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000, 102 ss., denunciano l’insufficiente riflessione sulla causalità psicologica, erroneamente considerata come una causalità diminuita, dovuta alla difficoltà di trasferire nell’ambito della partecipazione i risultati che sono stati conseguiti in materia.

Continuando di seguito a riferirci principalmente all'istigazione, si vuole tuttavia ricordare che il concorso morale, campo nel quale vengono ad esistenza le più varie e di complessa classificazione figure di partecipazione atipica, può anche esplicarsi nelle diverse forme dell'accordo¹⁶⁶, consiglio tecnico¹⁶⁷, promessa d'aiuto¹⁶⁸ e tante altre¹⁶⁹.

¹⁶⁶ "L'accordo per commettere un reato, come forma di partecipazione morale, non si esaurisce in una mera conformità di opinioni o di intenti, ma consiste in un vero e proprio incontro di volontà, attraverso il quale le parti convengono di fornire ciascuno un determinato contributo per il raggiungimento di una finalità comune, costituita dalla realizzazione del reato". È la comune volontà di cooperare e la reciproca promessa di tenere un certo comportamento il tratto distintivo di tale contributo rispetto alle altre possibili forme di compartecipazione morale. Così GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 156, il quale specifica che, per la punibilità in tale ipotesi, è sufficiente che il nesso causale riconduca il delitto realizzato all'accordo, essendo la mera partecipazione all'accordo un contributo già di per sé rilevante, senza necessità che il compartecipe fornisca poi un contributo materiale: per il principio di esclusione dei concorsi alternativi ipotetici, a nulla rileva l'interrogativo su che cosa gli altri avrebbero fatto se uno dei concorrenti non avesse partecipato all'accordo. Concordemente, cfr. RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1777. COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 408, come anche MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 567, ritengono che l'accordo per commettere un reato possa essere ricondotto a un caso di "istigazione reciproca". Per la giurisprudenza in materia cfr., per esempio, Cass. pen., Sez. Un., 28 novembre 1981, *Emiliani e altri*, in *Cass. pen.*, 1982, 3, 432, in cui si legge: "è dunque inesatto escludere dal novero dei (possibili) modi di partecipazione morale l'accordo criminoso: certo non è discutibile la non punibilità intrinseca dell'accordo per commettere un reato, quando questo non sia commesso; ma dalla disposizione dell'art. 115 del c. p. e dalla eccezionale previsione, in talune fattispecie di parte speciale, di punizione dell'accordo non deriva l'esclusione di questo dall'ambito del concorso morale, perché anche l'accordo, quale attività psichica di più soggetti convergente al raggiungimento di un risultato di comune interesse può costituire l'area di confluenza di contributi, reciproci o non, al rafforzamento o alla nascita di un proposito criminoso: sicché, ove questo poi si materializzi ad opera di taluno dei soggetti in una matrice normativa omogenea, la rilevanza causale dell'accordo non potrà essere esclusa".

¹⁶⁷ Cioè la prestazione di suggerimenti ovvero di informazioni necessarie o agevolatrici circa la commissione di un reato all'esecutore dello stesso, oppure consigliare delle varianti all'attuazione del piano criminoso: definiscono la figura in questi termini MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 567; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1777; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 161, il quale precisa che la rilevanza di tale consiglio può riconoscersi solo se, "eliminandolo mentalmente, il fatto tipico non sarebbe stato realizzato o avrebbe subito una modifica in una delle sue modalità rilevanti".

¹⁶⁸ La rilevanza della promessa d'aiuto da prestarsi dopo la commissione del reato e la sua configurabilità alla stregua di una forma di concorso psichico, qualora essa rafforzi l'altrui proposito criminoso, è ammessa pacificamente in dottrina e in giurisprudenza: in tal senso, cfr. RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1777; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 160, il quale ricorda che tale ipotesi, prevista come forma di complicità morale tipica già nel Codice Zanardelli, presuppone che, in mancanza di suddetta promessa, il proposito criminoso dell'esecutore (già esistente), non si sarebbe manifestato nel mondo esterno; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 567. La trattazione dell'ipotesi in esame, da parte della giurisprudenza, si può apprezzare in Cass. pen., Sez. II, 28 aprile 1984, n. 3763, in *Riv. pen.*, 1984, 1077; Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 1985, n. 2732, in *Riv. pen.*, 1985, 1119.

¹⁶⁹ Tra le altre forme che il contributo morale può assumere, si annoverano l'adesione, che deve essere espressa ed estrinsecarsi nel caldeggiamento o nel rafforzamento del proposito criminoso altrui (cfr. RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1775 ss.; Cass. pen., Sez. I, 2 maggio 2006, n. 15023, in *Riv. pen.*, 2007, 3, 323), e l'autorizzazione a commettere un delitto, pur se da altri progettato (ancora, RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1778). In ogni caso, RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1778, ricorda che "la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa [...] non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110, con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi".

È opportuno distinguere, nella ricostruzione del giudizio causale applicabile al concorso psicologico, le due ipotesi di cui si compone l'istigazione, analizzando separatamente il caso di determinazione da quello di rafforzamento dell'altrui proposito criminoso.

Quando taluno induca in altri un'intenzione, prima inesistente, a violare una norma penale e il destinatario di tale manipolazione psicologica ponga poi concretamente in essere il fatto di reato oggetto dell'incitamento, pacifico è il riconoscimento della rilevanza della prima condotta a titolo di partecipazione psichica; in un caso simile, il nesso causale si articolerà in due momenti, attinenti, il primo, all'induzione del proposito criminoso in capo al soggetto istigato, il secondo, alla successiva esecuzione del fatto di reato da parte di quest'ultimo¹⁷⁰.

La seconda forma di istigazione, invece, costituita dall'invigorimento dell'altrui preconstituita intenzione criminosa, risulta di più complesso inquadramento, anche perché a riguardo, ancora una volta, si divide il pensiero di dottrina e giurisprudenza.

Da una parte, consistenti dottrina e giurisprudenza riconducono tale ipotesi al paradigma della causalità agevolatrice, estendendo la nozione di causalità e, di conseguenza, la qualifica di rilevanza "ad ogni forma di sostegno psicologico dell'altrui attività preparatoria od esecutiva, ad ogni comportamento dal quale l'autore del reato abbia tratto motivo di sicurezza nella realizzazione del fatto o di stimolo all'azione"¹⁷¹.

D'altro canto, c'è chi ritiene sufficiente l'applicazione di un giudizio prognostico, richiedendo che la condotta istigatrice risulti "idonea a fungere da fattore di

¹⁷⁰ In tali termini, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 157 ss., il quale fa notare che, applicando al caso in esame i principi generali del sistema penale, la responsabilità dell'istigatore dovrebbe richiedere anche una coincidenza tra fatto oggetto dell'istigazione e reato realizzato. Tale conclusione sarebbe però smentita dall'art. 116 c.p., che ammette la rilevanza del contributo dell'istigatore quando il reato realizzato, pur diverso da quello oggetto di istigazione, sia comunque causalmente riconducibile al comportamento di incitazione. Concordemente, RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1773.

¹⁷¹ Letteralmente, nell'ambito della sua puntualissima indagine sui criteri di rilevanza delle condotte concorsuali atipiche, riportando una delle opinioni con le quali non si trova d'accordo, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 158. Dell'idea qui prospettata, in dottrina, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 565 ss., secondo cui "circa la partecipazione psichica, di ciò non si è mai dubitato: non si è mai ritenuto necessario che l'azione istigatrice sia una *condicio sine qua non* del verificarsi del reato, non richiedendosi, anche per l'ardua prova della distinzione, la determinazione, ma ritenendosi sufficiente il rafforzamento o il sostegno". Per la posizione della giurisprudenza al riguardo, secondo le indicazioni degli Autori sopra menzionati, si vedano, tra le altre, Cass. pen., Sez. I, 14 luglio 1982, n. 6981, in *Riv. pen.*, 1983, 422; Cass. pen., Sez. III, 22 luglio 1981, n. 7322, in *Riv. pen.*, 1982, 186; Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 1982, *Cappello*, in *Giust. pen.*, 1983, II, 92; Cass. pen., Sez. I, 16 novembre 1989, *Febbi*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 97.

determinazione dell'altrui comportamento"¹⁷². Tale orientamento, in giurisprudenza, ha finito per portare a risultati non condivisibili: interpretando la nozione di rafforzamento del proposito criminoso come mero sostegno psicologico all'attività criminosa dell'esecutore, si rischia di prescindere del tutto da un effettivo collegamento causale, rendendo punibili comportamenti che si esauriscono in una mera adesione morale¹⁷³. Inoltre, in materia di valutazione della rilevanza delle condotte *ex ante*, tramite l'utilizzo della prognosi postuma si ripropongono le stesse obiezioni avanzate nell'ambito dell'analisi di tale prassi con riferimento ai contributi di tipo materiale¹⁷⁴.

Infine, in linea con l'impostazione tradizionale della teoria condizionalistica, si subordina la rilevanza del comportamento istigatorio, anche nelle sembianze del rafforzamento, "all'esistenza di un legame causale effettivo in rapporto al fatto di reato"; in questo modo, il consolidamento di un proposito criminoso altrui assumerà

¹⁷² Ancora, criticamente, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub art.* 110, 159. Contro le applicazioni giudiziali che ritengono sufficiente all'integrazione di un concorso morale, il manifestarsi di una "chiara adesione" alla condotta dell'esecutore, stante l'impossibilità di risolvere il verbo "concorrere" di cui all'art. 110 c.p., nel senso di "aderire", si schiera SEMINARA S., *Tecniche Normative*, cit., 257 ss., il quale, come già visto, fonda su questo rilievo la necessità di una riforma della disposizione citata nel senso di una tipizzazione delle forme di partecipazione nel reato. Contrariamente, concorde all'idea prospettata nel testo, si segnala ancora una volta la posizione di ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento*, cit., 416 ss., il quale, ritenendo che nel campo delle relazioni interpersonali non valgano le normali leggi del mondo fisico, spesso utilizzate per la dimostrazione di un legame causale, trae la conclusione della preferibilità di un giudizio prognostico sulla capacità di una determinata condotta di influenzare un'altra. In giurisprudenza, tra i casi principali, si segnalano: Cass. pen., Sez. I, 17 febbraio 1999, n. 8763, in *Cass. pen.*, 2000, 6, 1588, in merito alla ritenuta rilevanza della condotta obiettivamente idonea a rafforzare l'altrui proposito criminoso o a determinare i concorrenti alla commissione del reato; Cass. pen., Sez. V, 17 marzo 1983, n. 4415, in *Riv. pen.*, 1984, 162, per la rilevanza anche del semplice sostegno psicologico all'attività delittuosa.

¹⁷³ Così, sempre GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub art.* 110, 159, il quale specifica che i risultati, cui perviene la giurisprudenza in questi casi, finiscono per affermare la punibilità persino della mera presenza sul luogo di reato, quando questa abbia facilitato l'esecuzione del reato oppure quando l'autore ne abbia tratto motivo di maggiore sicurezza nell'esplicazione della sua attività, ma anche quando "sia diretta ad incoraggiare l'azione delittuosa" e, addirittura, quando essa palesi una "chiara adesione" all'azione delittuosa dell'autore. In tale osservazione, l'Autore fa specifico riferimento a casi concreti, esaminati dalla giurisprudenza di legittimità, tra i quali: Cass. pen., Sez. I, 26 giugno 1986, n. 6229, cit.; Cass. pen., Sez. III, 22 luglio 1981, n. 7322, cit.; Cass. pen., Sez. V, 15 novembre 1982, n. 10800, in *Riv. pen.*, 1983, 714; Cass. pen., Sez. I, 23 aprile 1982, n. 4241, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 1986, n. 5437, in *Riv. pen.*, 1987, 355; Cass. pen., Sez. I, 27 ottobre 1987, n. 13063, in *Riv. pen.*, 1988, 463. Contrariamente, per esempio, sull'insufficienza della mera adesione morale, Cass. pen., Sez. II, 7 novembre 1981, n. 9937, in *Riv. pen.*, 1982, 525. Secondo RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., *sub art.* 110, 1773, lo scopo celato di tale orientamento giurisprudenziale, che non può essere approvato, sarebbe quello di "aggirare la provata insussistenza di un concorso di persone nella forma del concorso materiale", poiché esso cerca di sostituire l'accertamento di un effettivo rapporto di causalità psicologica con un mero giudizio di astratta attitudine della condotta ad influenzare i processi decisionali. Critica ancor più aspra, in relazione all'asserita violazione del principio di personalità della responsabilità penale da parte della prassi giurisprudenziale eccessivamente estensiva in sede di giudizio di rilevanza delle condotte concorsuali atipiche, può leggersi in DONINI M., *La partecipazione al reato*, cit., 196 ss.

¹⁷⁴ Contrari all'utilizzo di tale giudizio anche in sede di accertamento della rilevanza penale delle condotte atipiche di concorso morale, oltre agli Autori sopra nominati, pure FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 532; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 407 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 566.

rilevanza penale quando si traduca in un reale “impulso dato ad un proposito criminoso che altrimenti (in mancanza, cioè, del sostegno dell’istigatore) non si sarebbe manifestato all’esterno (a causa dei dubbi e delle perplessità ancora esistenti nell’animo dell’istigato), oppure si sarebbe manifestato in forme diverse [...]”¹⁷⁵. Conseguenza di tale impostazione è che non possa considerarsi punibile a titolo di concorso l’incitamento prestato a chi fosse già comunque determinato, sotto ogni punto di vista, alla commissione del reato (cioè, nel caso di c.d. *omnimodo facturus*) ovvero la mera adesione psichica, sia pure riconoscibilmente manifestata a chi esegue il reato, o la presenza sul luogo del delitto, anche se eventualmente ne derivi un sentimento di maggiore sicurezza in capo all’esecutore¹⁷⁶.

Un ultimo appunto: le considerazioni sin qui svolte, con riguardo all’applicabilità del criterio causale al giudizio di rilevanza delle condotte concorsuali atipiche, mantengono una loro validità nell’ambito della responsabilità per compartecipazione criminosa *attiva* nel reato commissivo doloso, in cui la tematica della causalità riesce a mantenere un profilo più tradizionale, difendendosi ancora dalle critiche e proposte di revisione avanzate nei suoi confronti; la crisi di tale parametro, peraltro, si

¹⁷⁵ Espressioni di GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 110, 159 ss., assiduo sostenitore dell’applicabilità della causalità tradizionalmente intesa al giudizio di rilevanza delle condotte, sia materiali che morali, concorsuali atipiche. Sostanzialmente d’accordo, RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., *sub* art. 110, 1773 ss.. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. I, 23 ottobre 1986, n. 11594, in *Riv. pen.*, 1987, 680; nel senso che occorre dimostrare in concreto il nesso causale tra l’adesione del terzo e il contributo che ne deriva all’attività del concorrente materiale, Cass. pen., Sez. I, 14 dicembre 1995, *Giacalone*, in *Cass. pen.*, 1996, 3641. Si è precisato, in Cass. pen., Sez. I, 18 febbraio 2009, n. 10730, in *DeJure*, che, in caso di istigazione, la prova del concorso morale non può presumersi sulla base della presenza di un mero interessamento alla realizzazione dell’evento penalmente vietato, dovendosi sempre dare conto degli elementi fattuali dai quali ricavare l’esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato, specificandone il rapporto di causalità efficiente con le attività materiali poste in essere dagli altri concorrenti.

¹⁷⁶ Di quest’idea FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 532; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 110, 160. Come loro, anche COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 409, il quale, però, aderendo a una concezione di causalità integrata dalla teoria di rinforzo, specifica che la rilevanza penale della mera presenza sul luogo del reato non può escludersi quando essa stimoli effettivamente l’azione criminale, anche dando un maggiore senso di sicurezza agli agenti e dunque diano un contributo al fatto quantomeno agevolatore. Secondo parte della giurisprudenza, la mera presenza sul luogo del reato può integrare la partecipazione morale solo quando essa palesi la chiara adesione alla condotta delittuosa e l’autore materiale ne abbia tratto motivo di rafforzamento (tra le altre, cfr. Cass. pen., Sez. I, 11 ottobre 2000, n. 12089, in *Cass. pen.*, 2003, 1531) ovvero stimolo o maggiore senso di sicurezza (così, Cass. pen., Sez. IV, 14 luglio 2000, n. 8250, in *Riv. pen.*, 2000, 1155; Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 1991, n. 3003, cit.). Concordemente, in merito alla non punibilità in caso di *omnimodo facturus*, RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., *sub* art. 110, 1773. Al contrario, PAGLIARO A., *La responsabilità del partecipe*, cit., 60, ritiene che “la realizzazione esteriore continua ad <<appartenere>> anche al soggetto che ha fornito il mezzo non utilizzato; e altrettanto deve dirsi per la ipotesi dell’*omnimodo facturus*”. In giurisprudenza si è affermato che, se sussiste un nesso eziologico tra l’azione incitatrice ed il reato, è irrilevante che l’esecutore abbia agito *anche* per motivi propri, essendo solo necessario che tali motivi, in assenza della dell’altrui azione eccitatrice, non sarebbero stati sufficienti a far sorgere la determinazione: Cass. pen., Sez. I, 22 febbraio 1990, n. 2493, in *Riv. pen.*, 1990, 942.

apprezza significativamente, come si vedrà in seguito, nel diverso campo del concorso per omissione¹⁷⁷.

3.3 segue: l'elemento soggettivo.

Per potersi configurare la fattispecie di partecipazione criminosa, si necessita della sussistenza, accanto ai requisiti oggettivi finora esaminati, di un ulteriore elemento di natura soggettiva o psicologica¹⁷⁸, sulla cui determinazione sorgono però alcune incertezze e divergenze¹⁷⁹.

Quest'ultimo, vista la natura autonoma della fattispecie plurisoggettiva eventuale, risultante dal combinato disposto dell'art. 110 c.p. con la norma di parte speciale di volta in volta rilevante, deve essere determinato in modo anch'esso autonomo, tenendo pur sempre conto dei principi generali validi in tema di elemento soggettivo del reato, ma altresì facendo salvi i necessari adattamenti richiesti dalla particolare struttura e dalle peculiari caratteristiche della fattispecie in esame¹⁸⁰.

In quest'ambito, l'elemento soggettivo assume il ruolo di fattore costitutivo, al tempo stesso, sia della tipicità delle azioni espressamente previste dalle norme incriminatrici, con cui l'art. 110 c.p. si combina nel caso concreto, sia della rilevanza penale delle condotte di partecipazione atipica¹⁸¹. Così, è possibile affermare la natura composita del requisito

¹⁷⁷ Concordemente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 530.

¹⁷⁸ Secondo PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 480, la necessità di tale elemento si ricaverebbe logicamente dalla circostanza per la quale la fattispecie di concorso, pur dando luogo ad un autonomo titolo di responsabilità, deriva la sua natura delittuosa o contravvenzionale dalla fattispecie incriminatrice con cui si combina. In questo modo, quando delittuosa, la partecipazione criminosa ricaverebbe la propria punibilità a titolo di dolo dall'applicazione della norma generale di cui all'art. 42, comma 2°, c.p.; quando contravvenzionale, essa non necessiterebbe di una espressa previsione dell'elemento soggettivo, poiché risulterebbe attuabile la disposizione generale di cui all'art. 32, comma 4°, c.p.. Per quanto attiene la punibilità delle ipotesi di concorso nel delitto colposo, invece, occorrerebbe un'apposita previsione normativa che, nel nostro ordinamento, si rinviene nell'art. 113 c.p., recante la disciplina della *cooperazione nel delitto colposo*. LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 166, d'altra parte, ritiene che "come non è possibile individuare il tipo di azione sulla base del solo aspetto esteriore (= causale) del comportamento, così è impossibile stabilire quando vi sia partecipazione accessoria se ci si ferma alla considerazione della sola efficienza causale della condotta in relazione alla commissione dell'altrui reato: nell'uno come nell'altro caso occorre fare riferimento al contenuto della volontà del soggetto agente, vale a dire al significato oggettivo che l'atteggiamento psicologico imprime all'azione".

¹⁷⁹ In questo senso si esprimono armonicamente ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 566; BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 503; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 572.

¹⁸⁰ Osservazione che si ritrova in PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 480, e in MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 572.

¹⁸¹ Così LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 166.

in esame, integrata dal ricorrere del *dolo del fatto tipico monosoggettivo* insieme con il c.d. *dolo di concorso*¹⁸².

Il primo consiste “nella coscienza e volontà del fatto criminoso, che quanto a contenuto in nulla differisce dal dolo del reato monosoggettivo”¹⁸³ e, coerentemente con i principi generali del sistema penale, ne è richiesta la presenza in almeno uno dei compartecipi per la perfezione del reato, senza che, peraltro, esso sia necessariamente da rinvenirsi in capo all’esecutore materiale¹⁸⁴. Quest’ultima affermazione trova conferma normativa, ancora una volta, nell’art. 112, comma 4°, c.p., il quale riferendosi, nella previsione di un’applicazione estensiva delle circostanze aggravanti di cui ai commi precedenti, al compartecipe non punibile, allude all’ammissibilità dell’ulteriore ipotesi di difetto di colpevolezza e, dunque, di mancanza dell’elemento soggettivo in capo a taluno dei concorrenti¹⁸⁵.

Il dolo di concorso, invece, “assume come proprio oggetto la condotta tenuta e la sua connessione con la condotta degli altri compartecipi, e come proprio contenuto strutturale la *coscienza* e la *volontà* di contribuire alla realizzazione del fatto di reato”¹⁸⁶. D’altra parte, si è ritenuto, in conformità con quanto affermato nella Relazione ministeriale al Progetto definitivo¹⁸⁷, che sufficiente ad integrare il requisito soggettivo del concorso sia la mera consapevolezza di concorrere all’azione altrui, ossia la *coscienza* di cooperare con

¹⁸² La bipartizione dell’elemento soggettivo così delineata si ritrova puntualmente in FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 535, e PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 348 ss.. Sostanzialmente d’accordo, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 164.

¹⁸³ Letteralmente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 535.

¹⁸⁴ Concorde, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 349, secondo il quale “la possibilità di un’esecuzione frazionata del reato riguarda infatti anche l’elemento psicologico, nel senso che il dolo del fatto può trovarsi in uno qualunque dei compartecipi (ad es., Tizio istiga Caio a sottrarre una cosa che Caio crede propria, ma Tizio sa essere d’altri: l’esecutore non è in dolo rispetto al fatto di furto, mentre lo è l’istigatore)”.

¹⁸⁵ Ancora, si rinvia a quanto sottolineato da PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 349.

¹⁸⁶ Parole di PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 349, (corsivo nostro). Così anche FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 535; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 572, il quale ritiene che il dolo di concorso sia previsto a tutela del principio costituzionale di responsabilità penale personale, in virtù del quale “occorre che al concorrente sia attribuibile psicologicamente non solo la condotta da lui materialmente posta in essere [...], ma l’intero reato realizzato in concorso con gli altri soggetti”. D’accordo anche PULITANÒ D., *Diritto Penale*, cit., 374, secondo il quale il dolo di concorso avrebbe ad oggetto, per ogni singolo concorrente, non soltanto il proprio personale contributo atipico, ma anche il fatto di reato realizzato in concreto: dunque, “agisce con dolo di concorso colui che ha la consapevolezza e volontà di contribuire, con la propria condotta, alla realizzazione del fatto di reato, rappresentato nei suoi elementi costitutivi”. Nel senso che il dolo di concorso sia da intendersi come volontà di concorrere con altri alla realizzazione di un reato comune, concordemente con quanto accolto nel testo, cfr., in giurisprudenza, il caso (cui rimanda FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 535) di Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 1989, n. 5449, in *Riv. pen.*, 1991, 197.

¹⁸⁷ Secondo la *Relazione del Guardasigilli*, cit., 165, 171, “la *scientia maleficii*, invero, ha un contenuto fondamentale, che è comune ed 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”.

altri alla realizzazione della condotta tipica¹⁸⁸. Dottrina e giurisprudenza prevalenti, peraltro, reputano maggiormente persuasiva la tesi sopraesposta, per cui l'accertamento dell'elemento soggettivo della partecipazione criminosa esigerebbe anche l'atteggiamento mentale della *volizione*¹⁸⁹.

Riassumendo, il requisito in esame avrebbe ad oggetto il fatto tipico plurisoggettivo, il fatto, cioè, di “concorrere con altri alla realizzazione del reato di parte speciale”: in quanto tale, esso implicherebbe, in primo luogo, la coscienza e volontà di realizzare un fatto che costituisce reato; in secondo luogo, la conoscenza delle condotte che gli altri concorrenti hanno posto, pongono o porranno in essere; in terzo ed ultimo luogo, la coscienza e la volontà di combinare la propria condotta con le altre per la verifica del reato comune¹⁹⁰.

La figura del *previo accordo*, ossia il legame di volontà che avvince tutti i concorrenti tra loro, è ora pacificamente ritenuta, da dottrina e giurisprudenza costanti, non più

¹⁸⁸ Cfr., in dottrina, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 164; in giurisprudenza, tra le altre, Cass. pen., Sez. IV, 14 settembre 1991, n. 9590, in *Riv. pen.*, 1992, 367 ss..

¹⁸⁹ Sostengono la tesi prospettata nel testo, oltre agli Autori sopracitati, PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 480; PISTORELLI L., in CRESPI A. - FORTI G. - ZUCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve*, cit., sub art. 110, 619; PULITANO D., *Diritto Penale*, cit., 374; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1783; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 575, il quale, per l'appunto, ritiene che non sia sufficiente la *consapevolezza di concorrere*, essendo necessario che la *volontà di concorrere* sussista in ogni forma di compartecipazione criminosa, sia essa attiva od omissiva, materiale o morale; concorde, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 567 ss.. Secondo COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 416 ss., “il profilo volitivo è essenziale nel dolo di concorso, il contributo concorsuale deve essere frutto di volontaria adesione alla condotta di reato altrui, che non sussiste quando sia il soggetto passivo a chiedere ausilio o a dare un mandato all'agente di cui questi non abusi”. Per la posizione della giurisprudenza, RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1783, rimanda a Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 1995, *Gherrino*, in *Cass. pen.*, 1997, 56; Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 1989, n. 5449, cit.. In relazione all'oggetto della rappresentazione e volizione del fatto criminoso, in Cass. pen., Sez. I, 13 gennaio 1998, *Siclari*, in *Giust. pen.*, 1999, II, 181, si è sostenuto sufficiente che il concorrente si rappresenti la commissione di un fatto concreto conforme a quello descritto dalla norma incriminatrice, senza che occorra la piena conoscenza dei dettagli dell'esecuzione.

¹⁹⁰ In questo senso si esprime MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 574 ss.. Si segnala la puntualizzazione di BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 503 ss., il quale ritiene che il contenuto dell'elemento soggettivo vari a seconda che ci si riferisca ad un'ipotesi di partecipazione dolosa ovvero colposa: nel primo caso, il dolo del partecipe deve consistere nella volontà dell'azione od omissione posta in essere, accompagnata dalla coscienza di accedere all'azione dell'autore, facilitandola o istigandola, e dalla rappresentazione e volontarietà dell'evento finale; nell'ipotesi di partecipazione colposa, invece, il partecipe – che non ha di mira l'evento dannoso finale o perché incoscientemente non lo prevede, o perché, seppur previsto, lo ritiene o lo spera irrealizzabile (colpa cosciente) – oltre alla volontarietà della propria condotta negligente, deve avere anche la coscienza di accedere ad un'azione altrui. In questo senso, la Relazione ministeriale al progetto definitivo del c.p., cui si è fatto innanzi riferimento, nel parlare di dolo di concorso avrebbe mancato di specificare che quella “consapevolezza di concorrere con la propria azione all'azione altrui” deve sussistere tanto nelle ipotesi di partecipazione colposa, tanto in quelle di partecipazione dolosa, richiedendosi in quest'ultimo caso il *quid pluris* della rappresentazione e volontà dell'evento delittuoso finale. Concorde, LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 272, secondo il quale, “ciò che costituisce, dunque, l'unità della comune realizzazione criminosa è proprio la convergenza delle volontà verso il conseguimento <<in comune>> dello scopo da tutti perseguito. Il tendere di tutti i concorrenti verso un fine, che non è soltanto unico (<<il medesimo>>) ma è altresì comune, costituisce il contrassegno tanto della correttezza quanto della mera partecipazione nelle due diverse forme di concorso, doloso o colposo”.

essenziale all'integrazione dell'elemento soggettivo della partecipazione criminosa, pur continuando a costituire la manifestazione probabilmente più frequente sul piano fattuale. Ciò in quanto il concorso può facilmente configurarsi anche a seguito di un'intesa spontanea, intervenuta subitaneamente nel corso dell'esecuzione, senza alcuna determinazione preventiva¹⁹¹.

Allo stesso modo, non si reputa indispensabile la *reciproca volontà di concorrere o volontà comune* e, anzi, il dolo di concorso può sussistere anche in capo ad uno soltanto dei concorrenti (c.d. *concorso unilaterale*) nell'ipotesi in cui l'autore materiale nulla conosca dell'aiuto che gli proviene dall'azione od omissione di terze persone; senza, dunque, che sia necessaria nemmeno la *reciproca consapevolezza* dell'altrui contributo¹⁹². È il caso di colui che intenzionalmente ponga un'arma nella disponibilità di taluno che abbia precedentemente manifestato propositi omicidi, senza che quest'ultimo sappia della provenienza di tale apporto¹⁹³.

Tuttavia, pur non essendo necessarie in capo a ciascuno dei partecipanti per la configurazione della fattispecie di cooperazione criminosa, la coscienza e la volontà di concorrere sono richieste ai fini della punibilità dei singoli concorrenti a titolo di

¹⁹¹ A conferma dell'armonia in materia cfr., in dottrina, ad esempio, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 566 ss.; BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 503; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 417; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 573; PULITANO D., *Diritto Penale*, cit., 374; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1783; RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve*, cit., sub art. 110, 496. GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 164, riporta l'esempio di accordo subitaneo di A, che vede alcune persone sottrarre degli oggetti da un magazzino e interviene per aiutare i ladri a trasportare la merce; invece, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 349, quello di taluno che, vedendo altri percuotere a mani nude il suo nemico, fornisca loro un'arma. In giurisprudenza, i summenzionati Grasso e Mantovani indicano, tra tutti, Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 1995, *Tubito*, in *Cass. pen.*, 1996, 2183; Cass. pen., Sez. II, 16 marzo 1992, n. 2811, in *Riv. pen.*, 1992, 564 ss.; Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 1998, n. 6489, in *Cass. pen.*, 1999, 1443; Cass. pen., Sez. I, 2 ottobre 1997, n. 1365, in *Cass. pen.*, 2000, 47; Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2003, n. 25705, in *Cass. pen.*, 2004, 3221.

¹⁹² Sulla configurabilità di un concorso con dolo di partecipazione in capo ad uno solo dei concorrenti, cfr., oltre agli Autori indicati di seguito, COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 417; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 535; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 165; INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988, 474. Sulla non necessità di una reciproca consapevolezza dell'altrui contributo, purché sussista la consapevolezza della coordinazione di forze almeno da parte di un concorrente, RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1784, riporta i casi di Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 1995, *Gherrino*, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 1989, n. 5449, cit.; Cass. pen., Sez. VI, 1° giugno 1989, *Caveduri*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 214. Contrariamente si esprimono, in dottrina, LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 164, il quale sostiene la necessaria identità di contenuto della volontà in tutti i concorrenti, le condotte dei quali devono essere orientate finalisticamente verso il medesimo evento; in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. V, 19 novembre 1982, *Codetta*, in *Giust. pen.*, 1983, II, 489; Cass. pen., Sez. I, 4 luglio 1987, n. 8084, cit., si esige la consapevolezza in ciascuno dei concorrenti del "collegamento finalistico" fra i vari apporti.

¹⁹³ Esempio riportato sia in BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 503, sia in MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 574. PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 349, riporta come esempio quello del domestico infedele che, venuto a conoscenza del progetto di un furto ai danni del proprietario di casa, non attiva i sistemi di sicurezza, per favorire la buona riuscita del reato; in questo caso, riporta l'Autore, "il domestico concorre nel furto; il ladro, all'oscuro del contributo prestatogli, risponde invece soltanto in base alla fattispecie monosoggettiva realizzata".

concorso¹⁹⁴: infatti, se il dolo di partecipazione manca in capo a taluno dei compartecipi, questi non risponderà ai sensi dell'art. 110 c.p., ma del reato monosoggettivo di cui ha integrato il fatto tipico o neppure di quello, se la sua condotta è atipica¹⁹⁵. È possibile, quindi, che, nell'ambito del medesimo reato, un soggetto risponda a titolo di concorso e un altro sia responsabile della realizzazione monosoggettiva del fatto stesso: riprendendo l'esempio di colui che fornisca un'arma a chi abbia manifestato l'intenzione di uccidere, il primo risponderà di concorso in omicidio, mentre l'esecutore materiale, se ignora il contributo dell'altro (ritenendo, per esempio, causale il ritrovamento dell'ordigno) sarà considerato punibile di omicidio ai sensi della norma incriminatrice di parte speciale, (secondo, dunque, la sua configurazione monosoggettiva)¹⁹⁶.

In ogni caso, se più soggetti compiono tutti, l'uno all'insaputa dell'altro, un'azione già di per sé esecutiva di una fattispecie criminosa, non può aversi concorso, ma si configureranno distinti ed autonomi reati monosoggettivi poiché le diverse condotte difettano di ogni legame e sono del tutto indipendenti, non potendo dare vita al complesso unitario di azioni, che costituisce l'essenza dell'istituto in riferimento¹⁹⁷.

Nelle ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice monosoggettiva integrata richieda la qualificazione ulteriore dell'elemento soggettivo prescrivendo il *dolo specifico*, si ritiene che sia sufficiente, per la configurabilità di un concorso punibile, che la rappresentazione e volontà della particolare finalità considerata dalla legge penale siano in capo ad almeno uno dei concorrenti, che non sia necessariamente l'esecutore, mentre gli altri cooperino

¹⁹⁴ Così MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 574.

¹⁹⁵ A riguardo, concordi, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 574; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 568.

¹⁹⁶ Considerazione e relativo esempio di GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 165 ss.; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1784, sostiene che "la ragione per cui la coscienza del contributo all'altrui condotta può essere unilaterale è che solo in riferimento al partecipe va ricercato l'elemento soggettivo del concorso: l'autore quindi può anche essere ignaro dell'aiuto che gli proviene da terze persone. Qualora però sia il partecipe a non avere la coscienza e la volontà di cooperare, questi andrà esente da pena perché il fatto non costituisce reato per mancanza del requisito psicologico". In Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, cit., si legge "[...] che cosa avviene se ci si trova in presenza di concorso di cause (colpose) indipendenti? Per natura e per definizione in questo caso non ci troviamo in presenza di un "concorso" di persone nel reato: tutte contribuiscono causalmente al verificarsi dell'evento ma gli atteggiamenti soggettivi non s'incontrano mai neppure sotto il profilo della consapevolezza dell'altrui partecipazione [...]".

¹⁹⁷ Concordemente, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 567 ss.; DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva*, cit., 105 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 536; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 573; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1784.

con un semplice dolo generico, ossia con coscienza e volizione di contribuire con la propria condotta e con la consapevolezza del fine specifico che anima l'azione altrui¹⁹⁸.

Mentre non solleva dubbi l'ammissibilità di un concorso doloso in reato doloso, al pari di un concorso colposo in reato colposo¹⁹⁹, altrettanto pacificamente non può affermarsi la punibilità di una partecipazione dolosa a delitto colposo e, viceversa, di una partecipazione colposa a delitto doloso. Sorvolando, in questa sede, sull'analisi della prima questione, si deve innanzitutto esemplificare l'ipotesi di un concorso per colpa nel delitto commesso con dolo, con la prospettazione del caso in cui taluno consegna del veleno per topi a chi abbia in precedenza manifestato un, seppur astratto, proposito omicida, colpevolmente supponendo che la sostanza verrà effettivamente usata per uccidere i ratti, e invece diventa successivamente il mezzo utilizzato per cagionare la morte di qualcuno²⁰⁰.

L'accoglimento di questa figura concorsuale, caratterizzata dalla "consapevolezza del concorrente in colpa di interagire con la condotta del secondo (cioè, l'esecutore in dolo) senza però rappresentarsene il carattere criminoso"²⁰¹, risulta problematico, e perciò spesso respinto, per una serie di ragioni di ordine giuridico-sistematico, di volta in volta portate alla luce dalla dottrina²⁰².

¹⁹⁸ Cfr. COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 417; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 536; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 110, 166; RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1784. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 575, esemplifica, scrivendo che "quando l'esecutore materiale del furto agisce con lo scopo di profitto, per l'istigatore o l'ausiliatore può bastare la consapevolezza che quello ha agito con tale finalità. Qualora, invece, l'esecutore materiale difetti del dolo specifico (perché, ad es., ha agito per errore sul fatto), l'istigatore o l'ausiliatore debbono essi stessi avere operato con la finalità prescritta dalla legge. In merito all'opportunità che tutti i concorrenti siano consapevoli del dolo specifico che anima taluno di loro, LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 164, afferma che "se il reato in cui si concorre è un delitto a dolo specifico, è necessario che tutti i concorrenti perseguano la finalità specifica richiesta dalla norma incriminatrice o, quanto meno, siano consapevoli che colui che commette il reato agisce con quella finalità".

¹⁹⁹ Ciò in quanto, in ossequio alla regola di cui all'art. 42, comma 2°, c.p., per la punibilità del concorso doloso in delitto doloso è sufficiente la norma di cui all'art. 110 c.p.; per la punibilità del concorso colposo nel delitto doloso, invece, si applica la disposizione dell'art. 113 c.p., che opera un'estensione espressa della punibilità dei delitti monosoggettivi colposi alle ipotesi di concorso colposo. Così secondo MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 572, cui si rimanda per la trattazione della questione di ammissibilità del concorso doloso e colposo nelle contravvenzioni, rispettivamente, dolose e colpose.

²⁰⁰ Esempio riportato in FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 536 ss., e in RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1786, mutuato a sua volta dal caso concretamente verificatosi ed oggetto di esame da parte di C. Ass., Padova, 7 marzo 1969, *Baracco - Zanatto*, in *GM*, 1970, II, 145. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 481, invece, richiama il caso in cui "Tizio colposamente consegna a Caio uno strumento privo della necessaria sicurezza ben sapendo che questi ne assume la piena disponibilità e poi Caio presta lo strumento a Filano con il proposito che quest'ultimo rimanga ferito dall'uso dello strumento difettoso".

²⁰¹ Letteralmente, PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 481.

²⁰² Tra gli altri, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 351 ss., escludendo la rilevanza della figura di concorso in esame, riferisce che le ipotesi che comunemente emergono in questo ambito concernono per lo più un'autonoma responsabilità colposa (monosoggettiva), che prescinde dall'ulteriore responsabilità dolosa di altri:

In primo luogo, un rilievo di carattere testuale vorrebbe intendere il riferimento al *medesimo reato* di cui all'art. 110 c.p., come legittimario di una concezione unitaria della partecipazione criminosa, contro la quale si opporrebbe logicamente l'ammissione della possibilità di imputare lo stesso fatto a titoli soggettivi diversi; ciò, invero, equivarrebbe ad accogliere una nozione pluralistica del concorso, inteso, cioè, come istituto costituito dal realizzarsi di una pluralità di reati²⁰³. A questo primo rilievo, si aggiunge la circostanza per la quale il legislatore ha regolato in modo esplicito le ipotesi in cui ha voluto che i diversi compartecipi nello stesso reato venissero puniti a titoli diversi; da tali previsioni espresse si desumerebbe *a contrario* che la punibilità a diverso titolo rappresenti un'eccezione²⁰⁴.

Inoltre, poiché l'art. 42, comma 2°, c.p. fissa il principio generale, non derogabile nell'ambito della partecipazione criminosa, secondo il quale la responsabilità colposa

ad esempio “[...] nel caso di Tizio che, per negligenza, lascia incustodita l'arma di cui Caio si serve per uccidere volontariamente Sempronio: Tizio potrà essere chiamato a rispondere di omicidio colposo in base all'art. 589 c.p., mentre Caio risponderà di omicidio volontario ex art. 575 c.p.”. In aggiunta a ciò, PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 482, sostiene che la punibilità delle condotte di agevolazione colposa del delitto doloso alla stregua di fattispecie monosoggettive, nell'ambito cioè di un concorso di azioni indipendenti, può avvenire sulla base di presupposti diversi a seconda che si tratti di reati a condotta libera o vincolata. Nel primo caso, chi agevola colposamente non deve necessariamente avere consapevolezza di interagire con la condotta altrui: dunque, nell'ipotesi di taluno che uccida un soggetto con un'arma colpevolmente lasciata incustodita da un altro, essendo l'omicidio una fattispecie a condotta libera, quest'ultimo risponderà a prescindere dalla consapevolezza dell'intenzione e conseguente azione del primo. Nel caso di reati a condotta vincolata, invece, la punibilità dell'agevolazione colposa può avvenire solo sulla base di un'espressa previsione incriminatrice *ad hoc*, per esempio, l'art. 387 c.p.. Si rimanda alla puntuale analisi di ALBEGGIANI F., *I reati*, cit., 207 ss., per l'esclusione dell'ammissibilità della categoria in esame la quale, in linea teorica, potrebbe assumere rilevanza ed utilità pratica soltanto in ipotesi assai marginali e, peraltro, “abbastanza artificiose rispetto alla normale esperienza”.

²⁰³ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 537. Concordemente, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 352, ritiene che “la cooperazione colposa configura una fattispecie plurisoggettiva omogenea quanto ai coefficienti soggettivi di imputazione e implica la consapevolezza da parte dell'agente di cooperare con altri in un contesto integrato di gestione di un medesimo rischio; tale elemento è del resto incompatibile col supposto concorso colposo nel reato doloso, giacché la rappresentazione dell'altrui condotta non può che tradursi nel dolo del concorrente, apparentemente soltanto in colpa”. Contrariamente, ALBEGGIANI F., *I reati*, cit., 198 ss., ritiene che il dogma dell'unità del reato concorsuale, anche se sembrerebbe trovare un'apparente conferma nel dato testuale della disposizione di cui all'art. 110 c.p., si riveli decisamente debole se solo si consideri attentamente l'intera disciplina del Capo III e, inoltre, tale principio non può essere inteso, con lo specifico scopo di confutare l'ammissibilità del concorso colposo in reato doloso, nel senso più limitato di “identità di titolo di responsabilità (dolo, colpa o responsabilità oggettiva) per i soggetti effettivamente chiamati a rispondere”. In ogni caso, l'unicità del titolo di responsabilità non potrebbe validamente costituire argomento valido per escludere a priori l'ammissibilità dell'ipotesi prospettata.

²⁰⁴ Tale conclusione è prospettata in FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 537 ss.: l'esempio di questo genere di norme, ivi riportato, è l'art. 116 c.p., “che considera concorrenti soggetti che rispondono, rispettivamente, di dolo e di responsabilità oggettiva (almeno secondo la disciplina codicistica originaria)”. D'altra parte, ALBEGGIANI F., *I reati*, cit., 199, adduce l'esistenza di tali norme a conferma della possibilità che più concorrenti rispondano a titolo diverso come confutazione alla tesi di coloro che negano l'astratta configurabilità della forma concorsuale in esame, sulla base di argomenti che si fondano principalmente su una concezione unitaria dell'istituto del concorso. Oltre all'art. 116, egli annovera anche l'art. 48 c.p., ormai pacificamente riconducibile all'istituto della compartecipazione criminosa, il quale, “richiamando la disciplina dell'art. 47 nella sua totalità, è idoneo a ricomprendere l'ipotesi in cui, con l'attività dell'ingannatore, concorre anche la colpa dell'ingannato. Si viene a configurare, in quest'ultimo caso, un concorso criminoso in cui, del reato commesso in conseguenza dell'errore rispondono, a titolo di dolo, il soggetto ingannante e, a titolo di colpa, la vittima dell'inganno”.

debba sempre essere prescritta espressamente dalla legge e, considerato che l'art. 113 c.p. ammette testualmente la sola "cooperazione nel delitto colposo"²⁰⁵ e che, viceversa, il Codice prevede altrove fattispecie tassative di agevolazione colposa di un altrui fatto doloso²⁰⁶, sembrerebbe doversi escludere l'ammissibilità generica di una cooperazione colposa nel delitto doloso.

Ulteriori obiezioni scaturirebbero da alcune delle considerazioni più recenti in materia di teoria generale della colpa penale, con particolare riferimento alla tendenza, avvertita come sempre più indispensabile, di delimitare il campo del "dovere obiettivo di diligenza", incombente su ciascuno, entro limiti il più possibile compatibili con il principio della responsabilità penale personale, sancito dall'art. 27, comma 1°, della Costituzione; tendenza da cui discenderebbe la regola per cui "ognuno deve evitare soltanto i pericoli derivanti dalla <<propria condotta>>, mentre non si ha l'obbligo di impedire comportamenti pericolosi di terze persone altrettanto capaci di scelte responsabili"²⁰⁷. Da ciò discenderebbe l'impossibilità di qualificare alla stregua di condotte colpose, in base alla semplice prevedibilità dell'evento, le azioni non pericolose in sé, ma che forniscono ad altri l'occasione di realizzare un fatto di reato: dunque, nel caso di cui sopra, l'eventuale intuibilità astratta del fatto omicida da parte di colui che, dietro richiesta dell'agente, fornisca a quest'ultimo la sostanza topicida, non è sufficiente ad affermarne la colpa, tanto più se si considera la diffusa utilità di tale veleno, che ragionevolmente devia sospetti circa il suo utilizzo per fini illeciti²⁰⁸.

²⁰⁵ Il rilievo sull'opportunità di un'interpretazione restrittiva e fedele al dato testuale dell'art. 113 c.p., si ritrova in ALBEGGIANI F., *I reati*, cit., 208; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 537; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 351 ss.; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 482. Conformemente, RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice penale*, cit., sub art. 110, 1786, definisce l'art. 113 c.p. una "norma di sbarramento" alla possibilità di ammettere una cooperazione colposa in delitto doloso. BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 503, sostiene la punibilità della partecipazione colposa anche sotto la vigenza del precedente Codice penale, in mancanza di una previsione espressa oggi contenuta nell'art. 113 dell'attuale Codice, sulla base dei principi generali, semplicemente riconoscendosi che l'elemento soggettivo del concorso, al pari di quello di tutte le altre forme di manifestazione del reato, possa atteggiarsi anche a colpa, oltre che a dolo. ALBEGGIANI F., *I reati*, cit., 180, ritiene le ricostruzioni di ammissibilità della cooperazione colposa sulla base di una configurabilità logica, una questione ormai superata in senso affermativo dal Legislatore del 1930, attraverso l'introduzione dell'art. 113 c.p..

²⁰⁶ A sostegno di tale argomento, ALBEGGIANI F., *I reati*, cit., 209; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 538, il quale segnala che le ipotesi tassative di agevolazione colposa di altrui reato doloso possono rinvenirsi negli articoli 254, 259, 350 c.p.. A queste, PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 482, aggiunge la fattispecie di colpa del custode dell'evasione di persona arrestata o detenuta, di cui all'art. 387 c.p..

²⁰⁷ Parole di FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 538.

²⁰⁸ Ancora, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 538. Pensiero condiviso anche da RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1786.

La posizione della giurisprudenza, in merito all'ammissibilità del concorso colposo nel reato doloso altrui, si è rivelata nel tempo piuttosto ondivaga²⁰⁹. A seguito di un primo, più risalente, orientamento che ne negava la configurabilità sulla base del sopraesposto argomento, deducibile dal combinato disposto degli articoli 42, comma 2°, e 113 c.p., secondo cui l'espressa previsione legislativa per la punibilità dei reati colposi richiesta dal primo non può rinvenirsi nel secondo, che tratta testualmente del solo concorso colposo nel delitto colposo²¹⁰, si è assistito, a partire dai primi anni del nuovo millennio, allo sviluppo di un indirizzo giurisprudenziale, maturato con particolare riferimento alla specifica casistica concernente la responsabilità del garante, che ha comportato una graduale inversione di tendenza verso l'accoglimento di tale figura²¹¹. Un radicale ripensamento si infine verificato, da parte della giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza n. 7032/2019, con cui la Corte, a seguito di una puntualissima disamina storica delle decisioni precedentemente emanate in materia, ha ritenuto di pronunciarsi nuovamente e, auspicabilmente in senso definitivo, su questa specifica fattispecie concorsuale, per far luce su "taluni rilievi che ne rendono incerto il fondamento", giungendo, a seguito di un meticoloso vaglio di argomentazioni, ad affermarne l'inammissibilità²¹².

²⁰⁹ Per una ricostruzione concisa, ma puntuale dell'evoluzione giurisprudenziale in questa materia, cfr. RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., sub art. 110, 1786 ss. e PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 352.

²¹⁰ Per esempio, in Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre 1996, n. 9542, in *DeJure*, si afferma che "[...] il concorso colposo, stando al nostro diritto positivo, non è configurabile rispetto al delitto doloso e ciò perché l'articolo 42, comma 2, c.p. richiede una espressa previsione, che, invece, manca, in quanto l'articolo 113 c.p. contempla il solo concorso colposo nel delitto colposo, parlando, come è stato sottolineato da autorevole dottrina, di <<cooperazione nel delitto colposo>> e non di <<cooperazione colposa nel delitto>>".

²¹¹ In particolare, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 39680, in *DeJure*, la quale, trattando il caso di contributo colposo al delitto di incendio doloso, confuta le argomentazioni sopraesposte di Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre 1996, n. 9542, cit., affermando che non possa addursi ad ostacolo alla configurabilità del concorso colposo in reato doloso la previsione di cui all'art. 42, comma 2°, in quanto quest'ultimo sarebbe da riferirsi soltanto alle norme incriminatrici di parte speciale, non potendo, dunque, applicarsi a quelle sul concorso, di cui agli articoli 110 e 113 c.p.. In tema di responsabilità colposa del medico psichiatra per fatto omicidiario, doloso, del paziente, Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, cit., adduce a favore dell'ammissibilità della figura concorsuale in esame le seguenti questioni: "[...] è infatti proprio l'esame congiunto delle due norme indicate (art. 42 c.p., comma 2 e art. 113 c.p.) che consente questa risposta; la compartecipazione è stata espressamente prevista nel solo caso del delitto colposo perché, nel caso di reato doloso, non ci si trova in presenza di un atteggiamento soggettivo strutturalmente diverso ma di una costruzione che comprende un elemento ulteriore – potrebbe dirsi <<in aggiunta>> – rispetto a quelli previsti per il fatto colposo, cioè l'aver previsto e voluto l'evento (sia pure con la sola accettazione del suo verificarsi, nel caso di dolo eventuale). Insomma, il dolo è qualche cosa di più, non di diverso, rispetto alla colpa e questa concezione è stata riassunta nella formula espressa da un illustre studioso della colpa che l'ha così sintetizzata: <<non c'è dolo senza colpa>>. Se questa ricostruzione è plausibile la conseguenza è che non fosse necessario prevedere espressamente l'applicabilità del concorso colposo nel delitto doloso perché se è prevista la compartecipazione nell'ipotesi più restrittiva non può essere esclusa nell'ipotesi più ampia che la prima ricomprende e non è caratterizzata da elementi tipici incompatibili".

²¹² Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032, in *DeJure*: nell'ambito di una fattispecie relativa all'omicidio di più persone da parte di un agente in possesso di un'arma da fuoco, acquistata in virtù della titolarità

4. La disciplina del concorso di persone nel reato: trattamento sanzionatorio, circostanze e cause di non punibilità.

Nell'analisi della disciplina del concorso prevista dal Capo III, bisogna preliminarmente considerare come essa talvolta differisca da quella della fattispecie monosoggettiva, per ragioni o strutturali o politico-criminali, legate alla pericolosità accentuata che il legislatore tradizionalmente ravvisa nel fenomeno della collaborazione criminosa²¹³.

Come in precedenza esposto, il trattamento sanzionatorio della fattispecie plurisoggettiva eventuale è orientato, in linea di principio, al rispetto della regola del Codice del '30, adottata coerentemente con la scelta di un modello di incriminazione unitario ed indifferenziato, della *pari responsabilità*, secondo la quale ciascuno dei concorrenti è punito sulla base dei medesimi limiti edittali previsti dalla norma incriminatrice di parte speciale violata dal reato posto in essere con la cooperazione di più soggetti²¹⁴. Tuttavia, la vigenza di tale criterio non implica l'identità di pena da infliggersi a ciascun partecipante, né esclude la rilevanza di eventuali differenze,

di un porto d'armi concessogli anche a seguito di rilascio in suo favore di un certificato medico, erroneamente attestante l'assenza di disturbi mentali dell'istante, la Corte ha ritenuto il medico che aveva emesso il certificato, punibile a titolo autonomo, ex articoli 41 e 589 c.p.. Rinviandosi al testo integrale della sentenza per una analisi completa delle motivazioni addotte dalla Corte all'affermazione della non configurabilità del concorso colposo in reato doloso, se ne riporta il frammento relativo alla confutazione degli argomenti, sopraesposti, addotti dalla giurisprudenza a favore della fattispecie in esame: "il concorso colposo nel delitto doloso, [...] nelle intenzioni dei suoi sostenitori avrebbe proprio la funzione di rendere tipiche condotte altrimenti atipiche. Non appare pletorico rammentare il vincolo che viene all'interprete dal principio di legalità, per esso astretto al dovere di non operare <<accessioni>> in malam partem; ferma restando la indiscutibile necessità di trarre dalla legge ogni possibile plausibile significato attraverso i noti criteri interpretativi. Ciò implica, ad avviso di questa Corte, che più dell'argomento logico (se è disciplinato l'uno allora è disciplinato anche l'altro) vale il limite della previsione legale, perché è da dimostrare che il legislatore abbia inteso ricorrere ad una penalizzazione estesa piuttosto che contratta. Pertanto non sembra convincente un'impostazione che miri ad evidenziare che "nulla osta" alla configurabilità del concorso colposo nel delitto doloso; piuttosto è necessario dimostrare che vi è una previsione legale che contempla tale istituto. Orbene, osserva il Collegio che non appaiono convincenti gli argomenti posti a base della diversa ricostruzione esegetica che circoscrive l'applicabilità dell'art. 42 c.p., comma 2, alle singole fattispecie incriminatrici previste dalla parte speciale del Codice penale e non anche agli istituti o alle disposizioni di parte generale, cosicché il principio della necessaria previsione legislativa delle ipotesi di responsabilità colposa in ambito delittuoso non costituirebbe un limite all'applicabilità in via estensiva degli articoli 110 e 113 c.p. ai casi di concorso, a titolo di colpa, nel delitto doloso. Ed invero, tale assunto viene ricavato da una lettura artificiosa del contenuto di tale disposizione, incentrata sul rilievo che essa esplicherebbe la duplice funzione: a) di norma chiarificatrice del titolo di responsabilità in ipotesi di cooperazione colposa omogenea e b) di norma di copertura del titolo di responsabilità colposa nelle ipotesi di cooperazione nelle quali convergono anche contributi dolosi. Ed ancora, l'argomento secondo cui la cooperazione colposa prevista nell'art. 113 c.p. sarebbe, di per sé, ricomprensiva dell'ipotesi più ampia, ovvero quella del dolo, collide con il principio di legalità che implica il divieto di analogia in malam partem, posto che il dolo e la colpa sono coefficienti soggettivi di attribuzione della responsabilità che presentano una diversità strutturale tanto a livello ontologico quanto normativo".

²¹³ L'osservazione si deve a PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 482.

²¹⁴ In questo senso, anche PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 482; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 356.

dovute alla varietà dei ruoli e degli apporti che caratterizza la fenomenologia concreta della compartecipazione criminosa, che possano ravvisarsi nel grado di responsabilità dei singoli compartecipi ed influenzarne l'accertamento in sede di commisurazione della pena. Dette differenze, nelle intenzioni del Legislatore, verrebbero dunque in considerazione, nell'ambito del vaglio giudiziale, in virtù, oltre che dei parametri rilevanti in base alla previsione di cui all'art. 133 c.p. e desumibili dalla vicenda criminosa, dell'applicazione di circostanze, specialmente previste "allo scopo di graduare la pena in funzione dell'effettivo contributo di ciascun soggetto alla realizzazione comune"²¹⁵.

Queste ultime, si differenziano in circostanze *speciali*, anche dette *circostanze del concorso*, e quindi esclusive della fattispecie plurisoggettiva, e circostanze *comuni*, o *nel concorso*, che sono relative al fatto di reato e dunque applicabili anche alla sua realizzazione monosoggettiva; a loro volta, entrambe le categorie si bipartiscono in circostanze *aggravanti* e *attenuanti*.

Focalizzando l'attenzione sulle disposizioni del Capo III, le circostanze speciali aggravanti, la cui applicazione, secondo il dato letterale di cui all'art. 112, è obbligatoria²¹⁶, possono attenersi o alla maggiore pericolosità relativa alla complessiva realizzazione plurisoggettiva del reato, o alla diversa importanza del ruolo svolto nella vicenda, o ai rapporti interpersonali tra i concorrenti, tali da determinare relazioni nelle quali emerga, da parte di taluno, una particolare signoria o un dominio qualificato sul fatto, risultante dallo sfruttamento o di una posizione autoritativa, o comunque di un qualche genere di superiorità rispetto agli altri partecipi²¹⁷.

²¹⁵ Letteralmente FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 540. Concordemente, in merito alla funzione di gradazione della pena delle circostanze previste nel Capo III, cfr. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 570 ss.; COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 422; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 588; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 356; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 482 ss.. GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 112, 225, sostiene che tale gradazione avverrebbe in rapporto alla pericolosità sociale di ciascun concorrente; peraltro, l'efficacia concreta della suddetta funzione affidata al sistema delle circostanze speciali del concorso, secondo l'Autore, susciterebbe ampi dubbi, vista la limitatissima applicazione giurisprudenziale delle attenuanti di cui all'art. 114, commi 1° e 3° c.p., e la conseguente gradazione della pena solo in senso ascendente, "in coerenza del resto con lo sfavore con il quale i compilatori del Codice guardavano alla criminalità associata".

²¹⁶ Ciò si rileva, in particolare, dalla differenza lessicale della previsione di cui all'art. 112 c.p., in tema di circostanze aggravanti, rispetto alla norma, di cui si vedrà in seguito, dell'art. 114 c.p.: nel primo caso si legge che "la pena [...] è aumentata"; nel secondo, l'applicabilità della circostanza attenuante è prevista come facoltà del collegio giudicante, stabilendosi che "il giudice [...] può diminuire". A riguardo, cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 589.

²¹⁷ Conformemente, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 356; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 483.

Sotto il primo profilo si colloca la circostanza di cui all'art. 112, comma 1°, n. 1, c.p., secondo il quale la pena è aumentata “se il numero delle persone, che sono concorse nel reato, è di *cinque o più*, salvo che la legge disponga altrimenti”²¹⁸. Ai fini del calcolo del numero di persone, non è richiesto che tutti i cinque o più concorrenti siano imputabili, punibili, identificati o penalmente perseguiti (per esempio perché taluni sono stranieri o già deceduti al momento dell'inizio del procedimento), essendo sufficiente che i soggetti che partecipano alla realizzazione del fatto illecito integrino il numero richiesto dalla norma²¹⁹. La *ratio* di tale aggravante è comunemente ravvisata nel maggior allarme sociale, dovuto alle più elevate possibilità di successo dei reati posti in essere da gruppi di cinque o più membri²²⁰; diversamente dalle altre aggravanti, rigorosamente *soggettive* perché attinenti alla capacità a delinquere del singolo concorrente, questa è da considerarsi *oggettiva*²²¹.

Quanto alla considerazione della concreta attività svolta da ciascun partecipante, l'importanza delle singole condotte nell'economia complessiva della commissione del reato vengono in rilievo ai sensi dell'art. 112, comma 1°, n. 2, c.p., laddove si prevede un aggravio di pena per chi “ha *promosso* od *organizzato* la cooperazione nel reato, ovvero *diretto* l'attività delle persone che sono concorse nel reato

²¹⁸ Esempi di disposizioni che derogano all'applicabilità di tale aggravante, in favore della previsione di una pena *ad hoc*, si rinvencono negli articoli 339, 385, 416, 585, 625 n. 5, 628 n. 1, 629, comma 2°, 633 e 634 c.p..

²¹⁹ In questo senso GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 112, 226. Analogamente, cfr. COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 423; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 540; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit. 589. Per l'applicazione della circostanza in giurisprudenza, si vedano: Cass. pen., Sez. IV, 10 maggio 2017, n. 27523, in *DeJure*, in cui si afferma che “in tema di concorso di persone nel reato la circostanza aggravante di cui all'art. 112 c.p., n. 1 (numero delle persone) non richiede un connotato soggettivo consistente nella consapevolezza della partecipazione di altri concorrenti nel numero sufficiente ad integrare l'aggravante stessa. Questa, infatti, ha natura oggettiva in quanto concerne le modalità dell'azione e pertanto si comunica a tutti i compartecipi a norma del combinato disposto dell'art. 70 c.p., n. 1, e art. 118 c.p.”; Cass. pen., Sez. II, 28 ottobre 2020, n. 9857, in *DeJure*, nella quale si legge che “questa Corte [...] ha tradizionalmente ritenuto che è sufficiente a configurare la circostanza aggravante del numero delle persone il dato storico della partecipazione al reato di cinque o più persone, senza che occorra anche il formale accertamento della colpevolezza di ciascuno di essi: si è conseguentemente ritenuto che la suddetta aggravante rimane configurabile anche quando alcuno dei partecipi sia deceduto prima della sentenza di condanna o sia stato accertato che sia infermo di mente o benefici dell'amnistia o abbia voluto il reato meno grave o abbia ignorato la circostanza”.

²²⁰ Così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 540. Un'aspra critica all'aggravante in questione è mossa da GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 112, 226, il quale la ritiene priva di giustificazione, in quanto “il numero dei concorrenti non risulta necessariamente indice di una maggior pericolosità di ciascun partecipe (il cui contributo potrebbe rivelarsi ridotto e marginale), né si traduce necessariamente in una migliore organizzazione dell'impresa criminosa”.

²²¹ Osservazione di MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 589, che trova conferma nella sentenza, sopraccitata, Cass. pen., Sez. IV, 10 maggio 2017, n. 27523, cit. GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 112, 227, precisa che l'aggravante del numero di persone non rileva quando il numero dei concorrenti sia preso in considerazione da un'aggravante speciale o sia assunto ad elemento costitutivo da una fattispecie plurisoggettiva necessaria.

medesimo”. Funzione evidente di tale disposizione è quella di punire più severamente “la condotta di chi assume una posizione di preminenza e/o direzione nella preparazione o nell’esecuzione dell’impresa delittuosa”²²²; per rientrare in tale parametro, non sarebbe sufficiente la semplice preparazione del piano criminoso, occorrendo una posizione di vero e proprio *dominio* dell’azione collettiva²²³.

Secondo definizioni di origine giurisprudenziale, sviluppatesi soprattutto con riferimento alla casistica concernente la fattispecie plurisoggettiva necessaria dell’associazione per delinquere, per *promotore* si intende “colui che ha ideato l’impresa delittuosa, perché ne ha avuto l’iniziativa, riuscendo a persuadere altri dell’opportunità di attuarla”²²⁴; invece, il ruolo di *organizzatore* spetta: “1) a chi coordina l’attività degli associati [...]; 2) a chi assicura la funzionalità delle strutture del sodalizio [...]; 3) a chi assume poteri di gestione, quand’anche non pienamente autonomi, in uno specifico e rilevante settore operativo del gruppo [...]”²²⁵. Infine, la dottrina ricava in via residuale il concetto di direttore, identificandolo in colui che, pur senza aver svolto alcuna attività di promozione e di organizzazione del reato, ha assunto una funzione di guida ed amministrazione rispetto ai concorrenti in azione²²⁶.

²²² Letteralmente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 540. In senso sostanzialmente analogo, LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 249.

²²³ Di quest’idea LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 249.

²²⁴ Si esprime così Cass. pen., Sez. V, 8 aprile 2019, n. 32422, in *DeJure*. In senso analogo, Cass. pen., Sez. I, 7 giugno 2011, n. 2645, in *DeJure*. GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 112, 228, rileva che per assumere tale qualifica “non basta aver indotto gli altri concorrenti a partecipare al reato, ma occorre che l’attività di promozione investa appunto la cooperazione nel reato, scegliendo i mezzi per la sua attuazione e individuando le persone che debbono realizzarlo”.

²²⁵ In questo senso, Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 2022, n. 14539, in *DeJure*. Analogamente, Cass. pen., Sez. II, 3 giugno 2020, n. 20098, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2022, n. 11313, in *DeJure*. In aggiunta, Cass. pen., Sez. II, 15 luglio 2022, n. 41543, in *DeJure*, precisa che “l’attribuzione a taluno del ruolo di organizzatore non implica che l’imputato debba essere necessariamente investito di compiti di coordinamento e di direzione dell’attività di altri soggetti ma richiede soltanto che l’attività del soggetto abbia i requisiti della essenzialità e della infungibilità, intesa, quest’ultima, peraltro, in senso relativo, e cioè come non facile intercambiabilità e non come assoluta insostituibilità”. In modo completamente analogo, Cass. pen., Sez. III, 2 febbraio 2018, n. 2039, in *DeJure*. Nel senso che la natura essenziale per l’organizzazione della struttura associativa, qualifica la partecipazione come quella di organizzatore dell’organismo criminoso, Cass. pen., Sez. I, 17 dicembre 1993, n. 2897, in *DeJure*. La definizione in dottrina, ideata da SAMMARCO G., *Le condotte di partecipazione al reato*, Napoli, 1979, 187 ss., e ripresa da FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 541, e MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 589, stabilisce che è organizzatore chi predispone il progetto esecutivo, scegliendone i mezzi e le persone che lo devono attuare, “in modo che in tale preparazione l’attività di coloro che vi intervengono trovi quanto occorre per realizzarlo”. Secondo la nozione di GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 112, 228, è organizzatore “colui che, pur senza aver avuto l’idea iniziale dell’impresa criminosa, si è occupato di prepararla, sviluppandone il progetto e apprestando gli strumenti per la sua realizzazione”.

²²⁶ Definiscono così il ruolo direttivo del compartecipe, GALLO E. - MUSCO E., *Delitti contro l’ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 26, e GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 112, 228. Concordemente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 541; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 589. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 589, precisa che “chi riunisce in sé le tre qualifiche sottostà ad un solo aumento di pena”.

Sotto il terzo profilo si collocano, in primo luogo, gli aggravamenti di pena di cui all'art. 112, comma 1°, n. 3, c.p. che si applicano a “chi, nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette”, e la cui disposizione sottolinea “la maggiore gravità dell'opera di determinazione svolta da chi, trovandosi in una posizione di supremazia nei confronti di un altro soggetto [...], abusi di tale situazione per spingerlo al reato”²²⁷. Il dato testuale della disposizione parla di “determinazione” e non di semplice istigazione, ragione per la quale si deve ritenere che la condotta richiesta a chi debba soggiacere all'aggravante in esame non sia il semplice rafforzamento dell'altrui proposito criminoso, ma consista nel far sorgere un proposito criminoso prima non esistente²²⁸. In ogni caso, per la configurazione della circostanza, è necessario che la persona in posizione di supremazia o superiorità abbia realizzato una vera e propria coazione psicologica sul soggetto sottoposto, non essendo rilevante una forma qualsiasi di soggezione psicologica instaurata tra i due soggetti²²⁹. Rientrerebbero, nella formula “autorità, direzione o vigilanza”, da intendersi nella sua accezione più ampia, i rapporti di subordinazione aventi origine in pubblici uffici o funzioni, ma anche nell'istituto familiare e in ogni altra soggezione di natura privata; siano essi situazioni di diritto o di fatto, purché non illecite, in quanto non deve sussistere, per il soggetto, l'obbligo giuridico di non porre se stesso nello stato di soggezione in considerazione²³⁰.

²²⁷ Letteralmente, LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 250. Secondo GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 112, 229, l'aggravante può applicarsi congiuntamente a quella di cui all'art. 111 c.p. o a quella di cui all'art. 112, comma 1°, n. 4, c.p., “se la persona determinata, oltre a trovarsi in uno stato di subordinazione rispetto al determinatore, sia, rispettivamente, non imputabile o non punibile a causa di una condizione o qualità personale, oppure versi in uno stato di infermità o deficienza psichica”.

²²⁸ Di quest'idea, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 589; LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 250.

²²⁹ Così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 541. Secondo Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2021, n. 27905, in *DeJure*, “il dato qualificante (della circostanza aggravante in esame) è rappresentato da un comportamento che, al di là di ogni classificazione del rapporto sottostante, abbia consentito la realizzazione di specifici reati, attenuando in concreto, pur senza annullarle, le facoltà di reazione del soggetto "determinato", in forza di una "soggezione psicologica" derivante dal timore reverenziale o dalla preoccupazione di non pregiudicare i propri interessi o da semplice suggestione [...] emerge con evidenza l'importanza di avere riguardo alla peculiarità della situazione concreta: ai fini della prova dello stato di soggezione che caratterizza la circostanza aggravante di cui all'art. 112 c.p., comma 1, n. 3 [...] rileva infatti la sussistenza e la natura del rapporto di subordinazione tra il soggetto determinante e quello determinato, avuto riguardo al concreto contesto in cui si inserisce la condotta di determinazione a commettere reati”. Analogamente, Cass. pen., Sez. II, 10 marzo 1989, n. 10693, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. V, 20 novembre 2014, n. 12697, in *DeJure*.

²³⁰ In questi termini, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 589; LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 251; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 571 ss.. Parzialmente difforme, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 112, 229, il quale include anche i

In secondo luogo, indaga l'esistenza di relazioni di incube/succube di diverso tipo ed intensità, la circostanza, di cui all'art. 112, comma 1°, n. 4, c.p., che prescrive un aumento di pena per chi, fuori del caso preveduto dall'articolo 111, "ha determinato a commettere il reato un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi"²³¹. La previsione è stata successivamente estesa, con l'intervento della legge 94/2009²³², anche all'ipotesi di semplice partecipazione al reato commesso dal minore, dal non imputabile o dal non punibile, riferendosi, quindi, anche a coloro che con tali soggetti hanno cooperato "nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza". La norma in esame è residuale ed al contempo complementare rispetto a

rapporti di soggezione che originano da situazioni illecite. In generale, la tesi è avvalorata da un esplicito riconoscimento giurisprudenziale, in Cass. pen., Sez. V, 20 novembre 2014, n. 12697, cit., la quale specifica, al tempo stesso, che la natura del rapporto di subordinazione non è per nulla irrilevante ai fini dell'accertamento delle condizioni utili all'applicazione della circostanza: "orbene, se si può concordare con l'affermazione fatta propria dall'orientamento giurisprudenziale citato dal ricorrente, secondo cui ai fini della configurabilità della predetta aggravante, il dato qualificante è rappresentato da un comportamento che, al di là di ogni classificazione del rapporto sottostante, abbia consentito la realizzazione di specifici reati, attenuando in concreto, pur senza annullarle, le facoltà di reazione del soggetto determinato ("*coactus tamen volui*") da parte di quello determinante, in forza di una coercizione, o meglio, di una soggezione psicologica derivante dal timore reverenziale o dalla preoccupazione di non pregiudicare i propri interessi o da semplice suggestione (cfr., Cass., Sez. 2, 10/03/1989, n. 10693, rv. 181901), ciò non comporta la totale irrilevanza della natura del rapporto di subordinazione tra il soggetto "determinato" e quello "determinante", che assume, viceversa, rilevanza di non poco momento ai fini della prova dello stato di soggezione. Quanto più forte è il vincolo di subordinazione che lega l'un soggetto all'altro, in relazione al concreto contesto fattuale in cui si inserisce la condotta di determinazione a commettere reati, tanto maggiore risulterà evidente che il soggetto sottoposto all'altrui "autorità, direzione o vigilanza" ha agito per timore delle conseguenze sfavorevoli che avrebbero potuto derivargli dal non rendere la sua condotta conforme ai voleri del soggetto <<determinante>>." Sulla non sufficienza di una posizione di supremazia esaurienti nella potestà genitoriale, Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2021, n. 27905, cit., secondo cui l'aggravante di cui all'art. 112 c.p., comma 1°, n. 3, "presuppone una relazione caratterizzata da un rapporto di supremazia di un soggetto nei confronti di un altro, che può derivare anche da una peculiare posizione nella famiglia, pur non esaurendosi nella titolarità della potestà genitoriale e comprendendo ogni situazione di reale ed effettiva subordinazione in ambito familiare". In senso analogo, Cass. pen., Sez. I, 22 ottobre 2014, n. 3332, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. VI, 26 settembre 1990, n. 3450, in *DeJure*.

²³¹ Per il controverso termine "avvalersi" si rimanda alla puntuale analisi di GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 112, 231. Secondo MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 590, per "deficienza psichica", "si intende lo scarso sviluppo o il decadimento delle facoltà intellettive e volitive, dovuti a cause diverse dalla malattia mentale (*rusticitas*, deficienza intellettiva congenita, senilità, grave deperimento organico conseguente una malattia fisica, ecc.) e che danno luogo ad uno stato di minorata resistenza alle suggestioni del determinatore. Qui si fanno rientrare anche i casi di suggestione semplice, che danno luogo al fenomeno dell'incube e del succube". ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 572, ritiene che la "infermità" può essere di qualsiasi specie e non solo mentale, mentre la "deficienza psichica" comprende non soltanto il vizio parziale di mente e il sordomutismo, ma anche la vecchiaia, la *rusticitas*, il sesso, eccetera. Contrariamente, LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 252, il quale sostiene che, essendo l'art. 112, n. 4, c.p., norma complementare rispetto all'ipotesi di cui all'art. 111 c.p., si deve ritenere "che entrambe le norme riguardano i casi di determinazione al reato di soggetti o completamente non imputabili (art. 111) o semi-imputabili (art. 112 n. 4), con esclusione quindi di quegli stati psichici che non incidono sull'imputabilità per escluderla o per diminuirli". In Cass. pen., Sez. VI, 9 gennaio 1990, *Cucumazzo ed altro*, in *Riv. pen.*, 1991, 399, si legge che per "stato di infermità o deficienza psichica", si deve intendere un concetto in cui sono compresi "tutti quegli stati di minore resistenza all'altrui opera istigatoria in cui possono versare alcune persone che, pur non inferme, presentano una scarsa evoluzione mentale o caratteri di decadimento intellettuale ovvero deficienze psichiche che, senza raggiungere forme morbose, rendono il soggetto facile preda delle altrui suggestioni".

²³² In particolare, ci si riferisce all'art. 3, comma 15, lett. a), della legge 15 luglio 2009, n. 94.

quella di cui all'art. 111 c.p., poiché esplicitamente la sua applicazione è prevista al di fuori dell'ipotesi di determinazione al reato di persona non imputabile o non punibile, preveduta dalla seconda: dunque, perché non intervenga quest'ultima, la quale sancisce per il determinatore, oltre alla responsabilità esclusiva per il fatto illecito commesso dal determinato non imputabile, anche un aumento di pena, deve trattarsi di persone pur sempre imputabili, anche se con responsabilità diminuita, maggiori di quattordici anni e non totalmente inferme²³³.

Infine, a seguito delle interpolazioni ad opera delle leggi 203/1991 e 172/1992²³⁴, l'art. 112 c.p. contiene, agli aggiunti commi 2° e 3°, nuovi aggravamenti di pena fino alla metà o fino a due terzi, rispettivamente, “per chi si è avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale, o con la stessa ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza” e “se chi ha determinato altri a commettere il reato o si è avvalso di altri o con questi ha partecipato nella commissione del delitto ne è il genitore esercente la responsabilità genitoriale, nel caso previsto dal numero 4 del primo comma la pena è aumentata fino alla metà e in quello previsto dal secondo comma la pena è aumentata fino a due terzi”²³⁵.

Nel concorso colposo, la pena è aggravata “per chi ha determinato altri a cooperare nel delitto, quando concorrono le condizioni stabilite nell'articolo 111 e nei numeri 3

²³³ Cfr. COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 423; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 541; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 590. *Contra*, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 112, 230, il quale ritiene che la tesi sia smentita, oltre che dal dato letterale di cui all'art. 643 c.p., in cui si utilizza il termine “deficienza” in un'accezione assai più lata di cui all'art. 112 c.p., anche dalla *ratio* di quest'ultima previsione, che vuole coinvolgere tutte le situazioni in cui si verifichi una diminuita capacità di resistenza alla determinazione al reato; in questo senso, si deve ritenere che l'espressione “infermità o deficienza psichica” si riferisca non solo alle situazioni inquadrabili nel vizio parziale di mente, ma anche a tutte quelle forme di scarso sviluppo o decadimento delle facoltà intellettive o volitive del soggetto, anche indipendenti dall'esistenza di una infermità fisica o psichica (quali, ad es. la *rusticitas* o la senilità), che attenuino la capacità di reazione all'azione di induzione del determinatore”.

²³⁴ Precisamente, il comma 2° è stato integrato nell'art. 112 c.p. dall'art. 11, comma 12° *bis* del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203; il comma 3°, invece, dall'art. 7, comma 2° del d.l. 31 dicembre 1991, n. 419, convertito in legge 18 febbraio 1992, n. 172.

²³⁵ In merito all'estensione delle circostanze di cui all'art. 112, comma 1°, n. 4 e commi 2° e 3°, non solo alle ipotesi in cui il soggetto in condizioni di superiorità abbia determinato o si sia avvalso del soggetto “debole”, ma anche ai casi in cui il primo si sia limitato a concorrere col minore o con il soggetto non imputabile o non punibile, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 357, si esprime nel senso di una sua infondatezza, da un lato, e di ispirazione ad un'inammissibile logica presuntiva, dall'altro. Tale estensione, infatti, sarebbe priva di fondamento “ogniquale sia il minore, o il non imputabile ad esercitare, di fatto, un ruolo dominante e a determinare il soggetto imputabile al reato”; si ispira, invece, ad un'assurda logica presuntiva “quando i concorrenti risultino in posizione <<paritaria>> nell'esecuzione del reato in concorso, e la maggior severità del trattamento sanzionatorio nei confronti del soggetto imputabile finisca col basarsi sulla mera presunzione di un suo ruolo dominante privo di riscontro effettuale, e postulato solo in funzione della sua capacità”.

e 4 dell'articolo 112²³⁶; dunque quando taluno ha determinato a cooperare nel delitto una persona non imputabile o non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, ovvero un minore degli anni diciotto o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, oppure, in conclusione, di una o più persone soggette alla propria autorità, direzione o vigilanza²³⁷.

D'altra parte, le circostanze speciali attenuanti contenute nel Capo III del Codice sono previste dall'art. 114 c.p.²³⁸ e la loro applicazione, che interessa testualmente sia il concorso doloso che la cooperazione colposa²³⁹, è da considerarsi, a differenza delle aggravanti, facoltativa²⁴⁰.

La prima di queste, di più notevole importanza nonché discutibilità, si rinviene al comma 1°, laddove è prescritta la possibilità del giudice, in assenza del ricorrere di alcuna delle aggravanti di cui all'art. 112 c.p.²⁴¹, di diminuire la pena qualora ritenga che l'opera prestata da taluno dei compartecipi "abbia avuto *minima importanza* nella preparazione o nell'esecuzione del reato"²⁴². Tale formula, considerata la vasta realtà tipologica delle possibili condotte concorsuali, costituisce una sorta di clausola

²³⁶ Così, ex art. 113, comma 2°, c.p..

²³⁷ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 591; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 357. Secondo LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 252, sarebbero applicabili al concorso colposo, sebbene non espressamente richiamate, anche le aggravanti di cui ai numeri 1 e 2 dell'art. 112 c.p.: "il rinvio contenuto nel capoverso dell'art. 113 non ha, infatti, alcun carattere di tassatività, nel senso di escludere dalla disciplina della cooperazione colposa le disposizioni non richiamate espressamente: esso serve, piuttosto, a sottolineare la configurabilità di una <<determinazione>> anche per le ipotesi di cooperazione colposa e, per questo, viene limitato alle sole figure di <<determinazione>> previste appunto nell'art. 111 c.p. e nei n. 3 e 4 dell'art. 112." Conferma di ciò si ritroverebbe anche nel dato testuale di cui all'art. 112, n. 2, c.p., laddove si parla di "cooperazione", utilizzando un termine tecnico all'interno di un ambito, quello del Capo III, in cui tale nozione ha un suo preciso significato.

²³⁸ Ulteriori attenuazioni di pena, in realtà, sarebbero previste agli articoli 116, comma 2° e 117 c.p., laddove si prescrive una diminuzione di pena per chi volle il reato meno grave.

²³⁹ Cfr. art. 114, comma 1°, c.p., nella parte in cui richiama entrambi gli articoli 110 e 113 c.p..

²⁴⁰ MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 592, puntualizza che il "può" dell'art. 114 c.p., deve essere obbligatoriamente inteso, pena l'incostituzionalità della norma, nel senso che si affida alla discrezionalità del giudice la valutazione se, "data la minima importanza della partecipazione, ecc., sia altresì ravvisabile nella situazione concreta, valutata ex art. 133, il valore di una circostanza attenuante; che il giudice ha però l'obbligo, contrariamente a quanto si ritiene in giurisprudenza, di applicare una volta che l'abbia ritenuta sussistente". GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 114, 255 ss., descrive il procedimento bifasico che il giudice deve seguire nell'applicazione delle attenuanti speciali. Una prima fase consisterebbe nel valutare la presenza dei presupposti oggettivi di cui all'art. 114, commi 1° e 3°, c.p.; successivamente, costui decide, sulla base della capacità a delinquere del concorrente, desunta dall'applicazione dei parametri di cui all'art. 133 c.p., se il concorrente sia o meno meritevole della diminuzione di pena, prendendo in considerazione "solo gli elementi soggettivi che rivelano la capacità a delinquere del concorrente, senza prendere in esame, invece, gli elementi attinenti al valore oggettivo del contributo, già considerati in sede di valutazione dei presupposti per l'applicazione dell'attenuante".

²⁴¹ Precisazione che si rinviene nel comma 2° dell'art. 114 c.p.. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 591, reputa tale preclusione non del tutto fondata rispetto all'aggravante di cui al n. 1, comma 1°, dell'art. 112 c.p.. La norma in esame è stata peraltro ritenuta costituzionalmente legittima dal Giudice delle leggi in C. cost., 10 maggio 1984, n. 143, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1419 ss., con note di VIGNALE L. e SEMINARA S..

²⁴² Sul travagliato iter formativo della norma, si rimanda a GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 114, 249.

generale di non agevole concretizzazione, onde all'organo giudicante è affidato un ampio margine di discrezionalità²⁴³. Secondo l'opinione dominante in dottrina, la minima importanza andrebbe valutata alla stregua di un giudizio causale circa l'efficienza dell'apporto di ciascun compartecipe alla commissione del fatto illecito; dunque, una volta accertata l'esistenza di un rapporto condizionale tra un certo contributo e il reato concorsuale nelle modalità in cui concretamente è stato posto in essere, occorre una valutazione circa il suo grado di imprescindibilità, "in rapporto ai fattori ipotetici rimasti inoperanti nella situazione concreta, ma che avrebbero potuto egualmente condurre al risultato in assenza della condotta in questione"²⁴⁴. Da tale concezione, sarebbe poi scaturita la formula secondo la quale la minima importanza ricorre soltanto quando la condotta concorsuale considerata possa ritenersi facilmente sostituibile con l'azione od omissione di altri compartecipi ovvero con una diversa organizzazione e distribuzione dei compiti²⁴⁵.

Peraltro, c'è chi sostiene che miglior criterio per individuare il contributo di cui all'art. 114, comma 1°, c.p., consista nel riferire il parametro legale non alla "partecipazione necessaria" ma alla "partecipazione agevolatrice", all'interno della quale dovrà poi accertarsi l'entità dell'importanza della condotta agevolatrice, in rapporto al piano criminoso e al contributo degli altri concorrenti. Secondo questa tesi, sarebbe dunque da respingere la diffusa opinione di chi sostiene una concezione causale-condizionale dell'istituto del concorso, che esige un contributo pur sempre necessario in senso causale²⁴⁶.

²⁴³ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 542; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 591.

²⁴⁴ Letteralmente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 542, il quale continua sottolineando come la considerazione dei fattori ipotetici, fuorviante in sede di accertamento del nesso causale, diventa invece adeguata al momento di soppesare il valore del contributo di ciascun concorrente, ai fini di una commisurazione della pena il più possibile ispirata al principio di personalità. Cfr. GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 114, 250 ss..

²⁴⁵ Formula utilizzata, per esempio, da ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 574, il quale avvalorava tale posizione rinviando alla conforme giurisprudenza, tra cui, per esempio, Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 1978, n. 9106, in *Riv. pen.*, 1978, 907.

²⁴⁶ Di quest'idea MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 591; LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 254. Diversamente, sostiene la necessità di ricercare la minima importanza della singola condotta nella "differenza tra la volontà del correo e quella del mero complice nella decisione dell'azione collettiva", LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 255, il quale ravvisa il parametro in rilievo nella condotta del semplice partecipe che, in quanto complice, "non con-possiede il dominio finalistico del fatto collettivo". Quest'ultimo, infatti, sarebbe nelle sole mani dei correi, i quali soli hanno il dominio finalistico diretto dell'azione criminosa (e non, quindi, i meri partecipi). Secondo quest'impostazione, dunque, l'attenuante di cui al comma 1° dell'art. 114 c.p. competerebbe ai soli concorrenti che, nella struttura dell'azione collettiva, hanno il ruolo secondario, per l'appunto, di meri complici; ruolo da determinarsi non sulla base dell'aspetto causale della condotta, né dell'atteggiamento subiettivo dell'agente ma della volontà oggettiva che il singolo compartecipe mantiene nella determinazione dell'azione collettiva. Criterio che deve guidare la

La giurisprudenza, dal canto suo, restando ancorata al concetto di “efficacia causale marginale”²⁴⁷, è pervenuta ad un’*interpretatio abrogans* dell’attenuante: ciò in quanto essa parte dalla premessa di circoscrivere l’accertamento della minima importanza alle condotte dotate di un’efficacia eziologica marginale e del tutto trascurabile nell’economia generale dell’impresa delittuosa, e poi, nella quasi totalità dei casi concreti, finisce per escludere che l’attenuante ricorra²⁴⁸. Ciò in quanto l’affermazione di “un contributo <<necessario>>, ma di importanza <<minima>>, è una contraddizione in termini”²⁴⁹. Sicché, la tendenza ad una prassi applicativa abolitiva della circostanza in considerazione sarebbe confermata dal fatto che, le già rare applicazioni della stessa, si riferiscono ad ipotesi di addirittura dubbia esistenza del concorso²⁵⁰.

La seconda attenuante, prevista dal secondo capoverso dell’art. 114 c.p. e detta della *minorazione psichica*²⁵¹, è disposta a favore di “chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell’articolo 112”; cioè, ogniqualvolta il concorrente sia o la vittima di una coercizione o determinazione esercitata da parte di un soggetto che in relazione al primo riveste una posizione di “autorità, direzione o vigilanza” o di “genitore esercente la responsabilità genitoriale”, ovvero “un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica”. Tale circostanza, di natura soggettiva, è la norma

valutazione discrezionale del giudice, dirottandola da un apprezzamento puramente arbitrario, sarebbe il contenuto della volontà. Per una concisa ma puntuale ricostruzione del dibattito in dottrina, si veda COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 423.

²⁴⁷ Cfr., per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 49364, in *DeJure*, in cui si legge che “in tema di concorso di persone nel reato, ai fini dell’integrazione della circostanza attenuante della minima partecipazione, è necessario che il contributo dato si sia concretizzato nell’assunzione di un ruolo di rilevanza del tutto marginale, ossia di efficacia causale così lieve rispetto all’evento, da risultare trascurabile nell’economia generale dell’*iter* criminoso”; Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2018, n. 19304, in *DeJure*, in cui si afferma che “per ritenere esistente o meno il contributo di minima importanza rileva l’efficienza causale espletata nell’azione di concorso. Con ciò si ammette generalmente la possibilità di riconoscere la minima importanza della partecipazione, là dove il soggetto abbia offerto un contributo non solo inferiore a quello degli altri, così operando un giudizio comparativo e di natura analitica e soggettiva, ma anche in quei casi in cui il contributo stesso sia stato davvero minimo nella sua materialità”; analogamente, in Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 2013, n. 26031, in *DeJure*.

²⁴⁸ In questi termini spiega FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 543. Con riferimento alla figura del palo, Cass. pen., Sez. VII, 19 aprile 2018, n. 17615, in www.italgiure.giustizia.it, sostiene che a tale condotta non sia applicabile l’attenuante della minima importanza, poiché “fare da palo durante una rapina, non costituisce affatto un ruolo marginale rispetto a chi compie materialmente la rapina perché il ruolo del <<palo>> è fondamentale perché ne garantisce la buona riuscita”.

²⁴⁹ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 591.

²⁵⁰ Concordemente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 543; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 591 ss..

²⁵¹ Riporta così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 543.

corrispondente e correlativa all'aggravante cui la stessa rinvia e la sua *ratio* consisterebbe nell'intenzione del Legislatore di mostrare un certo riguardo nei confronti del soggetto la cui capacità di resistenza psicologica alle altrui pressioni risulti, per cause di diversa indole ed entità, minorata²⁵².

Per quanto attiene la disciplina della comunicabilità delle circostanze e delle cause di esclusione della pena tra i diversi concorrenti, essa potrebbe costituire il punto di soluzione della "comune sorte" da cui questi, in linea di principio, sono legati nell'ambito della responsabilità interdipendente scaturente dall'aver concorso insieme alla commissione di un fatto illecito²⁵³.

Considerando primariamente la questione dell'estensibilità delle circostanze – aggravanti e attenuanti, speciali e comuni alla realizzazione monosoggettiva del reato – ai diversi soggetti agenti in compartecipazione, si segnala innanzitutto il mutamento nella normazione di cui all'art. 118 c.p., a seguito della riforma del regime di imputazione delle circostanze, realizzata con la legge 19/1990²⁵⁴. In particolare, oggi l'art. 118 c.p. si limita ad escludere l'estensibilità delle sole circostanze strettamente personali, stabilendo la regola per cui "le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole (cioè:

²⁵² Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 592, il quale puntualizza che tale attenuante non esclude la diminuzione di pena che possa derivare dalla seminfermità di mente. LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, cit., 258, coerentemente con la sua interpretazione dell'attenuante della minima importanza, ritiene, anche in questo caso, che la circostanza sia da riservarsi ai soli partecipi. Conferma di ciò sarebbe anche il dato testuale della norma, laddove essa dispone che "la pena può *altresì* essere diminuita", lasciando intendere, per l'Autore, che si tratti di un'ulteriore riduzione di pena, che presuppone peraltro la necessaria concessione dell'attenuante della minima importanza, applicata a seguito del preliminare accertamento della condizione di mera partecipazione da parte del singolo concorrente. GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 114, 255, definisce l'attenuante di cui all'art. 114, comma 3°, c.p., "il perfetto *pendant* delle aggravanti previste nei n. 3 e 4 dell'art. 112".

²⁵³ L'interdipendenza dei concorrenti, infatti, non sarebbe completa ed illimitata. Così MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 592.

²⁵⁴ L'art. 118 c.p. *ante* riforma, prevedeva una disciplina della comunicabilità differenziata sulla base della natura oggettiva o soggettiva delle circostanze, da determinarsi secondo quanto previsto all'art. 70 c.p.. In particolare, essa prevedeva, da una parte, la comunicabilità a tutti i concorrenti, anche se da essi non conosciute, delle circostanze oggettive, sia aggravanti che attenuanti, nonché delle aggravanti soggettive che fossero servite ad agevolare l'esecuzione del reato (circostanze soggettive c.d. *oggettivizzate*; per esempio, l'aggravante della premeditazione o dell'abuso delle qualità domestiche si comunicavano a tutti, se facilitavano la realizzazione del reato permettendo una più efficace predisposizione dei mezzi o riducendo le possibilità di difesa della vittima); dall'altra, invece, l'applicazione delle circostanze soggettive, attenuanti e aggravanti, ai soli concorrenti a cui si riferivano; ed, infine, l'assoluta incomunicabilità delle circostanze soggettive c.d. *inerenti alla persona del colpevole* (cioè recidiva e imputabilità), anche nel caso in cui avessero agevolato l'esecuzione del reato. Così, in COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 424; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 550 ss.; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., *sub* art. 118, 275 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 592, cui si rimanda per una completa ricostruzione della disciplina di cui all'art. 118 c.p. prima della riforma.

imputabilità e recidiva, ex art. 70, ultimo comma) sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono”, anche se conosciute o conoscibili dagli altri concorrenti²⁵⁵. Con riferimento alle circostanze diverse da quelle appena riferite, la norma in esame non si pronuncia; in queste ipotesi, si è ritenuta applicabile la disciplina di imputazione soggettiva prevista in via generale dall’art. 59 c.p., anch’esso come modificato dal predetto intervento legislativo. Pertanto, secondo il combinato disposto delle due norme summenzionate, si afferma, da una parte, l’estensibilità a tutti i compartecipi delle attenuanti, ad eccezione sola di quelle a carattere soggettivo di cui all’art. 118 c.p.; dall’altra, la comunicabilità delle aggravanti soltanto in quanto conosciute o conoscibili dal singolo concorrente²⁵⁶.

Con riguardo all’estensibilità delle cause di esclusione della pena, invece, l’art. 119, comma 2°, c.p. stabilisce la comunicabilità a tutti “coloro che sono concorsi nel reato” delle “circostanze *oggettive* che escludono la pena”: per queste ultime devono intendersi le cause di giustificazione o scriminanti previste agli articoli 50 ss., la cui presenza elide l’antigiuridicità obiettiva del fatto di reato²⁵⁷. La ragione giustificatrice di tale previsione risiede proprio nel fatto che, recidendo il legame di contrasto tra il fatto tipico realizzato e l’ordinamento giuridico, le cause di giustificazione rendono lecito il fatto medesimo e tale liceità non può che riflettersi su tutte le condotte che

²⁵⁵ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 551, e MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 592 ss.. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 497, precisa che l’applicazione della circostanza alla persona cui si riferisce deve pur sempre sottostare al rispetto dei requisiti di imputazione previsti in via generale per le circostanze dai primi tre commi dell’art. 59 c.p..

²⁵⁶ In questo modo indicano MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 592 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 551 ss., il quale, in riferimento al regime delle aggravanti, conclude che “l’attribuibilità dell’aggravante non può non presupporre un coefficiente di colpevolezza riferito a ciascuno dei singoli concorrenti, per cui le circostanze aggravanti si applicano soltanto ai compartecipi che ne abbiano avuto conoscenza effettiva o soltanto potenziale (a tutti i compartecipi soltanto se da tutti conosciute o conoscibili)”. Ancora, l’Autore ritiene priva di plausibile giustificazione sul piano politico-criminale la disciplina così come risultata dalla riforma: essa, infatti, amplierebbe l’ambito di estensione delle circostanze rispetto a quanto previsto dall’art. 118 c.p. previgente, in quanto renderebbe comunicabili tutte le circostanze soggettive (ad esclusione di quelle eccettuate dallo stesso art. 118 c.p.), purché conosciute o conoscibili, ancorché non abbiano servito ad agevolare l’esecuzione del reato (come richiedeva il vecchio testo della norma). Concorde con quest’ultima tesi, GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 118, 279 ss.. PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 497, riporta come esempio quello del palo che non poteva essere a conoscenza della rilevante gravità del danno cagionato dal furto realizzato dai suoi compari e al quale, dunque, non sarà applicabile la relativa aggravante.

²⁵⁷ In senso analogo sia FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 552, che MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 593 ss.. Quest’ultimo, concordemente con COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 424, e GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 119, 281, ritiene che la distinzione introdotta dall’art. 119 c.p. tra circostanze di esclusione della pena soggettive ed oggettive non debba operarsi necessariamente ai sensi dell’art. 70 c.p., il quale pare riferirsi esclusivamente alle circostanze in senso proprio o tecnico.

hanno cooperato alla sua realizzazione²⁵⁸. Quanto alle “circostanze *soggettive* le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato”, invece, la norma summenzionata, al comma 1°, prevede che esse abbiano effetto “soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono”. La disposizione allude qui non solo alle vere e proprie cause personali di non punibilità in senso stretto (come quelle di cui all’art. 649 c.p. o le immunità personali), ma anche alle c.d. cause di esclusione della colpevolezza – per assenza di dolo o di imputabilità (per esempio, l’eventuale vizio di mente di cui all’art. 88 c.p., non può comunicarsi ai compartecipi di colui che ne è affetto) ovvero per errore inevitabile sul precetto penale – ed alle cause scusanti (nelle quali la colpevolezza viene esclusa dalla considerazione dei riflessi di ordine psicologico della situazione esistenziale che il soggetto si trova a vivere). Tali circostanze, poiché si limitano a precludere la punibilità per ragioni inerenti alla persona del singolo reo, lasciando impregiudicata l’illiceità del fatto, non potrebbero essere giustificatamente estese ai soggetti cui non si riferiscono direttamente²⁵⁹.

²⁵⁸ Ancora, si vedano FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 552, e MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 593. Quest’ultimo, precisa il fatto che nel caso della scriminante del consenso dell’avente diritto di cui all’art. 50 c.p., “poiché esso scrimina nei limiti anche personali, entro cui è prestato, detta regola vale se esso non è diretto, esclusivamente, ad una o più persone determinate”. In merito all’indistinta estensibilità delle cause di giustificazione a tutti i concorrenti, si oppone COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 425, il quale sostiene che “soltanto le scriminanti che incidono sul piano lesivo dell’intera fattispecie plurisoggettiva eventuale valgono per tutti i concorrenti perché ne fanno venire meno l’antigiuridicità. Viceversa può accadere che la scriminante si limiti ad operare sulla distinta condotta concorsuale”. La soluzione del problema della distinzione delle scriminanti si baserebbe, dunque, sulla loro incidenza o meno sulla lesività della fattispecie plurisoggettiva.

²⁵⁹ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 553; GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario*, cit., sub art. 119, 281 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 593 ss.. COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva*, cit., 426, annovera tra le cause di giustificazione soggettive e dunque non estensibili ai concorrenti, l’immunità assicurata ai parlamentari che esprimano opinioni nell’esercizio delle loro funzioni, ex art. 68, comma 1°, Cost..

CAPITOLO II:

L'OMISSIONE – ART. 40 CPV. C.P..

1. Premessa. L'inquadramento dogmatico del reato omissivo.

L'origine della particolare attenzione rivolta all'elaborazione dogmatica del reato omissivo nell'ordinamento italiano ha preso storicamente avvio attorno alla fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, sotto impulso di una florida e già da tempo avviata diatriba dottrinale tra autori di lingua tedesca²⁶⁰ e contestualmente al verificarsi di un fenomeno di progressiva emersione di nuove tendenze sociali solidaristiche, di cui lo Stato stesso ha cominciato a farsi carico, mediante l'assunzione di specifiche funzioni di intervento, di tutela e di protezione della società e dei consociati²⁶¹. È teleologicamente all'adempimento di tali compiti positivi di tutela che si è assistito al moltiplicarsi dell'imposizione di obblighi penali di attivazione, soprattutto a carico dei consociati dotati di un ruolo di preminenza nella scena economico-sociale; si è determinata così la situazione, tendenzialmente opposta a quella caratteristica del precedente ordinamento ottocentesco, ispirato egemonicamente all'ideologia individualistico-liberale e tradizionalmente imperniato sulla di gran lunga prevalente figura del reato di azione²⁶², in cui la

²⁶⁰ In merito, si rimanda alla copiosa bibliografia indicata nell'opera comparatistica di GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 1 ss..

²⁶¹ ALAGNA R., *Omissione propria e impropria*, in COCCO G. - AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Il reato*, Milano, 2019, 88, descrive questa nuova tendenza solidaristica dello Stato come un'alterazione del perimetro del suo ruolo, foriera, da un lato, di un chiaro impegno nel progresso sociale, dall'altro, della necessità di una più attenta riflessione circa l'utilizzabilità delle fattispecie penali omissive per il perseguimento di tale progresso. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 622 ss., offre una puntuale ricostruzione storica dell'emersione dell'interesse della dogmatica italiana per l'omissione, cui si rinvia. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 140 ss., riassume l'evoluzione dell'impiego della responsabilità omissiva in quattro fasi, precisamente: i) del "diritto penale liberale", che consiste in un diritto "repressivo-conservativo" composto prevalentemente di divieti; ii) del "diritto penale totalitario", tipicamente "costrittivo-propulsivo" e imperniato sull'operatività di comandi; iii) del "diritto penale dello Stato sociale-solidaristico di diritto"; iv) del "diritto penale dell'era tecnologica". Sull'origine storica della figura giuridica del reato omissivo in generale, invece, si veda l'opera di SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 7 ss..

²⁶² Riguardo al reato di azione come tradizionale modello tipico di illecito penale, poiché legato alla violazione di una norma di divieto, cfr. ALAGNA R., *Omissione*, cit., 88; FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 2; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 622; GALIANI T., *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980, 7.

rilevanza penale dell'omissione, ben lungi dal rimanere una figura eccezionale²⁶³, ha finito concettualmente per acquisire un rilievo di non minore importanza dogmatica rispetto a quello dell'azione²⁶⁴.

La progressiva espansione dei reati omissivi, peraltro, ha sollecitato una revisione della teoria del reato, tradizionalmente cucita sulla figura del reato commissivo, soprattutto in considerazione del fatto che, se è eccessivo ritenere che la struttura del reato omissivo sia addirittura "opposta" a quella del reato commissivo, sarebbe altrettanto scorretto trasporre meccanicamente al primo le categorie dogmatiche del secondo, senza operare i doverosi adattamenti richiesti dalle divergenze intercorrenti tra le due figure²⁶⁵.

La questione che conviene analizzare prioritariamente è quella attinente al fondamento della responsabilità penale omissiva ed ai limiti che devono ritenersi ad essa applicabili. In particolare, è opportuno avviare l'indagine a partire dal dettato

²⁶³ Sul carattere eccezionale della responsabilità penale per omissione negli ordinamenti di ispirazione liberale, si vedano ALAGNA R., *Omissione*, cit., 88; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 3 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 140. GALIANI T., *Il problema della condotta*, cit., 7 ss., riferisce che nello Stato liberale l'eccezionalità degli obblighi di attivarsi penalmente sanzionati, cioè dei doveri a contenuto positivo, non implica necessariamente che in tale ordinamento non si pretenda dai consociati una partecipazione alla vita collettiva, attraverso l'imposizione di obblighi di fare. Tuttavia, questi ultimi saranno, di regola, doveri a contenuto negativo, espressi in sottoforma di divieti di azione, invece che comandi di azione a contenuto positivo (la cui violazione integrerebbe, dunque, l'omissione penalmente rilevante). GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 1 ss., riportando il risalente pensiero di Spangerberg, afferma l'eccezionalità della possibilità di sanzionare penalmente la violazione di un obbligo di attivarsi, la quale deve presupporre dei precisi requisiti: "I) l'esistenza di un obbligo di attivarsi che abbia un particolare fondamento giuridico; II) la violazione di un tale obbligo attraverso l'omissione dell'azione doverosa; III) la sussistenza di un danno provocato dall'omissione per colui che era autorizzato ad esigere l'adempimento di quell'obbligo e quindi la commissione di quell'azione".

²⁶⁴ Così, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 623.

²⁶⁵ In questi termini si esprimono FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 623 ss., e MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 140.

costituzionale²⁶⁶, facendo preminentemente riferimento ai principi solidaristico, di offensività, libertà personale e personalità della responsabilità penale²⁶⁷.

L'unico vero fondamento generale dell'incriminabilità delle condotte omissive, nel nostro sistema penale, può ravvisarsi nel *principio di solidarietà* di cui all'art. 2 Cost. (nelle sue ulteriori specificazioni, rinvenibili agli articoli 4, 30, 34, 52, 53 Cost.²⁶⁸), laddove si riconosce a tutti i consociati il godimento dei diritti costituzionalmente garantiti e, contestualmente e conseguentemente, si richiede "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"²⁶⁹. Le istanze solidaristiche sottese alla finalità programmatica di tale

²⁶⁶ Si condivide, in questo modo, l'approccio metodologico positivamente sostenuto da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 34 ss., consistente nel costante riferimento alla Costituzione, nell'ambito di tutte le operazioni di esegesi giuridica, dall'interpretazione delle norme positive, alla sistemazione dogmatica degli istituti penali, financo alla delineazione di eventuali proposte di riforma legislativa. L'Autrice considera l'impostazione costituzionalmente orientata del diritto penale il metodo tutt'ora preferibile, pur alla luce dei limiti e dei rischi di tale approccio paventati dalla dottrina, così come dell'opportunità di un'integrazione degli spesso generici principi contenuti nella Carta fondamentale in materia penale e della potenzialità di quest'ultima di offrire "soltanto indicazioni di massima desumibili dai principi e dal loro coordinamento"; e al contempo pur sempre conscia del rischio di ricostruzioni parzialmente divergenti, dovute al sovente utilizzo, in Costituzione, di "formule di compromesso tra posizioni politico-ideologiche contrastanti". Contrariamente si esprime DONINI M., *Teoria del reato: una introduzione*, Padova, 1966, 5, che afferma: "il fatto è che siamo sempre più edotti della obiettività pochezza numerica del materiale normativo penale realmente contenuto nella Costituzione del 1948 e della vastità della produzione di fonte dottrinale di dogmi e di principi che vengono attribuiti a quella Carta". Ed altresì FIANDACA G. - MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1, 23 ss., il quale sostiene che "[...] se il sistema costituzionale additasse davvero un sistema chiuso e autosufficiente di valori da travasare inderogabilmente nei contenuti della tutela penale, ciò equivarrebbe a sottrarre le scelte di penalizzazione alle regole della discussione pubblica tipiche del regime democratico: mentre è proprio il rispetto di queste regole a impedire di trasformare la Costituzione in una sorta di rigido e intangibile "diritto naturale positivizzato"! D'altra parte, la teoria costituzionale non riesce neanche – da sola – a esercitare quella funzione critico-limitativa dell'area del penale rilevante, che rientrerebbe senza dubbio tra i suoi principali motivi ispiratori. Anzi, essa rischia paradossalmente di fungere – come di fatto è avvenuto – da potente supporto per una ulteriore espansione del diritto penale: essendo fin troppo facile, in presenza di beni o interessi dotati di una certa consistenza, affermarne una qualche forma di rilevanza costituzionale sia pure indiretta o implicita". Per una puntuale analisi sul riferimento costituzionale nell'elaborazione della scienza penalistica, cfr. FLORA G., *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1187 ss.

²⁶⁷ Ai summenzionati principi deve accostarsi, naturalmente, anche quello di legalità nel quale tutti gli altri debbono compenetrarsi. In relazione al parametro ricavabile dall'art. 25, comma 2°, Cost., da applicarsi ai reati omissivi di impedimento dell'evento, secondo LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 50 ss., deve innanzitutto risolversi il "tormentato problema delle fonti dell'obbligo di garanzia", essendo il disvalore penale dell'omissione "inscindibilmente connesso alla doverosità giuridica del comportamento omissivo". In particolare, i corollari del principio di legalità richiedono, sotto il profilo della riserva di legge in materia penale, che sia previsto un fondamento giuridico per ogni obbligo di impedire l'evento (come del resto richiede anche l'art. 40, comma 2°, c.p.), "non essendo sufficiente la sussistenza della mera possibilità materiale di impedire o di un dovere desunto da fonti extranormative". Sotto il profilo della tassatività-determinatezza, invece, l'azione doverosa deve essere rigorosamente individuabile e determinata. In merito a ciò, SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 87 ss., ammette la possibilità di scontare, nell'ambito della definizione delle condotte omissive tipiche, un *quantum* di indeterminatezza, laddove, peraltro, sia possibile individuare nella legge "l'indicazione di un parametro che funga da guida all'interprete nell'opera delle norme comportamentali preventive". Cfr. anche BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 251.

²⁶⁸ La precisazione si deve a MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 143.

²⁶⁹ In questo senso, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 143; BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 250 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 38, la quale specifica che oggi tale fondamento non può, a differenza di altre epoche storiche, ravvisarsi nel mero dovere di obbedienza o fedeltà verso lo Stato. Sempre l'Autrice

previsione costituzionale, infatti, legittimano la disposizione, da parte della legge, di comandi, oltre che di divieti e, al contempo, forniscono una giustificazione della dilatazione della sfera dell'omissione punibile, che consente di ravvisarne la "radicale diversità" rispetto a quella caratterizzante i sistemi totalitari²⁷⁰.

Tuttavia, seppure sia consolidata l'idea, secondo la quale, "mentre il <<diritto penale dell'azione>> reprime il <<male>>, il <<il diritto penale dell'omissione>> persegue il <<bene>>" e poiché "un diritto penale di comandi, con funzione promozionale, rischia di trasformare il diritto penale da strumento di tutela di beni giuridici a strumento di <<governo della società>>", "con i connessi pericoli di strumentalizzazione politica e le tensioni coi principi di necessità e tassatività del diritto penale"²⁷¹, è avvertita come quanto mai necessaria una chiara delineazione dei limiti da doversi opporre alla legislazione penale in chiave omissiva. In effetti, il mero richiamo al principio solidaristico non sarebbe di per sé sufficiente a legittimare costituzionalmente la repressione penale dell'omissione; esso, invero, si limita a dare ragione dell'imposizione di obblighi giuridici in capo ai consociati, ma non si spinge fino all'indicare come l'ordinamento debba reagire di fronte ad una loro inottemperanza²⁷². Tali limiti sono dunque da ricavarsi, attraverso una lettura sistematica che sempre dovrebbe guidare l'approccio interpretativo alla Carta fondamentale, dal bilanciamento delle esigenze solidaristiche con gli altri principi costituzionali che ad esse si oppongono²⁷³.

sottolinea che se la funzione solidaristica sottesa alla responsabilità penale omissiva è immediatamente evidente nel c.d. reato omissivo improprio che, come si esporrà in seguito, attribuisce una tutela rafforzata a determinati beni giuridici; più raramente essa riesce ad intravedersi nel reato omissivo proprio, il quale nondimeno deve essere interpretato in virtù del suddetto principio, secondo il quale i doveri assegnati ai cittadini attraverso la legge penale devono rivelarsi strumentali rispetto ai compiti attribuiti allo Stato dagli articoli 2 e 3 Cost., di garantire i diritti inviolabili dell'uomo e rimuovere gli ostacoli alla realizzazione delle condizioni di eguaglianza e libertà.

²⁷⁰ La riflessione si ritrova in LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 38. Sulla moltiplicazione delle fattispecie incriminatrici omissive nell'ambito di ordinamenti totalitari, adducendo come esempio l'esperienza nazionalsocialista tedesca, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 141, spiega come, "finalizzando il singolo soggetto in funzione di interessi superiori ed assorbenti", lo Stato totalitario gli impone "una serie di obblighi di attivarsi in ragione della sua posizione nell'ambito della comunità (familiare, sociale, politica, militare, di lavoro) e della funzione pubblica svolta".

²⁷¹ Letteralmente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 141. Sulla *vexata quaestio* dell'adeguatezza dello strumento di repressione penale allo svolgimento di una funzione c.d. *propulsiva o promozionale*, cfr. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 40 ss..

²⁷² Così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 39.

²⁷³ In tal senso LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 41, e MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 143 ss..

A partire dal confronto con il *principio di offensività* o di *necessaria lesività*²⁷⁴, si rileva come, per la sua stessa struttura normativa, il fatto omissivo tipico rischia di esaurirsi nella “inosservanza della norma comportamentale”, finendo per configurare una forma di illecito penale essenzialmente consistente nella “disobbedienza al comando” e in quanto tale “formale” e priva “di un concreto contenuto offensivo”²⁷⁵. Dovendosi escludere l’opportunità di conciliare il contrasto sussistente tra l’incriminazione dell’omissione e il principio di materialità – che costituisce il presupposto dell’offensività²⁷⁶ – al livello naturalistico (ipotesi, questa, impraticabile nonostante i numerosi sforzi, anche piuttosto raffinati, di conferire una qualche fisicità all’omissione²⁷⁷), si deve ritenere che il recupero dei reati omissivi al principio di offensività vada effettuato al livello normativo²⁷⁸, attraverso cioè la previsione di fattispecie omissive “formulate ed interpretate non in termini di mera disubbidienza”²⁷⁹.

²⁷⁴ Sul dibattito in merito alla costituzionalizzazione implicita di tale principio, si rinvia alla precisa ricostruzione di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 41 ss., nota 68.

²⁷⁵ Letteralmente, si esprime SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 82 ss., il quale propone come soluzione al rischio di propensione dell’illecito omissivo al soggettivismo – e quindi al maggior apprezzamento dell’individuo disobbediente al comando piuttosto che delle conseguenze oggettive della sua trasgressione – il “dare un contenuto effettivo di tutela alla norma che dispone l’obbligo comportamentale”. Cioè, attribuire ad ogni norma impositiva di comportamenti positivi, “uno scopo di concreta ed effettiva tutela di un certo interesse [...] in modo tale che per l’integrazione di questa fattispecie penale occorrerà non soltanto l’elemento <<inosservanza della norma comportamentale>>, ma anche l’elemento <<offesa all’interesse protetto (dalla norma comportamentale medesima)>>. Uno scopo [...] che, già a livello di immediatezza, concerne un *quid* di diverso rispetto all’esigenza di mera obbedienza del destinatario”.

²⁷⁶ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 132 e 197.

²⁷⁷ In questi termini, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 43 ss., cui si rimanda per la disamina attenta di alcuni tentativi di concretizzazione dell’omissione.

²⁷⁸ Così si esprime MANTOVANI F., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo Codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 330, il quale prosegue specificando che il recupero in questione andrebbe effettuato attraverso: “a) la ricostruzione dei reati omissivi propri non in termini di mera inosservanza della norma comportamentale, come sono invece oggi in genere formulati, ma in termini di pregiudizio ad un preesistente bene giuridico. [...] b) la ricostruzione dei reati omissivi impropri in termini di equiparazione dell’offesa non impedita all’offesa cagionata, sulla base dei tre requisiti seguenti: α) la previa configurazione, innanzitutto, del referente dei reati commissivi come reati di offesa; β) la delimitazione dell’obbligo di garanzia in termini solidaristici, cioè a favore di soggetti incapaci dell’autosalvaguardia del proprio bene e a carico di soggetti che, per i particolari rapporti con detti soggetti o con la cosa fonte del pericolo, sono dotati dei poteri giuridici impeditivi; e la conseguente distinzione [...] dall’autentico obbligo di garanzia del mero obbligo di attivarsi e dell’obbligo di sorveglianza, la cui inosservanza è punibile solo se prevista come reato [...]; γ) l’assicurazione che la condotta doverosa impeditiva sia quella idonea ad impedire l’offesa, essendo la condotta impeditiva che tipizza il reato omissivo improprio”. Concordano, esplicitamente, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 41 ss.; sostanzialmente, come sopra riportato, SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 82 ss.. Con particolare riferimento ai reati omissivi impropri, di cui più avanti, BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 251, elenca i requisiti sulla base dei quali è possibile equiparare l’omissione alla causazione dell’evento: “1. che il reato commissivo suscettibile di conversione ex art. 40, comma 2, sia configurato come reato d’offesa; 2. che l’obbligo di garanzia sia concepito in termini solidaristici e cioè limitato alla protezione di beni bisognosi della tutela rafforzata, essendo i titolari incapaci di proteggerli adeguatamente, e posto a carico di soggetti muniti di effettivi poteri impeditivi; 3. che la condotta sia idonea ad impedire l’effetto offensivo”.

²⁷⁹ Così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 46.

Ulteriore essenziale restrizione alla possibilità di imporre doveri solidali in capo ai soggetti è rappresentata dal principio di *libertà personale* di cui all'art. 13 Cost., con il quale i reati omissivi possono conciliarsi laddove siano improntati all'idea tradizionale del liberalismo penale della *eccezionalità*²⁸⁰. Quest'ultima, deve essere perseguita sulla base della duplice considerazione, da una parte, della maggiore invasività e incidenza sulla libertà dei consociati di un diritto penale di comandi, rispetto a uno di divieti; dall'altra, del maggiore disvalore d'evento che può agevolmente riconoscersi al reato commissivo, rispetto a quello omissivo²⁸¹.

In conclusione, il terzo imprescindibile limite costituzionale all'incriminazione delle condotte omissive è dato dal principio di *personalità della responsabilità penale*, di cui all'art. 27 Cost.. In particolare, la conformità con detto principio, più ostica nelle ipotesi di reato omissivo per mancato impedimento dell'evento, potrebbe rinvenirsi nella previsione di *obblighi di garanzia*, da distinguersi accuratamente dai meri *obblighi di attivazione* o di *sorveglianza*, in capo a soggetti, per l'appunto *garanti*, che siano effettivamente dotati di un potere giuridico di impedimento dell'evento²⁸².

Circa l'essenza dell'omissione, e dei correlativi problemi di compatibilità con i principi di materialità ed offensività, allo scopo di far rientrare il tipo in esame all'interno del "superiore concetto di <<condotta>>"²⁸³, si deve prescindere da una classificazione meramente naturalistica, dovendosi, piuttosto, attribuire rilevanza alla sua nozione normativa. Infatti, si può dire che siano stati vani tutti i tentativi dottrinali di attribuire alla condotta omissiva un carattere fisico-naturalistico che la

²⁸⁰ Cfr. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 47 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 143 ss.; BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 317.

²⁸¹ Riflessione di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 47 ss., la quale richiede anche che all'incriminazione dell'omissione si ricorra, in una prospettiva *de iure condendo*, in considerazione del principio di *extrema ratio*, che deve ispirare la repressione penale in generale.

²⁸² In questo senso, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 144; SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 88 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 48 ss., la quale articola la questione della compatibilità dei reati commissivi tramite omissione con l'art. 27 Cost., in due questioni, una oggettiva e una soggettiva. La questione oggettiva attiene al diverso requisito causale sotteso al reato omissivo, rispetto a quello commissivo, laddove nel primo debba accertarsi l'esistenza di una causalità normativa. In considerazione di ciò, non sarebbe autenticamente personale una responsabilità che prevedesse sì l'obbligo giuridico finalizzato alla tutela del bene protetto dalla norma incriminatrice, ma non il correlativo potere giuridico di ottemperare a quella pretesa. Tale corrispondenza tra dovere impeditivo e potere di impedire l'evento, infatti, sarebbe ciò che distingue la posizione di garanzia da quelle di attivazione e sorveglianza. La questione soggettiva, invece, attiene all'appartenenza psichica del fatto all'agente, per evitare il rischio di una responsabilità oggettiva o per fatto altrui occulta.

²⁸³ Letteralmente, BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale: parte generale*, Padova, 1986, 291.

accomunasse all'azione e la riconducesse nell'alveo dei suddetti principi²⁸⁴, mirando a superarne la natura di "irrealità spaziale e temporale, quale *nihil*"²⁸⁵. Con quest'ultima finalità, parte della dottrina ha ravvisato nell'omissione un sostanziale *nihil facere* – ed in quanto tale essa si presenterebbe come "la perfetta antitesi" dell'azione"²⁸⁶ – di volta in volta diversamente qualificandola alla stregua o di "un'assenza di un certo movimento corporeo che non si realizza perché l'individuo si rifiuta di effettuarlo"²⁸⁷ ovvero di uno sforzo che il soggetto compie per trattenere i nervi motori che lo spingono ad agire²⁸⁸. Altra dottrina, invece, considera il concetto in esame non come un puro e semplice *non facere*, ma come un non fare un particolare atto: dunque, essa si configurerebbe come un *aliud facere*²⁸⁹, e cioè il fare una cosa altra rispetto a quella specifica richiesta al soggetto, sia essa inversa²⁹⁰ all'azione dovuta ovvero semplicemente diversa²⁹¹.

²⁸⁴ Così si esprimono ALAGNA R., *Omissione*, cit., 89, e MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 141.

²⁸⁵ Espressione di BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., 292, il quale ricorda che la nozione di "condotta", usata per intendere anche l'omissione, "è una finzione perché, naturalisticamente parlando, l'omissione è un *nihil*". Riguardo al dibattito dottrinale sull'essenza dell'omissione, si rimanda alla disamina comparatistica delle più risalenti argomentazioni di ZEPPIERI L., *L'omissione causale*, Roma, 1937, 63 ss..

²⁸⁶ Così VANNINI O., *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, 11. Sostanzialmente concorde, PONZ DE LEON G., *La causalità dell'omissione nel sistema penale (contributo all'interpretazione del cpv. dell'art. 40 c.p.)*, Milano, 1964, 2 ss., il quale afferma, prima, che "il legislatore nella formulazione degli art.li 6, 41, 42, 43, 62, 81, 116 c.p., accoppiando l'omissione all'azione ha adoperato tra i due termini il disgiuntivo <<o>> per indicare, appunto, che l'un termine esclude l'altro e viceversa", dopo, che "azione ed omissione [...] pur essendo concetti addirittura antitetici, sono entrambe dalla norma valutate allo stesso modo quali elementi indefettibili di ogni reato".

²⁸⁷ Ancora, VANNINI O., *I reati commissivi*, cit., 11 ss..

²⁸⁸ La concezione, definita da BONUCCI A., *L'omissione nel sistema giuridico*, Perugia, 1911, 82 "tragica" e "commossa di esasperazione fisiologica", deve la sua originaria formulazione all'Autore di lingua tedesca BELING E., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, 15. Contrariamente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 141, evidenzia come la tesi in esame, che fa consistere la fisicità dell'omissione in un processo meramente interno, "elude il problema della fisicità del comportamento penalmente rilevante. Quando si parla di fisicità si intende, infatti, fare riferimento ad una consistenza fisica esteriore, ad un atto di volontà esteriorizzato".

²⁸⁹ Concezione elaborata primariamente nella dottrina di lingua tedesca, a partire da Luden nella metà del XIX secolo, seguita poi in Italia dagli autori di seguito citati. La tesi è aspramente criticata dalla dottrina più recente, la quale ne sostiene l'inconsistenza, da un lato, perché non è sempre detto che chi ometta di agire compia un'altra azione e, dunque, non rimanga inerte; dall'altro, perché l'individuazione dell'azione alternativa non è possibile quando l'obbligo di agire deve essere adempiuto entro un termine più o meno lungo. Si aggiunge poi, che l'azione diversa è del tutto penalmente irrilevante, non essendone neppure richiesto l'accertamento. Così si esprimono, concordemente, ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 225 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 141; PAGLIARO A., *Il reato*, in GROSSO C. F. - PADOVANI T. - PAGLIARO A. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007, 81; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 144; ZEPPIERI L., *L'omissione causale*, cit., 67 ss..

²⁹⁰ In questo senso si orientava, per esempio, MASSARI E., *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Napoli, 1934, 66, il quale affermava così: "si dice al riguardo che debba l'azione essere <<diversa da quella che si attendeva>>. Io, però, credo che il carattere differenziale fra l'azione e l'omissione possa essere reso con più netta evidenza, con la locuzione: *azione inversa a quella che si doveva e si poteva spiegare*".

²⁹¹ Così, invece, ALTAVILLA E., *Teoria soggettiva del reato: ricostruzione dogmatico-positivista del Codice penale*, Napoli, 1933, 166, il quale, riprendendo la tesi summenzionata del Massari, afferma che "in verità, noi preferiremmo la forma più larga <<diversa>>, che comprende anche la <<inversa>>, senza che occorra

La soluzione più opportuna, come anticipato, risiede nel riconoscere all'omissione un'essenza normativa, consistendo essa nel *non facere quod debetur*, ossia, nel "non compiere l'azione", pur, "*possibile*, che il soggetto ha il dovere giuridico di compiere"; in questo senso, "la doverosità dell'agire converte l'inerzia in omissione"²⁹². Ciò significa che ad essere rilevanti sono le sole omissioni consistenti nella trasgressione di un dovere di fare prescritto dall'ordinamento giuridico²⁹³.

I reati omissivi devono bipartirsi, per diversità di struttura, in due grandi categorie, concordemente con la fondamentale distinzione elaborata in dottrina, tra reati omissivi *propri* (o puri) e i reati omissivi *impropri* (o impuri), questi ultimi anche detti *commissivi mediante omissione*.

La linea di demarcazione tra le due forme di illecito omissivo è stata tracciata dalla dottrina seguendo molteplici criteri, il più storicamente antico dei quali attiene all'occorrenza o meno della presenza di un evento come conseguenza della condotta omissiva.

Secondo il c.d. *criterio dell'evento*, dunque, *propri* sarebbero i reati omissivi di pura condotta che si esauriscono nel mancato compimento di un'azione che la legge

necessariamente un'azione antitetica". PONZ DE LEON G., *La causalità dell'omissione*, cit., 4 ss., propone un'ulteriore, articolata, argomentazione, cui si rimanda, a sostegno della tesi per cui "il concetto normativo dell'omissione poggia anche sulla concretezza naturalistica del comportamento omissivo, quale uno dei modi di essere dell'umano operare, per cui neppure di fronte alla omissione, realtà pregiuridica, può rivendicarsi l'esclusivo apporto creativo della norma".

²⁹² Letteralmente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 142, il quale precisa che "l'azione appartiene all'essere, l'omissione al dover essere: è impensabile senza la norma impositiva dell'agire. La differenza, ad es., tra <<riposo>> ed <<ozio>> non è individuabile sul piano naturalistico, ma soltanto nel fatto che il primo consiste in una <<astensione>> consentita dal lavoro ed il secondo in una violazione di un dovere di lavorare". Concordemente, ALAGNA R., *Omissione*, cit., 89; MARINUCCI G. - DOLCINI E. - GATTA G. L., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2021, 277; BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., 294, secondo il quale "il concetto di omissione [...] ha un significato solo a contatto con un'esigenza spirituale, in quanto nella realtà naturalistica e con l'ausilio di meri criteri naturalistici non è possibile qualificare un dato comportamento come omissivo. Colui che si gode il sole seduto su una panchina dei giardini pubblici, naturalisticamente parlando non si può dire che ometta qualche cosa, mentre si può dire che omette di andare a scuola se, in quanto studente, anziché adempiere al suo dovere, se ne sta oziando. Un comportamento assume quindi la natura di omissione solo in riferimento ad una esigenza, ad una norma, cioè, che impone ad un soggetto il dovere di attivarsi. Al di fuori di una norma, [...] la realtà naturalistica è cieca. L'omissione, pur supponendo un comportamento nello spazio e nel tempo, si intende pienamente solo a contatto con una valutazione".

²⁹³ Analogamente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 142; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 89; PULITANO D., *Diritto Penale*, cit., 186 ss.; ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale*, cit., 226 ss., il quale ritiene che con il ricorso alla concezione normativa dell'omissione non si finisca, come in dottrina è stato talvolta sostenuto, con il negare la realtà dell'omissione, riducendo questa ad un semplice giudizio della mente umana. Infatti, la realtà non è solo quella materiale e tangibile, e ciò è apprezzabile sulla base del comune modo di pensare: "ora, v'è forse qualche persona che, giudicando alla stregua del buon senso, dubiti che sia un fatto, una realtà, ad es., il comportamento di una madre che lascia morire di fame il suo bambino?". Si esprime in senso favorevole a quest'ultimo pensiero, MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale (Fenomenologia causale nella responsabilità penale per omissione)*, Padova, 2002, 26, il quale rende nota dell'accoglimento in dottrina di una nozione unitaria di condotta che ricomprende in sé sia l'azione che l'omissione. Molto chiara l'esposizione della concezione normativa dell'omissione di CADOPPI A., *Il reato omissivo*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 66.

penale comanda di realizzare²⁹⁴; *impropri*, invece, quelli che contengono un evento nella descrizione della norma incriminatrice, alla stregua di un requisito strutturale dell'elemento oggettivo del reato, e che consistono “nella violazione dell'obbligo di impedire il verificarsi di un evento tipico ai sensi di una fattispecie commissiva-base”²⁹⁵, tramite la previsione di una responsabilità penale, per l'appunto, riferita ai risultati connessi alla mancata attivazione da parte del soggetto (da qui la denominazione di reati di omesso impedimento dell'evento)²⁹⁶. Il parametro tradizionale, pur riconosciuto come “corretto sotto un profilo logico” e “abbastanza plausibile”²⁹⁷, è andato incontro a delle critiche circa la sua inadeguatezza a cogliere gli aspetti peculiari delle fattispecie omissive nascenti dalla combinazione della clausola generale di cui all'art. 40, comma 2°, c.p. con le singole norme di parte speciale, poiché le ricomprenderebbe nella medesima categoria dei reati di omesso impedimento dell'evento previsti nel Libro II del Codice penale²⁹⁸.

Connesso intimamente con il canone appena enunciato è quello che distingue l'omissione propria da quella impropria sulla base del carattere della norma penale violata, il c.d. *criterio normologico*²⁹⁹; secondo il quale si avrebbero reati omissivi propri nelle ipotesi di infrazione ad una *norma di comando*, essendo impropri quelli che consistono nell'inosservanza di una *norma di divieto*. Norma, quest'ultima,

²⁹⁴ Come FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 625 ss., correttamente puntualizza, nei reati omissivi propri la responsabilità dell'omittente si fonda sul non aver posto in essere l'azione doverosa e non sull'indesiderato evento realizzati in conseguenza del non impedimento degli effetti dannosi scaturiti dall'omissione stessa. Esempio è la fattispecie di cui all'art. 593 c.p., la quale incrimina la semplice omissione di soccorso occorrente a persona che si trovi in pericolo, a prescindere dal verificarsi di conseguenze dannose in suo danno; infatti, se dall'omessa assistenza dell'agente deriva la morte del soggetto, il primo non risponderà di omicidio, bensì di omissione di soccorso aggravata (ai sensi dell'art. 593, comma 3°, c.p.).

²⁹⁵ Così si esprime FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 626.

²⁹⁶ Concordemente con quanto esposto, descrivono il criterio di evento, oltre a FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 625 ss., CADOPPI A., *Il reato omissivo*, cit., 67; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 89; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 2 ss.; MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 27 ss.. La distinzione tra reati omissivi propri e impropri secondo il parametro discretivo tradizionale è tutt'ora del tutto dominante nella manualistica: cfr., ad esempio, BETTIOL G., *Diritto Penale*, cit., 218; BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, cit., 292; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 142 ss.; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 145. CADOPPI A., *Il reato omissivo*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, cit., 68, difende con ampie argomentazioni l'opportunità della conservazione del criterio di evento, per il fatto che esso meglio evidenzerebbe le distinzioni sostanziali intercorrenti tra le due categorie. Per la posizione della dottrina tedesca in favore del criterio tradizionale, si rimanda alla bibliografia indicata da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 2 ss., nota 2. Secondo MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 28, quello dell'evento sarebbe il criterio discretivo preferito dalla giurisprudenza, soprattutto in ambito di attività medico-chirurgica.

²⁹⁷ Così, rispettivamente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 8, e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 626.

²⁹⁸ Avanzano tale critica gli Autori summenzionati. Esempio di fattispecie di omesso impedimento dell'evento espressamente disciplinata dal legislatore penale sarebbe il mancato impedimento di strepiti di animali di cui all'art. 659 c.p..

²⁹⁹ In questo senso, MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 28.

nell'ambito della quale, la modalità omissiva sarebbe semplicemente una condotta alternativa a quella commissiva (a ciò si deve la dizione di *reati commissivi mediante omissione*)³⁰⁰. Contro l'impostazione illustrata si è rilevato che “divieti e comandi si distinguono tra di loro sulla base dell'oggetto della normazione: i divieti esigono l'omissione, i comandi invece l'esecuzione di un'azione” ma, “se nel reato omissivo improprio il comportamento antiggiuridico consiste nell'omissione della possibile esecuzione dell'impedimento dell'evento [...] allora la norma alla quale un tale comportamento contravviene non può essere un divieto di azione, ma solo un comando di azione”³⁰¹.

Infine, secondo il criterio della diversa *tecnica di tipizzazione*, si distinguono i reati omissivi propri da quelli impropri in virtù del fatto che i primi ricevono un'espressa previsione legislativa nella parte speciale del Codice penale, mentre i secondi ne sarebbero sprovvisti, trovando il loro fondamento normativo nella combinazione della clausola generale di cui all'art. 40, comma 2°, c.p., con le norme di parte speciale facenti diretto riferimento a un reato di azione e trasformate, in via interpretativa, in fattispecie omissive di mancato impedimento dell'evento, in presenza di obbligo giuridico di attivazione che abbia tale contenuto³⁰².

In definitiva, è stato rilevato come l'adozione di un criterio discrezionale in esclusione di un altro sarebbe una questione, più che altro terminologica e convenzionale, poiché la differenza tra gli esiti raggiunti dai due principali metodi di distinzione condivisi

³⁰⁰ Cfr. ALAGNA R., *Omissione*, cit., 89 ss.; MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 28. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 5, segnala la precedente assoluta prevalenza dell'opinione appena esaminata e il suo conseguente completo abbandono a causa delle serrate critiche a questa opposte, soprattutto nell'ambito del dibattito dottrinale di lingua tedesca. Per i riferimenti letterari a quest'ultimo riguardo, si rimanda a quelli indicati dall'Autore. D'altra parte, aderisce a tale criterio discrezionale, unitamente a quello di evento, VANNINI O., *I reati commissivi*, cit., 49.

³⁰¹ Il pensiero così formulato si ritrova in GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 5, il quale lo mutuava dall'ideatore KAUFMANN A., *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, in *Juristische Schulung*, 1961, 174.

³⁰² In questo modo, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 625, il quale, pur non escludendo la validità del criterio tradizionale d'evento, ritiene di dover optare per quello appena esposto. Analogamente sostenitore dell'elemento di differenziazione basato sulle modalità della tipizzazione, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 9 ss., il quale precisa che la formulazione letterale della tesi, nata nel contesto dottrinale tedesco degli anni '50, che prevedeva che i reati omissivi impropri si distinguessero per il fatto di non essere regolati positivamente, già originariamente non trasferibile nel nostro sistema ed ora nemmeno più attuale per gli ordinamenti tedesco ed austriaco, andrebbe intesa nel senso che una positivizzazione dei reati in esame deve ravvisarsi nel combinato disposto di cui si è detto. Contrariamente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 143, ritiene non del tutto legittima né opportuna la riclassificazione sulla base delle tecniche di tipizzazione; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 5, articola la critica al criterio in esame sulla base di una triplice argomentazione, cui si rimanda. CADOPPI A., *Il reato omissivo*, cit., 67 ss., pur non screditando il criterio ora esposto, argomenta ampiamente l'opportunità della sua propensione all'utilizzo di quello tradizionale. Per la presentazione di ulteriori criteri discretivi proposti dalla dottrina italiana e straniera, si rimanda alla disamina puntuale di MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 27 ss..

in dottrina, cioè quello di evento e quello delle tecniche di tipizzazione, nella pratica, si rinverrebbe in pochi casi; uno dei quali sarebbe rappresentato dai reati omissivi espressamente descritti da una norma speciale come tali ma caratterizzati da un evento, i quali, secondo il criterio d'evento, sarebbero impropri, mentre per il criterio di tipizzazione sarebbero da considerarsi propri³⁰³.

2. I reati omissivi impropri e l'art. 40 cpv. c.p..

Come anticipato, il reato omissivo improprio è caratterizzato dal fatto che il mancato compimento dell'azione prevista dalla legge penale come doverosa – dunque la violazione dell'obbligo giuridico di impedire il verificarsi di un evento lesivo, tipico ai sensi di una fattispecie commissiva – determina la causazione dello stesso³⁰⁴. Si è storicamente ritenuto, infatti, che “il non impedire, benché non esplicitamente menzionato dalla norma incriminatrice, sostanzialmente eguagli, quanto a disvalore, la corrispondente ipotesi di commissione del reato mediante azione positiva”³⁰⁵. In relazione a ciò, si è affermato, secondo un'impostazione divenuta tradizionale, che le ipotesi di mancato impedimento dell'evento, più che vere e proprie forme di omissione, parrebbero configurare semplicemente una forma alternativa di manifestazione dei reati commissivi tipizzati dal Libro II del Codice penale; da qui deriverebbe la denominazione di *reati commissivi mediante omissione* equivalente a quella di *reati omissivi impropri*³⁰⁶.

³⁰³ Cfr. CADOPPI A., *Il reato omissivo*, cit., 68. Contrariamente, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 6 ss., ritiene la rilevanza pratica della scelta del criterio discrezionale tutt'altro che una mera alternativa tra l'una o l'altra bipartizione convenzionale e a proposito evidenzia l'inadeguatezza, ciascuno per motivi diversi legati alle “concezioni storicamente determinate” e “inadeguate alla struttura della responsabilità omissiva”, di tutti i criteri proposti dalla dottrina. Secondo l'Autrice, infatti, le sole distinzioni davvero rilevanti dipenderebbero dalla diversa natura degli obblighi gravanti sul soggetto attivo del reato; coerentemente con quest'ultima affermazione, Leoncini ricostruisce la bipartizione secondo un nuovo criterio, per la cui conoscenza si rimanda all'opera citata.

³⁰⁴ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 630; MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 29.

³⁰⁵ Letteralmente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 630.

³⁰⁶ Così riporta FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 630. La tesi tradizionale è stata formulata e principalmente sostenuta nell'ambito della dottrina di lingua tedesca; nella dottrina italiana, tra tutti, si veda VANNINI O., *I reati commissivi*, cit., 49, il quale, riprendendo il pensiero di FLORIAN E., *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1910, 441, per il quale “dal punto di vista della forma di loro estrinsecazione i reati si dividono in commissivi ed omissivi” e “nel seno di questi ultimi si affaccia un'ulteriore distinzione importantissima tra delitti commessi per omissione (*delictum per omissionem commissum*) e delitti di omissione”, ritiene che quest'ultimo avrebbe dovuto “non i reati omissivi distinguere in due gruppi, ma quelli commissivi”.

L'incriminazione positiva delle fattispecie in esame trova collocazione, nella sistematica del Codice penale italiano, soltanto nell'ambito del Libro I sui reati in generale, mediante la previsione di una c.d. *clausola di equivalenza* all'art. 40, comma 2°, secondo la quale “non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”. Tramite il combinato disposto dell'appena menzionata clausola con le – di volta in volta rilevanti – diverse disposizioni di parte speciale che prevedono reati commissivi di evento, suscettibili di *conversione* in forme di criminosità omissiva, sorge una fattispecie penale nuova in cui risultano aggregate una norma di comando (quella dell'art. 40 cpv. c.p.) e una di divieto (contenuta nella norma commissiva convertita)³⁰⁷. Questa nuova fattispecie, contrariamente all'idea tradizionale che la vorrebbe una semplice manifestazione alternativa del reato commissivo, deve ritenersi *autonoma* e, dunque, concettualmente altra rispetto a quella commissiva³⁰⁸.

Il riconoscimento dell'indipendenza strutturale del reato omissivo improprio, peraltro, richiedendo, per l'individuazione degli elementi di cui si compongono le fattispecie, uno sforzo del giudice (o dell'interprete in generale) – il quale deve reperire non solo le fattispecie di azione tipizzate che possono convertirsi in corrispondenti ipotesi omissive, ma anche gli obblighi giuridici di impedimento dell'evento eventualmente violati – induce a rilevare un punto di frizione tra il

³⁰⁷ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 631; MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 29. Nel senso che la disposizione dell'art. 40 cpv. c.p. affianca, senza aggiungere nuovi elementi, ad ogni fattispecie commissiva (per cui tale affiancamento è possibile) una nuova fattispecie imperniata sul mancato impedimento, si esprime GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 125. Quest'ultimo, per esporre la sua idea, riprende il verbo “assimilare”, particolarmente efficace, utilizzato da SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 2.

³⁰⁸ Sostenitori della tesi dell'autonomia della fattispecie omissiva impropria, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 631; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 126, il quale ricostruisce il percorso argomentativo seguito dalla dottrina tedesca nell'ambito del dibattito sull'affermazione della tesi dell'autonomia e, apportando una puntuale e ampiamente ragionata precisazione alle conclusioni tratte dalla teoria logico-matematica di KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, 251 ss., riconosce che tale indipendenza del reato omissivo improprio non deriva dall'aggiunta di un unico elemento alla corrispondente fattispecie commissiva, come asserito dal Kaufmann, ma piuttosto dalla trasformazione di tutte le componenti della fattispecie, ad eccezione dell'evento. Similmente, FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 72 ss., partendo sempre dal summenzionato pensiero di origine tedesca, riconosce la duplicità delle due fattispecie commissiva da una parte e omissiva impropria dall'altra dal punto di vista strutturale del fatto di reato; peraltro, l'Autore ritiene possa ravvisarsi un'unitarietà delle due forme di illecito sulla base del medesimo disvalore penale che da esse scaturisce. In questo senso, il Fiandaca afferma che “a fronte di due fattispecie intese come due insiemi di elementi diversi dal profilo strutturale, sta una fattispecie unica concepita come sintesi normativa di un medesimo disvalore penale”.

modello di illecito in esame e i principi di legalità e determinatezza della fattispecie³⁰⁹.

La clausola di equivalenza summenzionata, stabilendo un rapporto di equiparazione tra il “non impedire un evento che si ha l’obbligo giuridico di impedire” e il “cagionarlo”, si qualifica alla stregua di una norma estensiva dell’ambito di punibilità riferibile alla norma incriminatrice con la quale si combina³¹⁰, poiché “assimila il mancato doveroso impedimento di un evento alla sua diretta causazione”³¹¹. Grazie all’operatività dell’art. 40 cpv. c.p., dunque, le norme di parte speciale che vietano di cagionare determinati eventi possono essere applicate anche alle ipotesi in cui i medesimi eventi non siano stati evitati da chi aveva l’obbligo giuridico di impedirli³¹².

Tuttavia, un’applicazione generalizzata del principio di equivalenza a tutte le fattispecie commissive avrebbe l’effetto di “ampliare in maniera <<ipertrofica>> il sistema delle incriminazioni”³¹³, finendo per violare “i limiti in cui è predisposta la stessa tutela dei beni penalmente protetti”³¹⁴; di qui la necessità di accertare l’operatività della clausola di equiparazione e tracciarne i confini di applicabilità.

L’art. 40, comma 2°, c.p., a ben vedere, pur prevedendo una formula di carattere generale, non si riferisce a tutte le fattispecie dell’ordinamento, rappresentandone una

³⁰⁹ Di quest’idea MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 29 ss., il quale ricorda come la problematica in rilevanza, strettamente correlata con la difficoltà di tipizzazione delle fattispecie omissive improprie, fosse al centro delle preoccupazioni della Commissione Ministeriale per la riforma del Codice penale istituita con D.M. 1/10/1988. Analogamente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 631 ss., sostiene che per evitare che rimanga affidata alla giurisprudenza l’individuazione del confine tra il punibile e il non punibile, dovrebbe rivedersi il convincimento, di cui sopra, di impossibilità di tipizzazione puntuale di tutte le ipotesi di omesso impedimento dell’evento. Secondo l’Autore, infatti, “la preoccupazione che una previsione legale espressa degli illeciti omissivi impropri comporti inevitabilmente lacune di tutela, per quanto non trascurabile, non sembra però così decisiva da scoraggiare ogni intervento del legislatore nella direzione accennata. [...] il diritto penale ha per sua natura carattere frammentario: e questa frammentarietà, non di rado, è un costo imposto proprio dall’esigenza di rendere il più possibile compatibili controllo penale e principio di legalità”.

³¹⁰ Così la definiscono FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 33; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 632; ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 80, il quale riferisce anche la posizione di chi qualifica la norma come *accessoria*, “perché destinata naturalmente a trovare applicazione solo in riferimento ad altre disposizioni”.

³¹¹ Letteralmente, ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 80.

³¹² Si esprime così ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 80, il quale specifica che, in virtù della clausola generale, le norme incriminatrici inizialmente costruite per vietare condotte capaci di provocare attivamente l’evento tipico, estendono la loro applicabilità sino ad includere la mancata esecuzione di una condotta potenzialmente in grado di evitare tale evento. L’esempio più chiaro si trae dalla considerazione della fattispecie di omicidio di cui all’art. 575 c.p., la quale, isolatamente considerata, copre soltanto le causazioni dirette dell’evento mortale, che consistono in condotte commissive capaci di porsi in rapporto di causalità naturalistica con la morte; ma, a contatto con l’art. 40 cpv. c.p., la stessa incriminazione arriva a comprendere anche le situazioni di omesso impedimento nei confronti di chi aveva l’obbligo giuridico di evitarlo.

³¹³ Si è ripreso quanto affermato da FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 632.

³¹⁴ Parole di FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 33.

prima considerevole limitazione la necessità che esso si combini con una fattispecie criminosa appartenente alla categoria dei *reati di evento*³¹⁵; inoltre, dalla funzione stessa alla quale il disposto intende assolvere, e cioè di incriminare alcune ipotesi omissive non espressamente tipizzate nel Libro II del Codice penale, ne deriva un'esclusione di operatività in tutti i casi in cui una norma di parte speciale si riferisce esplicitamente alla condotta omissiva, in via esclusiva ovvero insieme ad una commissiva³¹⁶.

Ulteriori limiti di convertibilità, sulla base della clausola di equivalenza, delle fattispecie commissive tipiche in omissioni per mancato impedimento dell'evento, si ricavano dall'osservazione di quei tipi legali, la cui struttura risulta visibilmente ostativa di una loro realizzazione mediante inattività³¹⁷. In particolare, si tratterebbe inizialmente dei delitti c.d. *di mano propria*, secondo i quali, cioè, è la fattispecie a presupporre che l'elemento materiale del reato consista in un atto positivo da compiere "direttamente col corpo, o comunque con la propria persona"³¹⁸, ponendo in essere un'attività "insostituibilmente personale"³¹⁹, e quindi a richiedere che la configurabilità del fatto tipico dipenda da una commissione positiva del reato da parte del reo a mezzo della sua persona, escludendone così una forma di manifestazione in chiave omissiva³²⁰. In seguito, sono da includere nel novero dei tipi delittuosi "non convertibili", i c.d. *reati abituali*, con riferimento ai quali il requisito della condotta, consistente nella reiterazione di una serie di comportamenti positivi, ne impedisce l'integrazione per omissione³²¹.

³¹⁵ In questo modo sottolinea ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 1995, sub art. 40, 353. Concordemente, ALAGNA R., *Omissione*, cit., 92.

³¹⁶ Il rilievo si deve a FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 34, e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 632. Gli Autori riportano come esempi del secondo caso gli articoli 450 e 659 c.p., incriminanti, rispettivamente, la condotta di "chiunque, con la propria azione od omissione colposa, fa sorgere o persistere il pericolo di un disastro ferroviario, di una inondazione [...]" e di "chiunque, mediante schiamazzi o rumori, ovvero abusando di strumenti sonori o di segnalazioni acustiche ovvero suscitando o non impedendo strepiti di animali, disturba le occupazioni o il riposo delle persone".

³¹⁷ Cfr., nuovamente, FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 33 ss., e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 632 ss..

³¹⁸ Letteralmente, FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 35.

³¹⁹ Parole riprese da ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 81; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 154, i quali, entrambi, riportano come esempio la fattispecie di incesto di cui all'art. 564 c.p..

³²⁰ Così FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 35, e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 633.

³²¹ In merito, FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 35, e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 633; ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 81; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 93; ROMANO M., *Commentario*, cit., sub art. 40, 353 ss.; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 154, il quale lascia notare che alle categorie di reati finora menzionate nel testo, sarebbe comunque inapplicabile l'art. 40 c.pv., in quanto reati di mera condotta. Esempio di questa categoria di reati sarebbe rappresentato dalla fattispecie di sfruttamento della prostituzione di cui all'art. 3, n. 8, legge 20 febbraio 1958, n. 75.

Più in generale, dall'applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. vanno escluse tutte le ipotesi di *reati a forma vincolata*, in cui il legislatore ha descritto la forma della condotta causativa dell'evento in maniera particolarmente dettagliata e specifica, richiedendo un determinato *modus operandi* da parte dell'agente, poiché la clausola di equivalenza pone sullo stesso piano il mancato impedimento dell'evento, da una parte, e la sua diretta causazione, dall'altra, ma non “quella particolare forma di causazione richiesta dalla fattispecie incriminatrice”³²².

Sicché, “il dominio naturale e (salvo il caso di concorso di persone) esclusivo” dell'art. 40, comma 2°, c.p., sarebbe quello delle “fattispecie causalmente orientate”³²³, ossia dei c.d. *delitti causali puri*: “cioè quei reati di evento la cui carica di disvalore si concentra tutta nella produzione del risultato lesivo, mentre appaiono indifferenti le specifiche modalità comportamentali che innescano il processo causale”³²⁴. Mentre non crea contrasti la riconduzione a tale categoria di reati “dalla mera attitudine causale”³²⁵ delle ipotesi delittuose contro la vita e l'incolumità individuale³²⁶, da un lato, e di determinati reati contro l'incolumità pubblica³²⁷, dall'altro, in quanto si tratta di illeciti posti a tutela di beni giuridici considerati particolarmente meritevoli di protezione; meno pacifica, ma comunque sostenuta da consistente Dottrina, è l'ammissibilità di una realizzabilità omissiva di reati di stampo patrimoniale³²⁸.

³²² Si esprime in tal senso ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 82, il quale riporta a paradigma dell'inconvertibilità di tali fattispecie, il caso del reato di truffa di cui all'art. 640 c.p., nel quale la condotta causativa dell'evento deve consistere nella forma tipica degli artifici e raggiri. Concordemente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 155 ss.; ROMANO M., *Commentario*, cit., sub art. 40, 354, che afferma che “la disposizione in esame, infatti, introduce una equivalenza del non impedire un evento al cagionarlo limitando il suo intervento all'aspetto causale: non può esservi dunque alcuna equiparazione d'ordine generale fra un <<semplice>> non impedire e il cagionare l'evento con modalità determinate della condotta espressamente previste dalla legge.

³²³ Letteralmente, ROMANO M., *Commentario*, cit., sub art. 40, 354.

³²⁴ Si esprime così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 634. Concordemente, BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 36; PELISSERO M., *Condotta ed evento*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 211, in cui si legge che “l'ambito di applicazione della clausola di equivalenza è allora limitato ai reati causali puri [...] nei quali il legislatore considera rilevante qualsiasi condotta che sia causale rispetto alla realizzazione dell'evento: trattandosi di fattispecie che assicurano una tutela ampia del bene giuridico, le stesse sono compatibili anche con la realizzazione a mezzo di una condotta omissiva”.

³²⁵ Ancora, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 634.

³²⁶ All'interno dei quali si colloca il delitto di evento per antonomasia, ossia l'omicidio. Così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 634.

³²⁷ Tra i quali FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 634, annovera gli articoli 422, 423, 426, 428, 430 ecc. c.p..

³²⁸ Per una concezione più ampia della convertibilità delle norme incriminatrici sul patrimonio, cfr. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 168 ss.; ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 81; ROMANO M., *Commentario*, cit., sub art. 40, 354 ss., il quale afferma che: “non si vede ad esempio perché chi abbia accettato l'incarico della sorveglianza e manutenzione di una proprietà (ad es. un giardino con piante rarissime) non debba

Ampie perplessità, dovute alla mancanza di un'espressa disciplina legislativa in merito, sorgono, come si approfondirà, con riguardo alla responsabilità equivalente, nel campo del concorso mediante omissione ad un reato materialmente commesso da altri. Nel caso di concorso omissivo, infatti, si è sostenuto che non troverebbe luogo la limitazione all'applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. alle sole fattispecie causalmente orientate, essendo possibile la configurazione di una compartecipazione omissiva in riferimento a qualunque reato, anche di mera condotta, laddove ovviamente siano presenti tutti i presupposti di rilevanza penale dell'omissione, *in primis* l'esistenza di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento³²⁹. Contrariamente, si è invece affermata la necessità di mantenere inalterato l'ambito applicativo della clausola di equiparazione in entrambe le modalità di realizzazione, monosoggettiva e concorsuale, in ossequio ad una maggiore coerenza valutativa circa la meritevolezza di una tutela rafforzata in capo a determinati beni giuridici³³⁰.

poi rispondere di danneggiamento se omette d'impedirne un grave deperimento: una delimitazione della rilevanza dei beni patrimoniali alla stregua della loro <<essenzialità>> per il titolare non sembra pertanto da accogliere (ma diversa questione è ovviamente la delimitazione di determinati beni giuridici a seconda della diversa posizione di cui di volta in volta si tratta)". Parzialmente contrari, nel senso di una necessaria valutazione di meritevolezza della tutela rafforzata in riferimento al bene giuridico patrimoniale da considerare, si esprimono FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 634; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 40 ss..

³²⁹ Di quest'idea si affermano sostenitori GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 141 ss.; BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1339 ss.; ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 82, il quale spiega che "generalmente si ritiene che l'art. 40 cpv. c.p. disciplini il concorso nel reato mediante omissione, allorché sia violato l'obbligo di impedire il reato verificatosi: dal momento che, ai sensi dell'art. 110 c.p., devono considerarsi penalmente rilevanti tutte le condotte che sono state causali rispetto all'evento, il non averlo impedito violando un preciso obbligo in tal senso è equiparato alla sua diretta causazione, e quindi è punibile a titolo di compartecipazione. In questa dimensione, il reato di mera condotta commesso dal terzo rappresenta l'evento non impedito per colui che aveva l'obbligo giuridico di evitarlo".

³³⁰ In questo senso FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 635 ss., il quale critica la sopraesposta tesi della generale operatività della clausola di equivalenza in ambito di compartecipazione criminosa, per il fatto di fondarsi su ragioni di politica criminale che giustificherebbero la più ampia applicazione dell'art. 40 cpv. c.p.; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 181 ss., il quale afferma che "la delimitazione nel senso indicato dell'area di operatività del giudizio di equivalenza, non può non avere portata generale: tale delimitazione, infatti, è apparsa quella meglio compatibile con le risultanze emerse sia in base ad una analisi strutturale delle fattispecie espressamente tipizzate, sia in base alla considerazione del nesso struttura della fattispecie-bene tutelato"; RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267 ss..

3. Requisiti strutturali del reato omissivo improprio: a) la situazione tipica; b) la condotta omissiva lesiva della norma di comando; c) la verifica dell'evento; d) l'elemento soggettivo.

Una volta individuate le fattispecie commissive di parte speciale suscettibili di conversione, attraverso la combinazione con la clausola di equivalenza, in ipotesi di omissione impura, conviene procedere con l'identificazione degli elementi del reato omissivo improprio³³¹.

Innanzitutto, la fattispecie di commissione mediante omissione è costituita dalla *situazione tipica*, cioè “il complesso dei presupposti di fatto che danno vita ad una situazione di pericolo per il bene da proteggere e che, pertanto, rendono <<attuale>> l'obbligo di attivarsi del <<garante>>”³³². Si tratterebbe, dunque, di una situazione di fatto in presenza della quale le lesioni arrecate al bene giuridico in pericolo vengono imputate al mancato intervento impeditivo del soggetto posto in posizione di garanzia³³³.

Secondo elemento strutturale della fattispecie omissiva impropria, intimamente connesso con il precedente³³⁴, è la *condotta omissiva di mancato impedimento*, cioè

³³¹ Punto di riferimento dell'indagine dei requisiti strutturali della fattispecie omissiva impropria è dato dall'elencazione di questi da parte di ALAGNA R., *Omissione*, cit., 93: “a) l'obbligo giuridico di impedimento di un evento; b) la situazione tipica che fa scattare tale obbligo di agire; c) la condotta omissiva lesiva della norma di comando; d) la verifica dell'evento previsto dalla fattispecie di parte speciale; e) il nesso di causalità tra l'omissione e l'evento; f) il dolo o la colpa del soggetto che realizza l'omissione impropria”. Pur attenendosi, per esigenze di chiarezza espositiva, ad un ordine diverso, la trattazione seguente tenderà di investire tutti i punti nominati dall'Autore.

³³² La definizione, di FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 636, sintetizza efficacemente quelle proposte da ALAGNA R., *Omissione*, cit., 93; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 76; MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 31. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 132, propone la denominazione di “situazione di garanzia” per il requisito in esame, poiché tale terminologia, in uso nella dottrina e giurisprudenza tedesca, avrebbe il merito di “sottolineare adeguatamente il peculiare rilievo giuridico e la funzione sociale dell'obbligo *de quo* (finalizzato alla tutela di certi interessi, al controllo di determinate fonti di pericolo, o all'impedimento di azioni illecite di terzi)”. Esempio di situazione tipica, proposto dal primo Autore menzionato, è quello dell'obbligo del bagnino di impedire l'evento morte o altri eventi lesivi, in presenza di un nuotatore inesperto che si trova in difficoltà.

³³³ Così MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 31 ss.. L'Autore riporta una serie di situazioni tipiche tratte dall'esperienza giurisprudenziale, tra cui quella del caso di morte da soffocamento a seguito di incendio di un degente in stato di contenzione presso un ospedale psichiatrico, laddove l'applicazione della misura di contenimento, che impedisce al titolare del bene protetto ogni possibilità di difesa autonoma, costituisce la situazione tipica obbligatoria rispetto ad ogni lesione dell'incolumità fisica della paziente.

³³⁴ È GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 132 ss., in particolare, a ricordare che, se per ragioni espositive può essere utile trattarne separatamente, i due requisiti devono necessariamente ricorrere unitamente, poiché “il mancato compimento dell'azione di impedimento dell'evento è privo di significato se non viene messo in relazione con una situazione fattuale che, sulla base delle valutazioni proprie dell'ordinamento giuridico, rende doverosa la realizzazione di quell'azione: il <<non facere>> senza il <<quod debetur>> è giuridicamente irrilevante”.

“l’inerzia concomitante allo scattare dell’obbligo di agire”³³⁵, che si concretizza nell’aver tralasciato il perfezionamento “dell’azione diretta ad impedire l’evento previsto dalla fattispecie commissiva-base”³³⁶. A sua volta, presupposto dell’adempimento dell’obbligo giuridico di attivazione, in linea con il celebre brocardo per cui ad *impossibilia nemo tenetur*, è la *materiale ed obiettiva possibilità di agire*, ossia di tenere il comportamento prescritto dalla legge³³⁷, la quale deve attenersi sia alle necessarie capacità psicofisiche del garante, sia alla non avversione delle condizioni esterne alla realizzazione della condotta dovuta³³⁸. D’altra parte, data la carenza di un’indicazione positiva espressa delle componenti costitutive del reato omissivo improprio, in generale, e dell’estensione e del contenuto dell’obbligo di condotta, in particolare, la specificazione dei confini e dello scopo del dovere di agire del garante potrà determinarsi soltanto in relazione alle circostanze del caso concreto e ad opera dell’organo giudicante³³⁹. A ben vedere, è proprio “alla stregua

³³⁵ La definizione appartiene ad ALAGNA R., *Omissione*, cit., 91.

³³⁶ Così, FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 76.

³³⁷ In questo senso, ALAGNA R., *Omissione*, cit., 91, e PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 211 ss., i quali trattano del co-requisito in esame con riferimento rispettivamente ai reati omissivi propri e ai reati omissivi in generale ma si ritiene, in accordo con quanto sostenuto anche da FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 77, che la riflessione possa ritenersi estensibile ai reati omissivi impuri.

³³⁸ Così, ALAGNA R., *Omissione*, cit., 91; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., 211 ss.. In particolare, quest’ultimo, distingue l’impossibilità fisica di compimento dell’azione doverosa, cioè quella situazione in cui il “non fare” non è costitutivo di un comportamento umano omissivo espressivo di una “presa di posizione” ma, al contrario, è “in un certo senso da lui subito”, in impossibilità di agire *assoluta* o *relativa*. La prima, ipotesi del tutto teorica, si verificherebbe quando il comando legale impone un’azione che nessuno potrebbe mai compiere (per esempio, quando la legge prescrive un adempimento entro un termine scaduto prima ancora della sua promulgazione); la seconda si avrebbe tanto a causa di “limiti derivanti dalle caratteristiche psico-fisiche del soggetto destinatario del comando”, quanto nelle ipotesi di esclusione della responsabilità *ex art. 45 c.p.*, per “cause di forza maggiore”, quando cioè l’impossibilità è imputabile al sopravvenire di circostanze esterne che fanno da obiettivo ostacolo all’azione. Alcuni profili attinenti alla possibilità di agire, come si vedrà in seguito, si intrecciano anche con questioni attinenti alla colpevolezza del garante, come giustamente sottolinea GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 376 ss..

³³⁹ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 637, il quale rinviene nella mancanza di legislazione espressa appena menzionata una delle ragioni principali che complicano la trattazione giudiziale della tipologia delittuosa in esame, motivo per il quale il giudice deve procedere con estrema cautela ed equilibrio ogniquale sia chiamato a convertire una fattispecie commissiva esplicitamente tipizzata in un’ipotesi omissiva corrispondente; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 76, il quale rileva un’ulteriore differenza con il reato omissivo puro nel quale è la legge stessa che, di regola, descrive e circoscrive l’azione comandata, a parte in qualche eccezione, come per esempio nell’art. 593 c.p., in cui si descrive solo il contenuto generico dell’azione doverosa, rinviando alle circostanze del caso concreto per la specificazione dell’intervento soccorritore. Tornando a riferirci al summenzionato esempio giurisprudenziale riportato da MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione*, cit., 31 ss., in quel caso la consistenza e il contenuto dell’obbligo di impedimento a carico degli operatori sanitari della struttura si doveva ricavare dalla situazione di passività in cui versava il titolare del bene protetto e dalla disponibilità da parte di quest’ultimo di sigarette e cerini, elementi in considerazione dei quali i garanti avrebbero dovuto predisporre “le cautele suggerite dallo stato di contenzione” (così, C. App. Milano, 28 gennaio 1980, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1559 ss.).

delle diverse situazioni di garanzia che si determina variamente il contenuto del comportamento doveroso”³⁴⁰.

Come autorevole Dottrina ha finemente notato, la condotta di omesso impedimento e la situazione di garanzia assumono un ruolo preminente nell’economia della fattispecie omissiva impropria, a differenza di quanto accade per le corrispondenti ipotesi commissive. Per queste ultime, infatti, la funzione di individuazione della condotta tipica è svolta dal nesso di causalità³⁴¹; nei reati omissivi impuri, invece, “è la situazione di garanzia che, fra gli infiniti comportamenti che avrebbero potuto impedire l’evento, consente di individuarne uno, come punto di riferimento dell’imputazione penalistica dell’evento”³⁴².

Per quanto attiene la *verificazione dell’evento non impedito*, per quest’ultimo deve intendersi, nei casi di realizzazione monosoggettiva, il “risultato esteriore in cui si concreta l’offesa tipica dell’illecito causalmente orientato”³⁴³, cioè, l’evento naturalistico previsto dalla fattispecie commissiva; nel concorso mediante omissione, invece, l’evento è rappresentato dal reato che si era obbligati ad impedire³⁴⁴.

Ulteriore requisito del reato omissivo improprio, al pari di quello commissivo, attiene al profilo soggettivo della *colpevolezza*, la cui struttura, salvo taluni aspetti peculiari di cui si farà menzione, è sostanzialmente analoga a quella rinvenibile nei reati di azione³⁴⁵.

Il dolo omissivo deve riguardare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, primo e più importante dei quali la posizione di garanzia e i relativi presupposti di

³⁴⁰ L’osservazione, di GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 133, sarà oggetto di più specifico approfondimento in sede di trattazione del requisito dell’obbligo giuridico.

³⁴¹ Infatti, spiega GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 133, “l’azione conforme alla fattispecie è quella che risulta legata dal nesso eziologico all’evento che si è verificato”.

³⁴² Letteralmente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 133, il quale continua rilevando che “è la situazione di garanzia, quindi, che assume nella fattispecie un ruolo di <<filtro>>, attribuito nelle corrispondenti fattispecie commissive alla causalità”. In proposito, l’Autore specifica che la situazione di garanzia di cui si è parlato, che “descrive i presupposti di fatto e di diritto da cui deriva l’obbligo di impedire l’evento”, non va confuso con “l’obbligo stesso, il quale, in quanto tale, è estraneo alla fattispecie e risulta da una valutazione in chiave giuridica della situazione di garanzia”. Espressamente concorde BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 256.

³⁴³ Così, FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 79.

³⁴⁴ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 637.

³⁴⁵ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 663 ss., rileva come si prospetti, con riferimento ai reati omissivi impropri, un problema di politica criminale che incide sulla questione della graduazione della colpevolezza: ossia il problema dell’equiparabilità del cagionare al non impedire anche sotto il profilo del medesimo trattamento sanzionatorio (risolto in senso implicitamente positivo dall’art. 40 cpv. c.p.). In relazione a ciò, l’Autore richiama le voci, ancorché isolate, di coloro che hanno obiettato che i delinquenti per omissione, impiegando con la propria condotta una minore quantità di energia fisica e un minore sforzo decisionale e, dunque, esplicando una “carica di minore pericolosità” (così, GUARNIERI G., *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937, 34 ss.), meriterebbero un trattamento sanzionatorio meno severo.

fatto: per esempio, la bambinaia che omette di sorvegliare il bambino affidatole, non risponde dell'evento dannoso da questi subito a titolo di responsabilità omissiva se non riconosce che il bambino la cui incolumità è stata lesa è proprio quello rimesso alle sue cure³⁴⁶. Dunque, rientra nel dolo anche la conoscenza degli obblighi extrapenali di impedimento dell'evento da cui discenda la qualifica di garante³⁴⁷; la quale conoscenza può a sua volta costituire presupposto indispensabile per determinare la consapevolezza del soggetto di rivestire il ruolo suddetto. Infatti, qualora si riscontri l'esistenza di un errore in proposito, trattandosi quest'ultimo di errore "sul fatto che costituisce il reato", può ricorrersi alla scusante di cui all'art. 47, ultimo comma, c.p.³⁴⁸. Coerentemente con il principio generale per cui non è richiesta, ai fini della punibilità, la conoscenza attuale della norma penale trasgredita, non osta all'integrazione del dolo il fatto che l'omittente non sia consapevole della rilevanza penale della violazione dell'obbligo di garanzia³⁴⁹.

La colpa nelle fattispecie omissive può atteggiarsi tanto a mancato riconoscimento della situazione tipica da parte dell'omittente, quanto a, specialmente nelle ipotesi di omissione impropria, errata scelta dell'azione doverosa da compiere³⁵⁰. Presupposto dell'adempimento del dovere di diligenza è, ancora una volta, la *possibilità di agire* nel modo richiesto, in capo al soggetto obbligato. Tale possibilità di agire si spinge oltre il profilo fisico, finendo per esigere il "dominio di tutti i fattori necessari al raggiungimento dello scopo", e si articola nei seguenti quattro elementi fondamentali: "a) conoscenza o riconoscibilità della situazione tipica; b) conoscenza o riconoscibilità del fine dell'azione doverosa; c) conoscenza o riconoscibilità dei

³⁴⁶ L'esempio si deve a FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 666.

³⁴⁷ Come si vedrà più diffusamente, obblighi extra-penali di agire possono derivare, per esempio, da un contratto o da un altro atto negoziale. Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 666.

³⁴⁸ Così secondo FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 666 ss.; PALAZZO F. C., *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 235, il quale osserva che "indubbiamente, la norma impositiva dell'obbligo di agire nei reati omissivi impropri presenta molti dei caratteri tipici della <<legge extrapenale>>, l'errore sulla quale scusa ai sensi dell'art. 47 ult. cpv. c.p.. In primo luogo, l'esistenza del precetto di non cagionare un determinato evento è già desumibile dalla fattispecie incriminatrice risultante dalla combinazione della norma base con il secondo comma dell'art. 40 c.p.; la norma extrapenale richiamata concorre solamente a determinare l'ampiezza del precetto rispetto ad alcune <<sottofattispecie>> particolari."; SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, 187, che, a sua volta, afferma, con riguardo alla questione relativa all'obbligo giuridico extrapenale, ove esista, di impedire l'evento tipico e alla sua conoscenza, che "qui siamo in presenza di uno dei c.d. elementi normativi della fattispecie, ossia di un momento contenutistico a carattere formale o indirettamente formale della stessa ed è necessario, quindi, che ad esso si riferisca l'elemento intellettuale del dolo (art. 47, ult. cpv. c.p.)".

³⁴⁹ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 667.

³⁵⁰ Si riprende quanto esposto da FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 667.

mezzi necessari al raggiungimento del fine medesimo; d) possibilità obiettiva di agire”³⁵¹.

La valutazione della possibilità di agire, al fine di stabilire la non conformità della condotta omissiva con il dovere obiettivo di diligenza, deve svolgersi alla stregua di un “*modello* di agente avveduto che, posto nella situazione data, sia in grado di riconoscere la situazione tipica e di agire nel senso voluto dall’ordinamento”³⁵² e considerando, soprattutto nei casi di c.d. *colpa incosciente*, un punto di riferimento spazio-temporale per stabilire se siano ricorsi fattori eccezionali in grado di alterare la volontarietà del comportamento omissivo³⁵³.

È stato rilevato in dottrina come, nei reati omissivi impropri, il contenuto dell’obbligo (o onere)³⁵⁴ di diligenza, avente per oggetto l’osservanza delle regole cautelari richieste dall’attività potenzialmente pericolosa svolta, e quello dell’obbligo di impedire l’evento, fondante la responsabilità a titolo di omissione impropria, si intersechino fino ad arrivare, secondo alcune ricostruzioni, a coincidere³⁵⁵: in questo

³⁵¹ In questo senso, concordemente, si esprimono FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 77, e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 667.

³⁵² Letteralmente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 667. FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 77, specifica che “il criterio da adottare, nella valutazione dei requisiti su b) e c), è quello obiettivo dell’osservatore avveduto che, posto nella situazione data, sia in grado di riconoscere <<ex ante>> lo scopo dell’azione da intraprendere, nonché i mezzi idonei al conseguimento del risultato”.

³⁵³ Così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 667 ss., il quale specifica che il riferimento spazio-temporale non può che essere dato dal comportamento effettivamente tenuto dall’omittente, che sia inerzia o attività diversa da quella richiesta, poiché soltanto a seguito dell’accertamento delle concrete modalità della condotta tenuta è possibile stabilire se sussistano “eventuali fattori eccezionali capaci di inibire la volontarietà del comportamento omissivo”. Gli Autori riportano, come caso esemplare di colpa incosciente, quello dell’omissione dovuta a “pura dimenticanza” e ricorda come la maggior parte dei casi di colpa inconsapevole difetti di coscienza e volontà come coefficienti psicologici reali, assumendo il giudizio di imputazione in tali ipotesi, natura puramente normativa.

³⁵⁴ Specificazione di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 118, la quale osserva che si può parlare propriamente di *obbligo*, “solo ove l’inosservanza della regola cautelare risulti già di per sé sanzionata”.

³⁵⁵ Il rilievo si ritrova, oltre che in FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 668, in LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 118 ss., la quale, segnalando tra gli Autori che hanno sostenuto la perfetta coincidenza, nell’ambito delle fattispecie omissive improprie, tra l’obbligo di garanzia e di diligenza, la posizione di GALLAS W., *Die strafrechtliche Werantvortlichkeit der am Bau Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des “Werantvortlichen Bauleiters”*, Heidelberg, 1963, 32 ss., richiama anche la costruzione dogmatica di certa dottrina, secondo cui il contenuto dei singoli obblighi di garanzia dovrebbe essere dedotto dall’art. 43 c.p., con una completa identificazione tra le due categorie di obblighi (cfr., in particolare, SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 175 ss.). Diversa, ma comunque annessa alla questione in esame, l’osservazione di ALAGNA R., *Omissione*, cit., 100 ss., il quale riflette, più in generale, sulla distinzione tra omissione tipica e momento omissivo della colpa, riconoscendo il fatto che “la colpa ha per sua natura una componente omissiva, dato che l’essenza della colpa è il non aver tenuto comportamenti diligenti, periti o prudenti o non aver rispettato determinate norme di legge. In sostanza, l’essenza della colpa è un non fare qualcosa, un non adeguarsi a un modello di agire e di agente che l’ordinamento pretendeva che il soggetto rispettasse”. Tale problematica emerge con maggiore impatto concreto nell’ambito medico-chirurgico e in quello della responsabilità per violazione delle norme a tutela della salute e sicurezza sul lavoro; in questi settori, l’Autore riferisce la preferenza della giurisprudenza di qualificare la responsabilità a titolo di reato omissivo improprio, per poter accedere ad una meno difficoltosa dimostrazione del nesso di causalità. A quest’ultimo riguardo, cfr. anche FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 659 ss..

senso, si giunge comunemente alla conclusione che il garante, per impedire la verifica di determinati eventi, debba obbedire a quanto gli è imposto dalle regole di diligenza vigenti nella situazione concreta³⁵⁶. D'altra parte, si è al contempo sottolineata l'opportunità di mantenere distinte le due categorie di obblighi, poiché esse presenterebbero differenti funzioni e caratteristiche e apparterebbero a due sfere diverse, ovvero l'obbligo di diligenza alla tipicità e l'obbligo di garanzia alla colpevolezza³⁵⁷.

In conclusione, con riferimento ai reati omissivi complessivamente considerati, ai fini della punibilità non è richiesta la conoscenza del comando di azione (che è possibile equiparare alla coscienza dell'illiceità della non attivazione), ma è sufficiente la *possibilità* di conoscere la rilevanza penale dell'omissione, parallelamente a quanto richiesto nell'ambito dei reati commissivi, in cui non è necessaria la consapevolezza, da parte dell'agente, del divieto di porre in essere l'azione realizzata. Questa possibilità, peraltro, deve essere accertata con particolare accortezza, tenendo in considerazione il fatto che "l'«obbligo di agire» di regola non è percepito con la stessa immediatezza con la quale si coglie l'«obbligo di non agire»"; dunque, mentre nel campo dei reati commissivi la possibilità di non conoscere la norma penale può venire in rilievo solo in presenza di circostanze oggettive, in quello dei reati omissivi tale possibilità va sempre presa in considerazione³⁵⁸.

³⁵⁶ Cfr., per esempio, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 668.

³⁵⁷ In questo senso, da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 119, la quale correttamente rileva, concordemente con GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I - La fattispecie*, Padova, 1993, 94, che i seguenti Autori, se da una parte affermano l'esigenza teorica di una distinzione concettuale tra le due categorie di obblighi, dall'altra finiscono sempre per riportare gli obblighi di diligenza nell'alveo della responsabilità omissiva impropria: FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 668 ss.; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 79, il quale afferma che "quanto a contenuto, dovere di diligenza e obbligo di impedire l'evento, nell'ipotesi concreta finiscono con l'intersecarsi e coincidere: il garante non è tenuto a fare di meno, per impedire la verifica di determinati eventi, di quanto gli è imposto dall'osservanza delle regole di diligenza dettate dalla situazione particolare". Chiaro nell'espone le ragioni per cui la coincidenza delle due categorie di obblighi sia da respingere, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 372 ss., al cui percorso argomentativo si rimanda, afferma che "se è vero, come si è visto, che le regole di diligenza vengono a delimitare l'area di applicazione della posizione di garanzia, contribuendo ad individuare la misura nella quale il garante è impegnato a tutelare il bene affidatogli, non sembra invece persuasiva l'affermazione che nella fattispecie omissiva colposa «l'obbligo di garanzia è obbligo di diligenza»". Per un'attenta analisi degli aspetti distintivi tra le due figure, cfr. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 119 ss.; GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., 94 ss.; per il confine tra causalità commissiva, causalità omissiva e colpa, invece, si veda BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 317 ss..

³⁵⁸ La riflessione si deve a FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 669.

4. Segue: l'equivalente normativo della causalità.

Altrettanto necessaria per l'attribuzione all'omittente di una responsabilità per mancato impedimento dell'evento è la dimostrazione di una *connessione* tra l'evento stesso e la condotta omissiva³⁵⁹.

Con riferimento al rapporto tra questi ultimi, l'art. 40, comma 1°, c.p. ammette la configurabilità di un nesso di causalità anche nell'ambito del reato omissivo, prevedendo che “nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od *omissione*”³⁶⁰.

La causalità omissiva riporta inevitabilmente le peculiarità legate alla struttura stessa dell'omissione, la quale risulta priva delle “caratteristiche esteriori”, cioè il “movimento corporeo” e la “serie causale diretta verso l'evento”, rinvenibili invece nella condotta di azione³⁶¹; in considerazione di ciò e a partire dal già richiamato disposto di cui al comma 1° dell'art. 40 c.p., tanto numerosi, quanto vani³⁶², sono stati gli sforzi di alcuna dottrina per attribuire, ancora una volta, alla condotta omissiva, la caratteristica della fisicità naturalistica, cosicché anche il “non impedire” potesse rappresentare, accanto al “cagionare (in senso stretto)”, una “categoria etiologica reale”³⁶³.

³⁵⁹ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 637, il cui riferimento ad una generica “connessione” si deve alle difficoltà definitorie della causalità omissiva di cui si dirà poco innanzi. Gli Autori riportano, come casi esplicativi, quelli del nesso tra l'annegamento di un bagnante e l'inattività del bagnino, oppure tra l'inerzia di una bambinaia e le lesioni mortali riportate dal bambino affidato alle sue cure.

³⁶⁰ Così MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 166.

³⁶¹ In questo senso si esprimono FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 78; PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 267. Concordemente, BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 256, afferma che “l'omissione, in quanto condotta priva di una dimensione <<fisica>>, non è in grado di manifestarsi nel mondo esterno sotto forma di energia che mette in moto processi causali reali, onde ciò che si imputa all'omittente è non già di avere materialmente cagionato un evento, bensì di non averne impedito la verifica”.

³⁶² A riguardo si esprimono FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 637; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 78; GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Padova, 1945, 50, il quale sostiene che siano “falliti miseramente” tutti i tentativi di dimostrare una causalità naturale dell'omissione, soprattutto quelli che presuppongono una concezione della condotta omissiva come un *aliud agere*, allo scopo di scovare pur sempre un accenno di attività anche nel *non facere*.

³⁶³ In questo senso si esprime SPASARI M., *L'omissione*, cit., 72 ss., il quale sostiene che sia pur sempre da abbracciarsi una concezione di causalità omissiva che consideri la condotta non impeditiva in senso naturalistico. In applicazione di tale pensiero, il comportamento da considerare causativo dell'evento che doveva evitarsi, sarebbe quello che “il soggetto pone in essere effettivamente, ossia non quello che si compie <<mentre>> si omette o che rimane <<a fianco>> dell'omissione (come si dice spesso impropriamente) ma quello che rappresenta appunto il dato contenutistico del giudizio omissivo”, (*id est*, come FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 637, ha correttamente precisato, l’“*aliud factum*”). Le condotte rilevanti così individuate sarebbero, rispetto al verificarsi dell'evento, condizioni *doppiamente negative* ovvero *indirettamente positive*: esse, invero, “non impediscono il verificarsi dell'evento tipico perché paralizzano le condizioni veramente

Una volta acquisita consapevolezza circa l'impossibilità di riscontrare, nell'ambito di un reato di omissione impropria, una "connessione tra l'evento ed una condizione di carattere reale, rilevante naturalisticamente"³⁶⁴, poiché questa, dal punto di vista naturalistico, consiste in un *non facere*, un *quid vacui* (e, per l'appunto, *ex nihilo nihil fit*)³⁶⁵, risulta più agevolmente apprezzabile, e con un minore sforzo intellettuale, la vera essenza del rapporto intercorrente tra la causalità omissiva e quella attiva. Invero, come appare evidente da una lettura combinata della summenzionata norma con il comma 2° della medesima disposizione, secondo cui "non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a

negative o impeditive di quest'ultimo". Uno dei casi esemplificativi riportati dall'Autore è quello della madre che, invece di accudire e nutrire il neonato, gioca a canasta con le amiche, provocandone così la morte: nell'ipotesi prospettata, l'omittente "non pone in essere, com'è chiaro, una condizione negativa (che sarebbe appunto la nutrizione) dell'evento delittuoso ma della condotta diretta al sostentamento del proprio figlio e costituente la effettiva circostanza impeditiva dell'evento in questione". La confutazione dell'impostazione ora prospettata, perché utilizzerebbe dati ipotetici al posto di quelli reali, avviene ad opera di GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato: appunti di diritto penale*, Torino, 1963, 67 ss. e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 637 ss.. Per una puntuale rassegna delle teorie dirette ad attribuire all'omissione un'effettiva efficacia causale, a partire dalle formulazioni in lingua tedesca, si rinvia a FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 12 ss.; ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960, 135 ss.. Per una ricostruzione storica di gran parte delle teorie che hanno interessato l'argomento della causalità omissiva in generale, negandola o affermandola, cfr. ZEPPIERI L., *L'omissione causale*, cit., 94 ss..

³⁶⁴ In questi termini, BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 253, il quale spiega come, "da un punto di vista naturalistico, si è in presenza di un *non facere* e l'evento è attribuibile alle forze della natura, alla serie causale in atto, non influenzata dal possibile intervento dell'uomo. In senso fisico l'omissione non può cagionare alcunché. La morte del malato, ad esempio, è conseguenza del processo patologico in atto e non dell'omessa cura del medico. È la regola normativa d'equivalenza espressa dall'art. 40, capoverso, che, equiparando a determinate condizioni il non impedire al cagionare, rende possibile la giuridica imputazione dell'evento".

³⁶⁵ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 638; l'appena menzionato BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 253; PAGLIARO A., *Il reato*, cit., 190; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 167. Molto efficaci, in proposito, anche le pagine di GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, cit., 50 ss.. Il Guardasigilli Rocco afferma, sostenendo l'indispensabilità della norma di cui all'attuale art. 40 cpv. c.p., in *Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, 1929, Vol. 4, Parte 2, 105, che l'omissione, "appunto perché consiste in un non fare, non si riesce a capire come possa produrre un evento, perché, se l'omissione è un *quid* negativo, un niente, dal niente non nasce niente; ed allora, in virtù di quale rapporto, l'evento si può ricondurre all'omissione?" e, in *Atti della commissione ministeriale*, cit., 99, che "una causalità fisica, materiale non può discendere da un'inerzia corporea, e quindi il legame fra l'evento e lo stato d'inerzia dell'uomo dev'essere ben precisato".

cagionarlo³⁶⁶, tale rapporto si atteggia a legame non di identità, ma di equivalenza³⁶⁷.

In effetti, con riferimento alla causalità omissiva, gran parte della dottrina parla di *causalità normativa*³⁶⁸, poiché “soltanto dal punto di vista normativo può l’omissione

³⁶⁶ Con riferimento a tale formulazione legislativa, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 100 ss., segnala l’opinione, molto diffusa in dottrina (tra cui anche FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 26, nota 47; ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità*, cit., 168), secondo cui essa sarebbe probabilmente stata desunta da una traduzione quasi letterale del pensiero di LISZT F. v., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlin, 1914, 138, dal seguente tenore: “solo quando sussisteva un obbligo giuridico di impedimento dell’evento, il non impedimento dell’evento è equiparato alla sua causazione”. Il Grasso, a riguardo, sostiene che sia verosimile ritenere che il contenuto dell’art. 40 cpv. c.p. abbia risentito della scienza penalistica tedesca (sebbene di tale influenza non sia dato conto nei lavori preparatori del codice penale), vista la corrispondenza di tale norma, non solo con le conclusioni del *summenzionato von Liszt* e di altri autori tedeschi di inizio Novecento (come per esempio, TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, Marburg, 1913, 72, il quale elabora a sua volta la seguente formula: “la causazione dell’evento antigiuridico è equiparata al non impedimento quando esiste un obbligo giuridico di impedimento”), ma anche con alcuni progetti di riforma del codice penale tedesco (per l’indicazione dei quali si rimanda all’opera citata). Allo stesso Autore e ad ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità*, cit., 161 ss., si rimanda per una ricostruzione storica del travagliato percorso di approvazione del disposto di cui all’art. 40 cpv. c.p..

³⁶⁷ Così, letteralmente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 166. Sostanzialmente d’accordo, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 638; ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 83, il quale afferma che “tra causalità attiva e omissiva non può ovviamente postularsi alcuna identità strutturale, posto che non sono identiche le condizioni iniziali del processo (dinamica l’azione, statica l’omissione). E di ciò tien conto l’art. 40 cpv. c.p., che appunto non parla di identità tra fare e omettere, bensì di equivalenza”. Sull’atteggiarsi della causalità nelle due forme di reato, ANGIIONI F., *Note sull’imputazione dell’evento colposo con particolare riferimento all’attività medica*, in DOLCINI E. - PALIERO E. C. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 1284 ss., sostiene che “il reato di omissione e di evento contiene rispetto a quello commissivo un elemento in più, la posizione di garanzia, e un elemento in meno, il nesso causale (naturalistico). Tale nesso causale naturalistico, che costituisce il primo gradino d’imputazione e di filtro della responsabilità penale nei reati commissivi, è sostituito in quelli omissivi dalla posizione di garanzia, che a sua volta ne costituisce il primo gradino d’imputazione e di selezione. Assumendo o ricevendo la posizione di garante, il soggetto entra in contatto normativo con il garantito (per es. il medico che prende in carico un paziente), così come nei fatti commissivi, il soggetto, agendo, entra in contatto fisico materiale con il soggetto passivo (per es. nel caso di un investimento automobilistico)”. Riguardo alle discussioni sul rapporto tra causalità attiva e omissiva, BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 255, nota acutamente che molto spesso queste vengono alimentate dall’equivoca sovrapposizione dei piani naturalistico e giuridico: infatti, l’Autore spiega che “in assenza di una relazione causale di tipo naturalistico, la connessione condizionale tra l’omissione e l’evento indica una diversa dimensione della relazione tra tali due elementi: si tratta della dimensione logica, che da quella naturalistica deve essere chiaramente distinta. L’omissione, in sostanza, costituisce un aspetto ineliminabile della spiegazione dell’evento dal punto di vista dell’ordinamento penale; e s’impenna attorno alla sua connotazione logica. Per esemplificare: un medico ospedaliero omette di praticare al paziente una terapia che, nelle condizioni date, gli avrebbe sicuramente salvato la vita, così cagionandone la morte. Qui l’omissione in violazione di un obbligo giuridico, pur costituendo un nulla dal punto di vista naturalistico, è condizionante dal punto di vista logico giacché, sostituendo all’omissione l’azione terapeutica, l’evento letale non si sarebbe verificato. D’altra parte, se si considera che la dimensione giuridica della causalità, come si è visto, ha base logica, emerge pure che da questo punto di vista, distinto da quello naturalistico, tra causalità attiva ed omissiva non esiste quella ontologica diversità ed incompatibilità che è stata invece evidenziata sotto il profilo empirico”. PAGLIARO A., *Il reato*, cit., 190, evidenzia come il rapporto tra i due commi dell’art. 40 c.p. non sia tale da contrapporre, alla causalità fisica dell’omissione (prevista nel comma 1°), una seconda forma di causalità omissiva, consistente nel non impedire l’evento: “al contrario, la causalità della omissione consiste esclusivamente nel non impedire l’evento. Il secondo comma dell’art. 40 c.p. ha la funzione di integrare il primo, che richiede che l’evento sia <<conseguenza dell’azione od omissione>>. Tale secondo comma specifica quando l’evento è considerato <<conseguenza>> di una omissione del colpevole”.

³⁶⁸ Così, *in primis*, ROCCO A., *Atti della commissione ministeriale*, cit., 105, in cui il Guardasigilli esplicitamente afferma che “non vi è una causalità fisica o materiale, ma subentra una causalità giuridica, in quanto vi è un’omissione giuridicamente illecita, contraria cioè ad un obbligo giuridico, d’impedire che l’evento dannoso si verifichi”. Cfr. anche BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 253 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 167; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 78 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*,

essere considerata come causa dell'evento stesso, e cioè che l'omissione è soltanto una causa normativa (e non naturale) dell'evento": infatti, "il non impedimento (dell'evento) assume valore causale solo in quanto esiste una norma che prescrive di opporre un impedimento"³⁶⁹.

Coerentemente con questa impostazione, è opportuno rinunciare alla pretesa di ascrivere ai reati omissivi un nesso di causalità eguale a quello esistente nei reati di evento commissivi, poiché nell'ambito di questi ultimi ciò che deve accertarsi è un legame di "derivazione tra dati reali del mondo esterno", ossia tra la condotta attiva posta in essere dall'agente e l'effetto lesivo da essa risultante; nelle fattispecie omissive improprie, invece, da verificarsi è se l'eventuale adempimento dell'obbligo di attivazione da parte dell'omittente avrebbe potuto incidere sul corso degli accadimenti, al punto da evitare la verifica dell'evento lesivo³⁷⁰. Dunque, mentre nel primo caso l'accertamento del nesso causale si risolve in una valutazione fattuale del collegamento consequenziale tra due entità reali (cioè l'azione dell'agente e l'accadimento esterno)³⁷¹, per determinare la relazione tra omissione ed evento, deve ricorrersi ad un giudizio di tipo *ipotetico* o *prognostico*³⁷², in quanto l'organo giudicante è chiamato ad effettuare un'operazione mentale additiva

cit., 638 ss. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 124, preferisce chiamare la causalità omissiva "equivalente tipico della causalità".

³⁶⁹ La formulazione è di GRISPIGNI F., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, I, 38 ss., e GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, cit., 53 ss., (cui, secondo le indicazioni di GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 112 ss., si devono alcuni dei contributi decisivi alla comprensione del carattere intrinsecamente normativo della condotta omissiva), il quale, riprendendo il pensiero del Mezger, afferma che "è soltanto l'esistenza di un dovere di agire che rende causale il non impedimento: senza la norma questo non avrebbe alcuna rilevanza causale". L'Autore illustra il concetto con un caso particolarmente esplicativo: "se un corso d'acqua è deviato da una barriera naturale di sassi, chi toglie questi sassi (azione) cagiona un'inondazione. Ma se la barriera di sassi non esiste, ed una norma impone ad un soggetto di costruirla, chi omette di fare ciò cagiona (nel senso di <<non impedire>>) un'inondazione". Aderisce alla posizione ora menzionata, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 112 ss..

³⁷⁰ La riflessione si deve interamente a FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 638.

³⁷¹ Cfr. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 385 ss.; BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 255.

³⁷² Per questo in dottrina spesso si usa la denominazione di *causalità ipotetica*: cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 167; BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 255; ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 83; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 639, il quale ritiene che la questione terminologica sia di secondaria importanza, purché risulti chiara la peculiare natura del nesso di condizionamento tra omissione ed evento, cioè di non vera e propria causalità ma di un suo equivalente, "ai fini dell'imputazione giuridica al soggetto <<garante>> dell'evento non impedito". All'ultima opera menzionata si rimanda per la meticolosa ricostruzione del dibattito dottrinale circa la concezione della causalità omissiva come causalità "ipotetica", contro la quale ha mosso le principali critiche STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 4, 1249 ss..

dell'azione doverosa, per rispondere al quesito se, in presenza di questa, l'effetto lesivo sarebbe venuto meno³⁷³.

Ciò chiarito, è opportuno ricordare che, perché l'equiparazione tra il non impedire e il cagionare avvenga, occorre che siano soddisfatte due condizioni: innanzitutto, per condurre correttamente il giudizio di prognosi circa l'idoneità o meno della condotta omissiva a impedire l'evento, è necessario che venga prioritariamente individuata la *legge di copertura*, la quale, "secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico", sia in grado di dimostrare che "l'evento sia conseguenza certa o altamente probabile del mancato impedimento, nel senso che l'evento non si sarebbe verificato con certezza o elevata probabilità, se il soggetto avesse posto in essere l'azione impeditiva"³⁷⁴; in secondo luogo, serve la sussistenza, per il soggetto omissivo, dell'*obbligo giuridico di garanzia*, delle cui caratteristiche si dirà più diffusamente in seguito³⁷⁵.

³⁷³ In questo modo si esprimono FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 638; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 386, il quale precisa che "l'enunciato <<se l'azione doverosa fosse stata compiuta, l'evento non si sarebbe verificato>> non ha ad oggetto né la spiegazione di un avvenimento del passato né la previsione di un accadimento del futuro; esso costituisce invece un <<condizionale controfattuale>>, un enunciato ipotetico, cioè, nel quale tanto l'antecedente quanto il conseguente sono per definizione falsi". Concordemente con quest'ultimo, si pronuncia BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, cit., 255 ss.. ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 83, descrive tale modalità di accertamento come "giudizio controfattuale", con cui si intende "un periodo ipotetico dell'irrealtà, in cui nell'antecedente si ipotizza la falsità di una certa proposizione che si sa essere vera, mentre nel conseguente si enuncia una conseguenza della supposizione contenuta nell'antecedente. Nel caso del reato omissivo improprio, si riformula ipoteticamente la vicenda causale, supponendo che l'obbligato, invece di rimanere inattivo, abbia posto in essere l'azione doverosa (ecco la falsità dell'antecedente), per valutare, infine, se quest'ultima avrebbe evitato l'evento".

³⁷⁴ In questo senso si esprimono MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 166; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 638 ss., il quale chiarisce, come si vedrà più diffusamente in seguito nel testo, che il criterio della sussunzione sotto leggi è valido anche per l'accertamento della causalità omissiva. L'esempio che Fiandaca e Musco riportano, mutuandolo dal caso giurisprudenziale di Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 1954, *Botto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, 793 ss.; con nota di CRESPI A., *Omessa applicazione di trattamento sanitario e responsabilità per l'evento dannoso*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, 793 ss., attiene al caso in cui da determinarsi sia il nesso di condizionamento tra l'omissione del medico del pronto soccorso che non ha praticato l'iniezione antitetanica e la morte di un ferito per infezione tetanica: "occorre prima verificare se esista una legge biologica la quale asserisce che l'inoculazione del siero, a certe dosi, rende generalmente inattivo il focolaio infettivo".

³⁷⁵ MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 166 ss., spiega più approfonditamente i motivi per cui l'equiparazione tra il non impedire e il cagionare possa avere luogo, articolando la sua argomentazione in tre punti: 1) anche la causalità omissiva appartiene alla "Scienza causale", che studia l'idoneità di determinate azioni ad interrompere processi causali in atto, per cui l'omesso impedimento risulta "causale" quando la scienza ed esperienza umana hanno appurato che "da certe serie causali (es.: virus) conseguono certi effetti (es.: morte)" e che determinate "seriazioni causali (es.: terapie)" sono in grado di interrompere o deviare tali serie causali in atto; 2) anche la causalità omissiva è una "categoria dinamica", dal duplice punto di vista secondo cui oggi viene considerato "causa omissiva" ciò che un tempo non era inteso come tale e in futuro verrà considerato appartenente alla suddetta categoria ciò che oggi non ne fa ancora parte, in virtù delle continue scoperte di azioni umane ed accadimenti in grado di attivare, dirigere o impedire processi causali dell'evento; 3) l'ambito degli accadimenti "sotto il dominio umano" si amplia sempre di più facendo sì che "l'acquisita impeditività, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento storico, dell'evento è ciò che eleva l'inerzia a condizione negativa del medesimo, affiancandosi essa così alle condizioni positive ed acquistando rilevanza morale, sociale o anche giuridica".

Per meglio delineare il rapporto tra le due causalità attiva ed omissiva, procedendo secondo lo schema argomentativo proposto da taluna manualistica³⁷⁶, occorre evidenziare alcuni aspetti che ne pongono in luce talora l'irriducibilità ad una sola categoria, talvolta i profili in comune.

La prima questione, già parzialmente trattata, concerne la *diversità di essenza* tra i due nessi di condizionamento: oltre alle divergenze già esposte, attinenti, da un lato, all'intrinseca assenza di fisicità dell'omissione (il cui effetto non esplica, quindi, risultati direttamente incisivi sulla realtà fenomenica) e, dall'altro, al carattere normativo ed ipotetico della causalità omissiva (contrapposto a quello condizionalistico in senso naturalistico della causalità attiva), ricorre anche la circostanza per cui, mentre il rapporto eziologico attivo si fonda su *tre dati reali* (e cioè "l'azione, il processo causale attivato o potenziato da questa, l'evento") e su *un solo dato ipotetico* (che consiste nell'operazione di eliminazione mentale dell'attività posta in essere dall'agente, per verificare l'eventuale venir meno ovvero l'irrimovibile venire in essere dell'evento), quella omissiva è una causalità *doppiamente ipotetica*, poiché si fonda su *due dati reali* ("il processo causale naturalistico in atto e l'evento") e *due dati ipotetici* (che si atteggiano a procedimento di rimozione mentale di entrambe la causa naturale e l'azione impeditiva, per indagare se effettivamente l'impedimento dell'evento possa avere avuto luogo)³⁷⁷.

Il secondo rilievo attiene alla validità delle regole della causalità attiva anche per quella omissiva, dovuta sia alla norma di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p., sia, soprattutto, al difetto di ragioni logiche per differenziare (e, *a fortiori ratione*, per ampliare) l'ambito di operatività della responsabilità omissiva, potendosi quest'ultima agevolmente considerare non più grave di quella attiva³⁷⁸.

La prima regola riguarda, da un lato, il *grado di probabilità dell'evento*, dall'altro, il *rigore di accertamento*, richiesti per la determinazione del nesso di causazione. Infatti, tali parametri devono essere considerati alla medesima stregua per entrambe le forme di causalità, non potendosi condividere le opinioni, diffuse in dottrina e in giurisprudenza, che postulano, per la dimostrazione di quella omissiva, la sufficienza,

³⁷⁶ Si fa particolare riferimento al metodo espositivo dell'argomento in esame, scelto da MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 167 ss..

³⁷⁷ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 167 ss..

³⁷⁸ Ancora, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 168, ricorda come in altri ordinamenti penali, per esempio quello tedesco, alla minor gravità della responsabilità omissiva consegue una facoltativa attenuazione di pena.

da una parte, di un minore grado di probabilità (cioè, di *una probabilità vicino alla certezza*), dall'altra, di un accertamento attenuato (soprattutto rispetto a settori di considerevole delicatezza, ove vengono in rilievo beni giuridici come la vita e la salute)³⁷⁹. Coerentemente con questa impostazione, quindi, la “maggiore ipoteticità” della causalità omissiva – che non può intendersi come argomentazione valida per asserirne la minore attendibilità, dovendo essa, semmai, recepirsi come esigenza di un accertamento maggiormente rigoroso – può comportare una diversità, rispetto alla condizionalità dell'azione “non nel richiesto grado di probabilità, ma, al più, nel numero dei casi risolvibili in termini probabilistici, verosimilmente maggiore rispetto alla causalità attiva”³⁸⁰.

La seconda regola da ritenersi applicabile anche alla causalità omissiva è quella che consente l'utilizzo del criterio della *condicio sine qua non*, come “test di controllo”, una volta individuata la “legge di copertura”, in base alla quale poter affermare con sufficiente certezza che il verificarsi di determinati antecedenti provoca il venir meno di certe conseguenze, al fine ultimo di accertare il nesso di condizionamento tra omissione ed evento³⁸¹.

Com'è ovvio, con particolare riferimento a quanto appena enunciato, dette regole richiedono, ed in proposito si introduce la terza ed ultima questione, l'operazione di necessari *adeguamenti*, che le rendano coerenti con la peculiare struttura della causalità omissiva³⁸².

³⁷⁹ Sostiene l'incondivisibilità della posizione prospettata nel testo, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 168. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 640 ss., riconosce che tale opinione ha il pregio di evidenziare il fatto che dai giudizi prognostici “esula per definizione ogni certezza assoluta” (cfr. anche GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 396): essa, però, diventerebbe inaccettabile se portasse alla conclusione di dispensare il giudice dal fare ricorso a criteri obiettivamente attendibili. D'altra parte, gli Autori rilevano l'esistenza anche di casi di responsabilità omissiva, “nei quali lo stesso giudizio prognostico sull'attitudine dell'azione doverosa a impedire l'evento non ha bisogno di accontentarsi di una <<probabilità confinante con la certezza>>”. L'esempio riportato è quello in cui una *baby-sitter* lascia che il bambino a lei affidato giochi da solo nei pressi di uno stagno, nel quale poi cadrà perdendo la vita: ecco che nell'ipotesi prospettata, “non sussiste dubbio alcuno che sarebbe bastato esercitare la dovuta sorveglianza per scongiurare con certezza l'evento letale”. Ancora, Fiandaca e Musco, condividendo quanto esposto da GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 395 ss., rilevano che, qualora si acceda all'opinione secondo cui ogni spiegazione causale, dunque anche quella commissiva, ha struttura probabilistica, “le differenze nel livello di certezza del rispettivo accertamento della causalità reale e della causalità omissiva finiscono forse col ridimensionarsi”. Circa l'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale sulla causalità omissiva, nella direzione di un suo “affievolimento”, specialmente con riferimento all'ambito medico-sanitario e di sicurezza sul lavoro, si rimanda alle ricostruzioni di MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 169, e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 641 ss..

³⁸⁰ Così MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 168.

³⁸¹ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 638; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 387.

³⁸² In questo senso MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 168.

Invero, “il *metodo della sussunzione* del caso sotto le *leggi scientifiche* o, comunque, sotto un sapere scientifico (attendibile perché razionalmente fondato), di certezza [...] o di probabilità”, si atteggia, nell’accertamento della causalità giuridica, a *sussunzione doppia*: la prima, strumentale per l’individuazione della causa naturale dell’evento, la seconda, per la dimostrazione che l’azione dovuta e, colpevolmente o dolosamente, omessa, avrebbe potuto impedire l’evento³⁸³.

E ancora, la formula della *condicio sine qua non*, che normalmente (*rectius*, nei casi di indagine del nesso causale attivo) consiste nell’eliminazione mentale dell’azione tenuta dall’agente, deve modificarsi, se utilizzata per controllare la consequenzialità tra un’omissione e un evento, nel senso di prevedere una c.d. *addizione mentale*, ossia un’operazione di fittizia sostituzione dell’omissione con l’azione impeditiva, allo scopo di verificare se, tenendo quest’ultima al posto della prima, l’evento non si sarebbe verificato (“con certezza o con elevata probabilità”)³⁸⁴.

5. Segue: l’obbligo giuridico di impedimento dell’evento. La c.d. posizione di garanzia.

Come incidentalmente si è già avuto modo di constatare, “non tutte le omissioni ipoteticamente causative dell’evento sono rilevanti penalmente”³⁸⁵. Un altro elemento, infatti, sarebbe necessario per “compensare” quel “meno” che connota la causalità ipotetica rispetto alla causalità reale³⁸⁶: il *plus* in parola si sostanzia, come

³⁸³ Il riferimento è, ancora, a MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 168.

³⁸⁴ In questi termini, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 168 ss.. Concordemente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 638 ss.; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 387, il quale afferma che, con riferimento ai reati omissivi impropri, la formula della *condicio sine qua non* andrebbe così articolata: “l’omissione è <<causale>> quando <<aggiungendo mentalmente>> l’azione omessa l’evento non si sarebbe verificato <<con una probabilità confinante con la certezza>>”. FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 78 ss., riprendendo il pensiero di PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, cit., 354 ss., sostiene che la causalità dell’omissione finisce col risolversi nella formula della *condicio sine qua non*: “manca infatti, a differenza della causalità dell’azione, un reale flusso eziologico sul mondo esterno; per cui il giudizio ipotetico sull’idoneità della condotta doverosa ad impedire l’evento costituisce criterio di accertamento e, nello stesso tempo, criterio costitutivo della causalità”.

³⁸⁵ Letteralmente, ALAGNA R., *Omissione*, cit., 93, il quale spiega che, mentre l’accertamento della causalità omissiva ha lo scopo di individuare, tra tutte quelle rintracciabili, soltanto le omissioni eziologicamente collegate all’evento, l’indagine sulla posizione di garanzia permette di selezionare, tra tutte le omissioni causali, soltanto quelle tipizzate come penalmente rilevanti.

³⁸⁶ Così si esprimono FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 646, riferendosi al minor grado di probabilità accettabile in caso di accertamento della causalità omissiva, rispetto a quello richiesto per quella attiva.

agevolmente si apprende dalla lettura dell'art. 40, cpv. c.p., nella violazione di un *obbligo giuridico di impedire l'evento*.

L'indispensabile presenza di quest'ultimo trova la propria giustificazione d'essere nelle medesime ragioni da cui scaturisce la necessità del carattere *eccezionale* del reato omissivo: invero, proprio perché l'incriminazione penale dell'omissione invade la vita dei consociati, imponendo loro un sacrificio parziale della propria libertà personale e vincolandone la condotta al raggiungimento di un determinato risultato (per l'appunto, l'impedimento dell'evento), non può esigersi l'intervento impeditivo di ogni soggetto potenzialmente ed astrattamente in grado di porlo in essere, ma rilevanti possono essere solo le condotte omissive causali, realizzate dai soggetti su cui grava l'obbligo giuridico in parola³⁸⁷.

Di qui l'esigenza di essere in grado di individuare, con quanta più precisione possibile, gli obblighi a fronte di una violazione dei quali si attivi una responsabilità penale ovvero, *rectius*, le fonti da cui essi scaturiscono e i criteri di selezione da adottare per la loro identificazione³⁸⁸. A questo proposito, le scarse indicazioni desumibili dall'art. 40, cpv. c.p., il quale si limita a raccomandare il carattere *giuridico* degli obblighi in rilievo, devolvono di fatto a dottrina e giurisprudenza l'occasione e, al tempo stesso, l'onere di operare di volta in volta la distinzione di detti obblighi, lasciando ampio spazio ad una molteplicità interpretativa³⁸⁹. La mancanza di una normazione tassativa degli obblighi di impedimento penalmente rilevanti comporterebbe, secondo taluni, al contempo, un vantaggio e uno svantaggio: il primo, rappresentato dalla possibilità, per la giurisprudenza, di "far fronte a nuove

³⁸⁷ Cfr. ALAGNA R., *Omissione*, cit., 93; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 646; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 170.

³⁸⁸ Così, ALAGNA R., *Omissione*, cit., 93; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 646. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 170, spiega come l'obbligo di impedire l'evento acquisisca caratteristiche divergenti, quanto a sua natura, fonti e portata, a seconda dei tipi di ordinamenti e di diverse concezioni. Per esempio, negli ordinamenti a legalità sostanziale, non è richiesta un'espressa previsione legislativa per la punibilità del non impedimento, il quale viene perseguito o in via analogica o sulla base della nozione sostanziale stessa di reato. In questi contesti, il dovere di impedire viene desunto anche da "fonti materiali" o da "posizioni del soggetto nell'ambito della comunità (familiare, sociale, politica)". A questo proposito, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 646 ss., segnalano la preoccupazione, da sempre manifestata dai giudici italiani, verso il rispetto del principio di *giuridicità formale* dell'obbligo di impedire l'evento, proprio per evitare di incorrere nella medesima, pericolosa, confusione dei piani giuridico ed etico in cui è incorsa la giurisprudenza tedesca, del periodo nationalsocialista. Gli Autori riportano ad esempio la paradigmatica pronuncia, di svariati decenni addietro, che ha negato la natura giuridica dell'obbligo del figlio di impedire la morte del genitore (Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 1932, *Cuccuru e altri*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, II, 765 ss.).

³⁸⁹ In questi termini, ALAGNA R., *Omissione*, cit., 93; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 646. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 180, si riferisce al requisito dettato dall'art. 40 cpv. c.p., definendolo non esaustivo ma, al tempo stesso, imprescindibile; inoltre, ricorda come esso debba sempre tenersi in considerazione assieme all'ulteriore limite imposto dal principio costituzionale di legalità dell'art. 25 Cost..

esigenze di tutela eventualmente emergenti nella prassi”; l’altro, consistente nell’inevitabile incertezza dei confini entro cui ricondurre i reati omissivi impropri³⁹⁰.

L’operazione della dottrina di tracciamento di detti confini si articola a partire da una *delimitazione esterna*, richiesta esplicitamente dal dato normativo summenzionato, consistente nella separazione degli obblighi giuridici da quelli che giuridici non sono, escludendosi dalla selezione, quindi, tutte quelle “aspettative di comportamento” provenienti indifferentemente da fonti morali, religiose, affettive o sociali, che non trovino previsione anche in norme giuridiche³⁹¹.

Nell’ambito di una *delimitazione interna* agli obblighi di origine giuridica, in cui si pone, invece, il problema di determinare da quali fonti possono derivare gli obblighi impeditivi, rilevanti ai fini dell’integrazione della responsabilità per omissione impropria, si sono registrate tre diverse impostazioni dottrinali: la *formale*, la *sostanzialistico-funzionale* e la *mista*³⁹².

La teoria meramente *formale*, o *formelle Rechtspflichttheorie*, rappresenta la concezione tradizionale (che trova origine nel pensiero di Feuerbach, aderente alla corrente del liberalismo giuridico classico), cui la dottrina e la scarsa giurisprudenza italiana, sono rimaste, per lungo tempo, ancorate³⁹³. Secondo tale impostazione,

³⁹⁰ Il pensiero è di FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 646. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 170, sottolinea che in un ordinamento a legalità formale, come quello italiano, anche il reato omissivo improprio deve inderogabilmente sottostare al principio di legalità, nonostante le tensioni che con esso, soprattutto con riferimento ai corollari di riserva di legge e di tassatività, emergono in quest’ambito. Concordemente, ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 87, il quale suggerisce l’opportunità, in una prospettiva *de iure condendo*, di uno sforzo di tipizzazione, da parte del legislatore, il quale, “anziché accontentarsi di una clausola generale quale quella dell’art. 40 cpv. c.p., dovrebbe invece provvedere alla previsione di garanzia per specifiche categorie di soggetti per specifici beni giuridici”.

³⁹¹ Così, ALAGNA R., *Omissione*, cit., 94, il quale richiama il caso giurisprudenziale già citato, affrontato da Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 1932, *Cuccuru e altri*, cit. (*Contra* questa pronuncia, Cass. pen., Sez. I, 22 febbraio 2005, n. 9386, in *Cass. pen.*, 2006, 12, 4066, secondo la quale la natura meramente etica dell’obbligo del figlio di prendersi cura del genitore lascerebbe spazio ad una connotazione propriamente giuridica dello stesso obbligo, laddove il figlio abbia di sua spontanea volontà assunto il ruolo di assistenza).

³⁹² Ciò è riportato da ALAGNA R., *Omissione*, cit., 94; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 180 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 170. Riportano solo le prime due, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 647 ss.; ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 83 ss.. Circa l’evoluzione dei termini del dibattito sul tema dell’individuazione delle fonti dell’obbligo di impedire l’evento, cfr. SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 7 ss.; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 3 ss..

³⁹³ Concordemente, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 181; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 94; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 170 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 647, i quali riferiscono come tale adesione sia conseguenza di uno scarso impegno profuso dalla dottrina italiana nella ricerca di una concezione alternativa, probabilmente a causa delle per nulla frequenti applicazioni dell’art. 40 cpv. c.p.. FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 25 ss., riferendo che la dottrina italiana dominante (tra cui la manualistica di autori come Antolisei e Bettioli), all’epoca (come SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 118, precisa, “da Carrara in poi”), “non solo ha dimostrato di recepire, in tema di responsabilità per omesso impedimento dell’evento, la *formelle Rechtspflichttheorie* così come concepita nell’ambiente culturale d’oltralpe, ma ne ha anche mantenuto pressoché intatta l’impostazione, senza denunciarne gl’inconvenienti”, ammette che “voler imputare la mancanza di un approfondito dibattito in argomento ad una sorta di insensibilità della nostra

particolarmente radicata nel postulato dell'eccezionalità della responsabilità omissiva³⁹⁴, “perché si possa parlare di responsabilità per omissione, occorre [...] una *pregressa, specifica relazione giuridica intersoggettiva*”³⁹⁵: si richiede, cioè, che l'obbligo di impedire l'evento trovi il suo fondamento in una delle fonti formali, qualificate come tali alla stregua dell'intero ordinamento giuridico³⁹⁶. Queste ultime, nell'originaria formulazione della teoria in esame, erano individuate nella *legge*, sia penale (per esempio, le norme incriminatrici che configurano fattispecie omissive proprie) e, soprattutto, extra-penale (particolarmente degni di nota, ai nostri scopi, gli obblighi nascenti dal diritto di famiglia) e, secondariamente, nel *contratto* (di scuola, il caso della bambinaia che assume contrattualmente il compito di sorvegliare il bambino in assenza dei genitori); con esclusione, almeno inizialmente, delle fonti sub-legislative³⁹⁷. Successivamente, ulteriori obblighi impeditivi vennero, “incongruamente” e facendo leva su un’asserita base consuetudinaria o fondata sul

dottrina, sarebbe forse semplicistico”. Invero, da considerare sono, da un lato, la circostanza che gli stimoli alla discussione, rinvenibili naturalmente nell'ambiente germanico, dove la materia è stata carente di una disciplina legale fino al 1975, sono venuti meno, in Italia, con il recepimento della teoria formale da parte dell'art. 40 cpv. c.p.; dall'altro, il fermo legame culturale che la dottrina italiana ha ritenuto di mantenere con la tradizionale concezione liberale del diritto penale.

³⁹⁴ SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 21 ss., riportando il pensiero di Feuerbach, documenta come questa eccezionalità fosse da tradursi giuridicamente in una “<<causa specifica>> che deve necessariamente sottostare all'obbligo di attivarsi la cui trasgressione realizza l'illecito penale”. Cioè: poiché la struttura dei rapporti individuali nella società borghese è tale per cui ciascun soggetto è, originariamente, privo di relazioni giuridiche con i suoi simili, salvo quella negativa di “non invadenza”, solitamente l'illecito penale si presenta sottoforma di azione: “l'obbligazione originaria del cittadino concerne soltanto le astensioni” (l'affermazione, significativa, di Feuerbach è così riportata da ROMANO M., *Commentario*, cit., sub art. 40, 355). Continua l'Autore, “nessun consociato, per il solo fatto di essere tale, può pretendere dagli altri un intervento attivo a tutela della propria posizione giuridica: altrimenti, o sarebbe violato il principio di eguaglianza formale (qualora solamente alcuni soggetti [...] potessero vantare un simile privilegio), oppure sarebbe la completa paralisi del sistema economico-giuridico (qualora chiunque potesse esigere da chiunque altro un intervento attivo a tutela dei propri diritti)”. Alla luce di ciò, “perché si possa parlare di responsabilità per omissione, occorre allora una *pregressa, specifica relazione giuridica intersoggettiva*”.

³⁹⁵ Si intende, con ciò, “una relazione – una <<causa>> – giuridica che crei un rapporto giuridico interpersonale avente carattere positivo (diverso cioè da quello <<originario>> negativo), specificando nel contempo i soggetti-parti del rapporto <<specificato>>: il titolare del diritto soggettivo alla prestazione e l'obbligato, il destinatario del dovere d'attivarsi”. Così, SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 22.

³⁹⁶ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 647; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 170 ss.; ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 87. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 181, riporta che l'obbligo di impedire l'evento deve trovare il suo fondamento in un “*besonder Rechtsgrund* (specifico fondamento giuridico), ravvisato nella legge ovvero in un altro atto dotato del carattere della giuridicità formale”. SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 121, precisa che per essere “formale” e, dunque, vincolante penalmente alla stregua di una fattispecie omissiva impropria, l'obbligo comportamentale inadempito, “deve essere disposto da una norma *ad hoc*, dotata dei caratteri formali della giuridicità (per essere venuta alla luce secondo determinate tecniche), e già preveduta dall'ordinamento in modo più o meno manifesto ed espresso”.

³⁹⁷ Così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 181. L'Autrice, come anche MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171, e FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 648, documenta come la dottrina sostenitrice della tesi in esame abbia successivamente esteso la categoria di fonti formali anche alle fonti sub-legislative, alla consuetudine ed alla *negotiorum gestio*.

*neminem laedere*³⁹⁸, fatti discendere anche da ipotesi, di contestato inquadramento, collezionate nel concetto di *c.d. propria precedente attività pericolosa*³⁹⁹, il quale, assieme alle due fonti di cui si è detto, costituisce la triade anche conosciuta con il nome di *trifoglio*⁴⁰⁰.

Senza dubbio meritevoli di apprezzamento sono gli sforzi che tale impostazione dogmatica ha profuso per ricondurre anche la responsabilità omissiva impropria nell'alveo del principio di legalità: infatti, "la necessità del fondamento giuridico-formale dell'obbligo di garanzia appare irrinunciabile in quanto svolge un'essenziale funzione garantista, nella duplice direzione di assicurare la certezza e di contenere l'espansione della sfera della responsabilità per omesso impedimento dell'evento"⁴⁰¹.

Peraltro, la concezione formale, soprattutto a causa dei risultati cui essa conduce – cioè, oltre alla sostanziale insoddisfazione della tassatività (che pure ne costituisce il principale obiettivo), una sorta di incoscienza circa i rischi di espansione smodata di una responsabilità penale per omesso impedimento fondata sul solo criterio formale, nonché l'incapacità di spiegare adeguatamente le ragioni dell'assimilazione del non impedire al cagionare⁴⁰² – è stata oggetto di molteplici rilievi critici, che ne hanno conclusivamente determinato il superamento⁴⁰³: essi possono enunciarsi secondo un triplice ordine⁴⁰⁴.

³⁹⁸ Rispettivamente, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 181, e MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171.

³⁹⁹ In questo senso, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 181, la quale ricorda come, particolarmente con riferimento a quest'ultima "fonte", che, contrariamente alle premesse della teoria in esame, risulta priva di una previsione formale (così puntualizza anche ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, cit., 83), si sono formulate le critiche da parte della successiva dottrina. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 647 ss., chiarisce che tale concetto debba intendersi nel senso che "chi compie un'azione pericolosa dopo assume, per ciò stesso, l'obbligo di impedirne le possibili conseguenze dannose a carico di terzi". SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 120, riporta altresì la posizione di taluna dottrina che annovera, tra le fonti degli obblighi giuridici formali, anche "il complesso del sistema".

⁴⁰⁰ Riportano detta terminologia in dottrina, tra gli altri, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 647; GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, n. 5, 621. In giurisprudenza, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 7 febbraio 1996, n. 4422, in *Foroplus*; Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 1998, n. 6152, in *Foroplus*.

⁴⁰¹ Letteralmente, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 187, la quale sostiene che la teoria formale "costituisce pur sempre la base per la soluzione del problema delle fonti dell'obbligo di garanzia. Essa, infatti, indica il primo e imprescindibile requisito della fattispecie omissiva impropria e, cioè, della necessaria giuridicità dell'obbligo giuridico". In senso analogo, si pronuncia ALAGNA R., *Omissione*, cit., 95; sostanzialmente concorde, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171.

⁴⁰² Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 648.

⁴⁰³ Le critiche cui si fa riferimento sono rinvenibili in SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 118 ss.; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 192 ss.; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 83 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 182 ss.; GALIANI T., *Il problema della condotta*, cit., 20 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 648 ss.; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 95.

⁴⁰⁴ Si privilegia, nella presente trattazione, il metodo espositivo scelto da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 182 ss., e sostanzialmente condiviso da MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171.

Sotto un primo punto di vista, ciò che si contesta alla teoria tradizionale è un *vizio di eccesso*, in quanto essa, limitandosi a prevedere come sufficiente il requisito della previsione dell'obbligo da parte di una fonte formale e non avendo alcun riguardo per la "funzione di garanzia" da esso svolta, non permetterebbe di distinguere, nella vastità degli obblighi previsti dall'ordinamento giuridico, quelli dai quali possa scaturire una responsabilità penale a titolo di omissione impropria e per cui possa giustificarsi l'equiparazione di cui all'art. 40 cpv. c.p.⁴⁰⁵. Come si è autorevolmente sostenuto, infatti, "la teoria <<formale>> della fonte dell'obbligo giuridico di attivarsi [...] <<dal momento che non si rifà al contenuto dell'obbligo giuridico, non è in grado di offrire alcun elemento idoneo a circoscrivere concretamente il fenomeno>>: non è in grado cioè di offrire alcun elemento idoneo ad individuare in modo soddisfacente l'ambito di responsabilità penale conseguente alla fattispecie di commissione mediante omissione"⁴⁰⁶. Conseguenza inaccettabile del muovere dal postulato che individua la *previsione dell'obbligo da parte di una fonte giuridica formale* come unico criterio selettivo, al contempo necessario e sufficiente, è l'impossibilità di delineare i confini tra le responsabilità per reato omissivo proprio e improprio, da una parte, come pure tra responsabilità penale ed extra-penale, dall'altra⁴⁰⁷.

Infatti, facendo primariamente riferimento all'ambito interno alla legge penale, non si può fare a meno di notare come l'impostazione in esame, accontentandosi genericamente della previsione normativa di un obbligo di attivazione, finisce per ricondurre alla responsabilità per omissione impropria la violazione di qualunque fattispecie omissiva propria, talvolta anche giungendo a conclusioni assurde – come quella per cui chi ometta dolosamente di prestare il soccorso dovuto *ex art. 593 c.p.*,

⁴⁰⁵ Concordemente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 192 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 182, la quale, con estrema chiarezza, afferma che "la tesi formale [...], non consente in alcun modo di distinguere tra mero obbligo di attivarsi e obbligo di impedire l'evento". Gli ultimi due Autori, insieme a SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 127, nota 13, riportano anche come, a dimostrazione dell'assunto appena menzionato, tratteggio sia l'esempio dell'assicurato contro l'incendio (peraltro, come correttamente Leoncini rileva, non propriamente azzeccato, trattando esso di un *onere*, rilevante esclusivamente *inter partes*, e non di un effettivo *obbligo*), il quale si sia obbligato contrattualmente ad attivarsi per impedire l'incendio: in questo caso, secondo un'applicazione della teoria formale, l'assicurato che rimanga in attivo di fronte al verificarsi dell'evento dovrebbe rispondere del reato di incendio di cosa propria.

⁴⁰⁶ Letteralmente, SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 123 ss., riprendendo, a sua volta, le significative affermazioni di Jescheck.

⁴⁰⁷ In senso analogo, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 193; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 182; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 648.

possa essere eventualmente chiamato a rispondere di omicidio⁴⁰⁸ – con il conseguente esito di una dilatazione esagerata dell’ambito operativo della clausola di equivalenza⁴⁰⁹.

In relazione alla legge extra-penale, tra l’altro indicata come fonte primaria dall’originaria formulazione della *formelle Rechtspflichttheorie*⁴¹⁰, e al contratto, il summenzionato assunto di necessità e sufficienza, per l’integrazione di una responsabilità per omissione impropria, di una previsione formale dell’obbligo, sfocia inevitabilmente in una “automatica conversione” della responsabilità extra-penale in penale, senza però che venga considerata la diversità dei “principi informativi, scopi e oggetto di tutela dei vari rami dell’ordinamento”⁴¹¹: invero, si è opportunamente asserito che “gli obblighi di agire ricavabili dai vari settori dell’ordinamento rispondono alla necessità di soddisfare ad esigenze di tutela di natura diversa. Vero questo, come non è consentito assimilare semplicisticamente esigenze di protezione facenti capo alle diverse branche del sistema, per la stessa ragione non è detto che presupposti di legittimazione o requisiti di validità richiesti in un ramo dell’ordinamento, debbano operare anche fuori dal loro ambito di

⁴⁰⁸ Ovvero, che sia responsabile di favoreggiamento omissivo “chiunque, ivi compresa la vittima del reato, taccia su circostanze da lui conosciute, che potrebbero agevolare le indagini, sulla base di un generico dovere, desunto da altre norme, di rendere veritiere dichiarazioni all’autorità (esempio: falsa testimonianza)”. Così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 183, la quale richiama anche i casi giurisprudenziali orientatisi in questa direzione.

⁴⁰⁹ Così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 183, la quale continua precisando che tale esagerazione è evidente specialmente “in caso di norme generiche, comprendenti una pluralità di doveri giuridici (esempio: omissione di atti di ufficio) e rispetto ad eventi che l’obligato non aveva né il preciso obbligo, né il potere giuridico di impedire”. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 648, correttamente rileva che per essere, l’obbligo di garanzia contenuto in una norma penale che configura una fattispecie omissiva propria, ritenuto rilevante ai sensi di una responsabilità per omissione impropria, occorrerebbe un preliminare vaglio alla luce della “specificata funzione espletata nell’ordinamento dall’art. 40 cpv.”.

⁴¹⁰ Cfr. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 184, la quale, rifacendosi alla ricostruzione di FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 27, espone come il riferimento preminente alla legge extra-penale fosse in accordo con la visione “sanzionatoria” del diritto penale, secondo la quale il sistema giuridico costituirebbe un sistema armonico i cui settori operano in perfetta sintonia gli uni con gli altri e nella quale “non si darebbe illecito penale che non sia, al contempo, anche illecito extrapenale”.

⁴¹¹ Letteralmente, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 184, la quale fa notare come le obbligazioni contrattuali siano dettate dall’ordinamento al solo scopo di regolare i rapporti patrimoniali tra le parti (“esempio: perché mai, ci si chiede, l’inadempimento del contratto, con il quale il soggetto si obblighi alla manutenzione di una *res* appartenente alla controparte, non dovrebbe esaurire la sua rilevanza nell’ambito della responsabilità patrimoniale, ma dare luogo al reato di danneggiamento?”) e quelle civilistiche che sanciscono la responsabilità extracontrattuale da risarcimento del danno, che non prestano la stessa attenzione del diritto penale ai principi di tassatività e personalità, siano funzionali alla garanzia degli interessi patrimoniali dei privati (“esempio: la responsabilità solidale, ex art. 2407/2 c.c., per omessa sorveglianza, del collegio sindacale con gli amministratori, per i fatti o le omissioni di questi ultimi, da cui dovrebbe automaticamente discendere una responsabilità concorsuale dei sindaci nel reato commesso dagli amministratori, a prescindere dagli effettivi poteri impeditivi dei sindaci stessi”). Concordemente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 648; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171.

appartenenza”⁴¹². Dunque, applicandosi pedissequamente la teoria formale, si arriverebbe ad operare un’ingiustificata “subordinazione” della valutazione penalistica a quella delle altre branche dell’ordinamento, senza che, come già la dottrina più risalente ebbe modo di notare, essa si sia mai preoccupata di offrire spiegazioni sul perché “la trasgressione di un obbligo di diritto pubblico o di diritto civile dovesse dar luogo a conseguenze diverse da quelle previste dal diritto pubblico e civile”⁴¹³.

Il secondo rilievo critico avanzato contro l’impostazione tradizionale attiene all’inclusione del contratto tra le fonti formali non accompagnata, peraltro, da una soluzione veramente appagante circa il duplice problema concernente le conseguenze penalistiche in caso, da un lato, di *invalidità formale* del titolo costitutivo a fronte, però, di una “posizione di garanzia” concretamente assunta; dall’altro, dell’*inadempimento* dell’obbligazione, scaturente da un contratto valido, di assumere in concreto la posizione di garanzia⁴¹⁴. In particolare, le criticità emergono con riferimento alle ipotesi di *nullità* e *annullabilità* del titolo sulla base del quale il soggetto assume di fatto una determinata posizione di garanzia poiché, in questi casi, stando alle regole proprie dei settori dell’ordinamento, diversi da quello penale (dovendo tenere conto, tra l’altro, anche delle differenze intercorrenti tra diritto privato e diritto pubblico), dovrebbe sempre escludersi la configurabilità di una responsabilità per omissione, sulla considerazione del fatto che l’obbligo di attivarsi previsto dal titolo viziato potrebbe in un secondo momento rivelarsi inesistente o caducato⁴¹⁵.

⁴¹² Si esprime così FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 87. Concordemente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 193.

⁴¹³ Testualmente, v. BAR C. L., *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Aalen, 1871, 90, come riportato da FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 13. In senso analogo, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 184; PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 169.

⁴¹⁴ Cfr. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 185; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 95.

⁴¹⁵ In questo senso, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 194. Analogamente, SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 127 ss., nota 14; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 86 ss., il quale riporta come anche in altre occasioni la dottrina penalistica italiana ha incontrato situazioni in cui la ricezione nel diritto penale di qualifiche formali proprie di altri settori dell’ordinamento, avrebbe condotto a soluzioni inaccettabili. Negli orientamenti che hanno cercato una soluzione a questi casi, è stato possibile cogliere una comune “ispirazione di fondo”: “il diritto penale guarda di più alla realtà sostanziale che non ai suoi riflessi giuridico-formali, eppertanto più allo scopo delle fattispecie incriminatrici che non alla eventuale disciplina extrapenale dei fatti che vi si conformano. Quel che si impone è, in altre parole, il principio della salvaguardia <<effettiva>> dei beni penalmente tutelati di fronte alla commissione di fatti egualmente capaci – al di là di diaframmi formalistici – di danneggiarne l’integrità”. Come precisa GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 195, ciò dovrebbe condurre, nel settore che a noi interessa, a “preferire i criteri sostanziali a quelli formali nell’individuazione delle posizioni di garanzia”.

La teoria in considerazione finirebbe – per il fatto di limitarsi a recepire le categorie privatistiche come fonti idonee a produrre obblighi giuridici penalmente rilevanti, senza porre esplicite distinzioni tra mera obbligazione contrattuale e obbligo impeditivo – per far coincidere la responsabilità da inadempimento contrattuale con quella, penale, da omesso impedimento dell’evento e peccherebbe, con riferimento a suddette ipotesi, rispettivamente, per difetto e per eccesso⁴¹⁶.

Più precisamente, nella prima eventualità prospettata, la teoria peccherebbe *per difetto* perché un’applicazione coerente di essa suggerirebbe di negare la rilevanza penale dell’obbligo giuridico di impedimento dell’evento non correttamente perfezionatosi a causa di un’invalidità formale del contratto, pur essendosi verificata un’effettiva “presa in carico” del bene da parte del soggetto, privando conseguentemente detto bene della tutela di cui era stato ritenuto meritevole: l’esempio di scuola è quello della *baby-sitter* il cui obbligo di protezione e controllo sia stato assunto sulla base di un contratto con i garanti a titolo originario, rivelatosi però, successivamente alla presa in custodia del bambino, invalido⁴¹⁷.

Il rimprovero *per eccesso*, invece, si muove alla *formelle Rechtspflichttheorie*, per la sua “visione pancivilistica”, relativamente all’ipotesi di inadempimento dell’obbligazione, pur fondata su di un titolo valido, di assumere concretamente la custodia del bene da tutelarsi, nella quale essa imporrebbe di punire il destinatario dell’obbligo, sempre facendo leva sulla validità formale della fonte di quest’ultimo, anche se il bene non sia mai stato effettivamente affidato all’obbligato: riprendendo il caso della *baby-sitter*, ella dovrebbe considerarsi penalmente responsabile per l’incolumità del bambino anche quando quest’ultimo non sia ancora entrato sotto la sua effettiva custodia (per esempio qualora non si sia presentata nell’orario stabilito nel contratto e i genitori abbiano deciso di assentarsi comunque)⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 185. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171.

⁴¹⁷ Ancora, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 185, che riporta la replica a detta critica dei sostenitori della teoria formale, i quali hanno cercato di emendare il problema riconducendo la concreta presa in carico del bene, in base ad una stipulazione viziata, all’istituto della *negotiorum gestio*, di cui all’art. 2028 ss. c.c., in modo che, in questo caso, la fonte dell’obbligo possa rintracciarsi direttamente nella legge. In realtà, come l’Autrice dimostra più avanti nella stessa opera, la soluzione più opportuna non può ravvisarsi né in quella sostenuta dai promotori della teoria formale, né in quella proposta da chi muove critiche contro quest’ultima, perché essa dovrebbe tenere conto “dell’incidenza delle singole cause di invalidità del contratto sui requisiti penalistici dell’obbligo stesso”.

⁴¹⁸ Cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 186, la quale precisa, come anche si dirà in seguito, che in tale ipotesi i sostenitori dell’antagonista concezione sostanzialistico-funzionale ravvisano la conseguenza della mancata presa in carico del bene da parte dell’obbligato alla stregua

Terzo ed ultimo capo di confutazione si rinviene in una contraddizione in cui la teoria formale entra con se stessa peccando, conseguentemente, di incoerenza: l'incongruenza si concretizzerebbe nell'inclusione, tra le accettabili fonti di produzione dell'obbligo di impedimento dell'evento, della categoria della *propria precedente attività pericolosa*⁴¹⁹, la quale, però, non risulta riconducibile ad alcuna fonte giuridica formale presente nell'ordinamento⁴²⁰. A ben vedere, come Leoncini opportunamente precisa, detta incoerenza non potrebbe propriamente opporsi alla teoria formale in sé, poiché la comprensione della categoria oggetto di critica è stata, in realtà, frutto di una distorsione dell'impostazione originaria, dovuto ad una serie di difficoltà incontrate dalla dottrina risalente nel provvedere ad una sistemazione dogmatica di determinate ipotesi⁴²¹. D'altro canto, secondo Sgubbi, proprio nella posizione di coloro che, sempre cercando di rimanere all'interno dei confini della concezione formale, mirano ad estendere il novero delle fonti dell'obbligo di impedimento, si rinverrebbe la conferma dell'insufficienza del criterio della giuridicità formale a soddisfare "l'esigenza primaria" che si impone a proposito dell'individuazione della condotta omissiva impropria, e cioè quella di fornire "un criterio adatto ad esprimere l'essenza di un effettivo collegamento fra omissione ed evento naturalistico": invero, continua l'Autore, "quando si colloca l'«attività precedente» o il «complesso del sistema» nel catalogo delle fonti (che dovrebbero essere formali) della norma comportamentale; quando si ricorre scopertamente all'analogia, quale criterio di ricerca di esse norme; vuol dire che si è sentita la necessità di abbandonare, almeno in parte, la prospettiva formale ed astratta (del connotato estrinseco della «giuridicità formale»), per calarsi nel contenutistico e nel concreto"; "si è sentita, cioè, la necessità di abbandonare

di una mera inadempienza contrattuale, senza poter essa integrare una responsabilità di tipo penale, ex art. 40 cpv. c.p..

⁴¹⁹ L'inidoneità di detta fonte a produrre obblighi di garanzia consisterebbe, secondo l'opportuna ricostruzione di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 111 ss., innanzitutto nel contrasto che essa provoca con il principio di riserva di legge penale, per il fatto di non essere prevista da alcuna norma; in secondo luogo, nella considerazione che l'impedimento degli eventi dannosi derivanti dalla propria precedente condotta integra non un obbligo giuridico, bensì un onere del soggetto, che altrimenti verrà chiamato a rispondere del reato commissivo. Conferma di ciò, rilevata da MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 178, si rinverrebbe nella disposizione di cui all'art. 56, comma 4°, c.p., secondo la quale all'impedimento volontario dell'evento si attribuisce il valore di mera attenuante del tentativo.

⁴²⁰ Tale ultima critica è riportata da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 186; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 648 ss.; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 95.

⁴²¹ Così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 186. Per la ricostruzione "storica" della posizione di garanzia nascente dal "fare precedente", cfr. GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 277 ss.; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 204 ss..

l'esigenza di una pregressa norma astratta dell'obbligo, per legittimare la costruzione interpretativa di una norma specifica adatta al caso concreto specifico"⁴²².

Con l'obiettivo di superare dette insufficienze dell'impostazione formale, nella dottrina successiva si è andata affermando una contrapposta concezione, detta *sostanzialistico-funzionale*⁴²³, la quale introduce, come prima cosa, il concetto di *Garantenstellung*, ossia di *posizione di garanzia*⁴²⁴. Il compito affidato a quest'ultima è quello di fungere da criterio alla luce del quale vagliare i molteplici obblighi di agire previsti dall'ordinamento, al fine di selezionare quelli la cui violazione potrebbe configurare una responsabilità penale per omissione impropria: la fonte dell'obbligo di impedimento sarebbe da ricercare, cioè, non nella caratteristica della giuridicità formale di un atto determinato, bensì nella situazione di fatto rivestita dal soggetto del quale si pretende l'attivazione, nei confronti del bene a tutela del quale la norma incriminatrice è prevista⁴²⁵.

La teoria in esame, infatti, sforzandosi di dare una risposta ai quesiti lasciati in sospeso dalla concezione formale, riconosce la ragione dell'equiparazione tra il non impedire e il cagionare proprio nel peculiare vincolo intercorrente tra garante e bene, con il quale si giustificerebbe anche la distinzione della responsabilità del primo, rispetto a quella di terzi estranei⁴²⁶. L'individuazione di detto criterio muove dalla considerazione della *ratio* insita nell'incriminazione dell'omissione impropria: invero, se si tiene a mente che il fondamento costituzionale della responsabilità omissiva risiede nel principio solidaristico, risulta agevole comprendere come l'ordinamento ravvisi, di tanto in tanto, l'esigenza di procurare una "tutela rafforzata" a determinati beni giuridici i cui titolari non siano, parzialmente o totalmente, capaci di proteggere adeguatamente: è quindi allo scopo di assicurare l'integrità di detti beni,

⁴²² In questi termini, SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 128 ss..

⁴²³ Sull'origine della formulazione nella Germania nazionalsocialista e sulla successiva rielaborazione da parte della dottrina italiana, che ne rimane profondamente influenzata a livello dogmatico e, soprattutto, terminologico, cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 188.

⁴²⁴ Secondo LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 66, la locuzione "obbligo di garanzia" avrebbe ormai rimpiazzato quasi del tutto, nel linguaggio dottrinale, la dizione più risalente, abbracciata anche dal Codice, di "obbligo giuridico di impedire l'evento", la quale sarebbe, stando all'Autrice, "irrimediabilmente legata alla vecchia concezione meramente formale".

⁴²⁵ Così si esprime LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 66, 187. Si segnala come, nella dottrina d'oltralpe come in quella italiana, le teorizzazioni riconducibili alla teoria sostanzialistico-formale, siano state tanto varie quanto non sempre di esito accettabile: per una ricostruzione delle diverse posizioni, si rinvia alla bibliografia e alle indicazioni di FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 649. Cfr. anche ALAGNA R., *Omissione*, cit., 95 ss.; SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 136 ss..

⁴²⁶ Cfr. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 187 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171 ss..

riconosciuti meritevoli di un particolare riguardo, che si attribuisce a taluni soggetti, diversi dai rispettivi titolari, la posizione di garanti⁴²⁷. Coerentemente, la funzione specifica di quest'ultima figura, è allora diretta a “riequilibrare la situazione di inferiorità (in senso lato) di determinati soggetti, attraverso l’instaurazione di un <<rapporto di dipendenza>> ovvero di un <<vincolo di tutela>> a scopo protettivo”⁴²⁸.

Alla luce di quanto finora esposto, a rendere l’omissione non impeditiva equivalente all’azione, è, dunque, non già un generico obbligo giuridico di attivazione, bensì una vera e propria posizione di garanzia nei confronti del bene protetto⁴²⁹, per la quale può assumersi, come definizione finale, quella che la inquadra alla stregua di uno “speciale vincolo di tutela tra un bene giuridico e un soggetto (c.d. << garante >>), cui il bene stesso è affidato, per l’incapacità del titolare di salvaguardarlo adeguatamente”⁴³⁰.

Il carattere “speciale” della *Garantenstellung*, si riversa anche sulla natura degli obblighi di attivarsi che da essa discendono: questi, infatti, sono a loro volta speciali in quanto si riferiscono soltanto ad alcuni, determinati, soggetti e non alla generalità dei consociati⁴³¹. Tale circostanza è esplicativa del fatto che la fattispecie omissiva impropria, per la caratteristica di prevedere come unico autore possibile il titolare del vincolo di tutela con il bene protetto, si classifica alla stregua di un *reato proprio*, per la commissione del quale si richiede, in genere, che il soggetto agente rivesta una posizione qualificata, nel caso particolare rappresentata dalla posizione di garanzia⁴³². Questo è il motivo per cui una responsabilità per mancato impedimento dell’evento, *ex art. 40 cpv. c.p.*, non potrà mai discendere da un obbligo giuridico contenuto nella disposizione incriminatrice di una fattispecie omissiva propria, formulata secondo lo schema normativo di un reato comune: per esempio – e così la

⁴²⁷ Così, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 650. Concordemente, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 66; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 96; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 256 ss..

⁴²⁸ Terminologia riportata da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 66. Conformemente, PADOVANI T., *Diritto penale*, cit., 169; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 651; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171 ss..

⁴²⁹ Ancora, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 650, in accordo con LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 66.

⁴³⁰ Letteralmente, (corsivo nostro), LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 187. Concordemente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171 ss..

⁴³¹ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 651. Analogamente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 258 ss..

⁴³² Rilievo di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 190.

nozione di posizione di garanzia risolve la questione problematica cui la teoria formale non riusciva a fornire una soluzione e, cioè, la demarcazione degli obblighi di non impedimento dagli altri, più generici, obblighi penali di attivazione – una responsabilità per omicidio non può mai discendere dalla mancata prestazione di soccorso da parte di un soggetto qualunque, genericamente sottoposto all’obbligo di agire di cui all’art. 593 c.p., senza che sussista, per l’appunto, una specifica relazione di tutela con il bene da proteggere, che giustifichi il maggior sforzo richiesto al soggetto affinché impedisca l’evento dannoso⁴³³.

Ciò che si deve meritevolmente riconoscere alla concezione sostanzialistico-funzionale, oltre agli apporti concettuali e terminologici che tutt’ora influenzano l’intera elaborazione dogmatica del reato omissivo improprio⁴³⁴, concerne sia, certamente, il tentativo di porre rimedio alle problematiche lasciate irrisolte dalla teoria formale, sia, nondimeno, il contributo fornito all’impresa di tipizzazione del reato omissivo improprio, considerate le carenze legislative e i difetti di tipicità delle tecniche incriminatrici che lo riguardano, attraverso la proposizione di un criterio generale di selezione degli obblighi impeditivi⁴³⁵.

Tuttavia, pur rappresentando indubbiamente un progresso nello studio della materia in esame, detta teoria scopre il fianco a diversi rilievi critici, rivelando un’incapacità di risolvere completamente, nel nostro ordinamento, il problema delle fonti dell’obbligo di impedimento⁴³⁶. Infatti, essa, promuovendo un criterio selettivo fondato su elementi fattuali e prescindendo dal richiedere qualsivoglia dato di positività formale, contrasta con il principio di legalità (*rectius*, di riserva di legge) accolto, dal nostro sistema giuridico, nella sua concezione formale, e, prima ancora, con l’art. 40 cpv. c.p., che richiede espressamente, quale caratteristica

⁴³³ Cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 651, il quale sostiene che obblighi di garanzia rilevanti ai sensi dell’art. 40 cpv. c.p., possano, invece, discendere da fattispecie omissive proprie come quella di cui all’art. 677, comma 3°, c.p., che individuano come destinatari specifici soggetti legati al bene da una particolare relazione, che ne giustifica la sottoposizione ad un obbligo di *facere* più esigente. Conformemente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 258 ss.. In realtà, una questione di questo tipo non si pone o, almeno, si pone in termini diversi, per coloro che classificano simili disposizioni alla stregua di fattispecie omissive improprie.

⁴³⁴ Come già segnalato, così riportano MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 171, e LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 188.

⁴³⁵ Così, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 172, e LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 189.

⁴³⁶ In questo senso, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 189, che appunta come nei sistemi a legalità sostanziale, come quello nazionalsocialista, una simile teoria apparirebbe incensurabile.

imprescindibile degli obblighi di agire per esso rilevanti, la giuridicità⁴³⁷. Unitamente a ciò, peraltro, non può affermarsi che l'approccio sostanzialistico-funzionale abbia risolto definitivamente ed univocamente la questione della carenza di certezza e di determinatezza della fattispecie in esame, essendo stato fondamento di varie formulazioni ciascuna promuovente, di volta in volta, criteri diversi di individuazione delle posizioni di garanzia⁴³⁸. Ancora, i criteri sostanzialistici, pensati per svolgere una funzione essenzialmente limitatrice rispetto a quelli formali – percepiti, a loro volta, come eccessivamente estensivi dell'ambito di applicazione dell'art. 40 cpv. c.p. – si sono rivelati, quando usati in via esclusiva, di efficacia addirittura maggiormente espansiva, paragonati ai secondi⁴³⁹. Infine, ulteriore critica della concezione in esame attiene alla persistenza della “confusione” tra causalità attiva ed omissiva, dovuta alla tendenza, in un certo senso conseguente all'abbandono dei criteri formali, a rinvenire il presupposto dell'obbligo di garanzia in “un precedente comportamento attivo dell'obbligato”⁴⁴⁰.

Un'ultima impostazione, più recente, che può denominarsi *mista* o *formale-sostanziale*, propugna l'opportunità della ricerca di una sintesi tra le due teorie precedentemente esposte, al fine di colmarne le rispettive mancanze⁴⁴¹. Tale concezione, da un lato, fa tesoro della nozione sostanzialistica di posizione di garanzia, dall'altro, ribadisce l'imprescindibilità del requisito che esige la previsione in una fonte giuridica formale degli obblighi di attivazione rilevanti ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.: questi ultimi, cioè, dovrebbero, innanzitutto, trovare origine in una fonte

⁴³⁷ Detta critica è riportata da MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 172; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 189; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 649 ss..

⁴³⁸ Per la varietà e al contempo insufficienza di detti criteri a colmare le zone d'ombra della normativa in materia di omissione impropria, cfr. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 172; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 189; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 649 ss.. SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 190, riporta di un “tormentato e spesso sterile dibattito”, nell'ambito della dottrina tedesca, attivato alla ricerca di “costanti sostanziali” alla stregua delle quali poter sistemare tutte le posizioni di garanzia all'interno di una categoria univoca.

⁴³⁹ Ciò sarebbe riscontrabile nei dati risultanti dalle applicazioni pratiche di detti criteri da parte di dottrina e giurisprudenza tedesche, stando alle indicazioni di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 189; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 172.

⁴⁴⁰ Così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 190, la quale, tra gli esempi di precedente comportamento attivo rilevante riporta l'assunzione fattuale della posizione di garanzia, la considerazione dell'*Ingerenz* (cioè il fare pericoloso precedente) e il criterio dell'aumento del rischio per attribuire rilievo agli obblighi contrattuali e di assunzione volontaria.

⁴⁴¹ La tesi è oggi abbracciata con favore da gran parte della dottrina, seppure con le dovute considerazioni, tra cui GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 242 ss.; ROMANO M., *Commentario*, cit., sub art. 40, 363 ss.. Secondo LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 190 ss., nota 14, peraltro, la sintesi tra i criteri formali e sostanziali, invocata da detta teoria, si ridurrebbe nella “mera riaffermazione della insufficienza dei primi, propria dell'impostazione funzionale”.

formale (e, precisamente, legge, anche extra-penale, contratto e *negotiorum gestio*, con esclusione delle fonti sublegislative e della precedente propria attività pericolosa) e, successivamente, essere selezionati all'esito di una valutazione, condotta alla luce del parametro del vincolo di tutela, circa la relazione di fatto intercorrente tra soggetto chiamato ad agire e bene da tutelare⁴⁴².

Per quanto ammirevoli siano gli sforzi della teoria mista di porre nuovamente l'accento sull'inderogabilità del fondamento giuridico-formale (che con l'avanzamento della teoria sostanzialistico-funzionale era andato sfumandosi, fino a scomparire del tutto in talune delle sue formulazioni) degli obblighi di garanzia e sulla necessità della loro considerazione in virtù di una posizione qualificata del garante rispetto alla protezione del bene giuridico, si deve tuttavia constatare che essa non si è rivelata in grado, concretamente, di porre rimedio alle problematiche lasciate irrisolte dalle precedenti costruzioni⁴⁴³. Invero, sebbene sia indubbio il merito dell'impostazione mediana di aver intuito l'esigenza di un'integrazione delle precedenti teorie, la sintesi che essa persegue appare, in via di ultima analisi, "non del tutto compiuta" poiché, richiamandosi ad un utilizzo di entrambi i parametri proposti dalle concezioni formale e sostanziale nel senso di una loro reciproca integrazione e non, come sarebbe meglio, in modo alternativo⁴⁴⁴, finisce per cumulare in sé "la genericità della previsione formale dell'obbligo di agire (propria della vecchia concezione formale) e le incertezze del criterio sostanzialistico della funzione di garanzia (proprie della concezione sostanzialistica)"⁴⁴⁵. Tale circostanza conduce, come sottolineato da alcuni, a profonde divergenze nella soluzione dei singoli casi, sia nel senso di un'incontrollata estensione del novero degli obblighi di impedimento e, conseguentemente, della responsabilità per omissione impropria; sia nel senso di un inflessibile restringimento di detta responsabilità, arrivandosi in alcuni casi a negare, sulla base della teoria in esame, l'obbligo di garanzia dei genitori

⁴⁴² La teoria mista è così descritta da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 190 ss.; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 172.

⁴⁴³ In questo senso, soprattutto, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 191 ss..

⁴⁴⁴ L'osservazione è di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 192.

⁴⁴⁵ Letteralmente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 172. Concordemente, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 192, spiega come, in questo modo, "da un lato, si continuano a qualificare come <<di garanzia>> certi obblighi solo in virtù di una loro (anche molto generica) previsione formale, senza verificare i concreti poteri impeditivi dell'obbligato (esempio: obbligo di impedimento di reati societari da parte dei sindaci); dall'altro, si cede talora alla tentazione di parificare alla previsione formale dell'obbligo mere situazioni di fatto, senza indagarne appieno il fondamento positivo (esempio: nei casi di c.d. assunzione spontanea, che vengono forzatamente ricondotti alla *negotiorum gestio* [...])".

di impedimento dei fatti lesivi dell'intangibilità sessuale e dell'integrità psichica dei figli minori (di cui si affronterà più precisamente in seguito)⁴⁴⁶.

Inoltre, si è anche appuntata l'opportunità di non sopravvalutare eccessivamente i vantaggi, in termini di legalità e di certezza, che sembrerebbero derivare dall'adesione alla teoria mista, poiché il contemperamento da essa ambito non esclude il permanere di due aspetti che si pongono in frizione con i principi summenzionati: da una parte, nella maggioranza dei casi la norma giuridica formale introducente l'obbligo di attivazione ha natura extra-penale e, in quanto tale, viene concepita in un ramo dell'ordinamento in cui la legalità non ascende al medesimo intangibile ruolo di ispirazione primaria della produzione normativa che riveste, invece, nell'ambito del diritto penale; dall'altra, l'affidamento della funzione selettiva degli obblighi rilevanti all'impiego di criteri funzionali, stante l'insufficienza delle indicazioni offerte dal dato testuale dell'art. 40 cpv. c.p., attribuisce all'interprete "amplissimi margini di discrezionalità"⁴⁴⁷.

È stato acutamente rilevato come dalla concezione formale-sostanziale, al pari di quanto può riportarsi anche relativamente alle due teorie che in essa si fondono, possa logicamente ricavarsi un terzo "fondamentale profilo" della fattispecie omissiva impropria: cioè, oltre a dover necessariamente l'obbligo di garanzia presentare il carattere della giuridicità formale e svolgere la funzione di tutela rafforzata di beni altrimenti privi di un'adeguata protezione (come posto in luce, rispettivamente, dalle teorie formale e sostanziale), la *Garantenstellung* deve pure trovare, nel suo complesso, un fondamento giuridico-formale. Da ciò si è ricavata l'opportunità di integrare il criterio di individuazione degli obblighi di garanzia tra gli altri obblighi di attivarsi, proposto dalla teoria mista, con il requisito per cui "non solo il dovere di agire, ma anche la funzione di garanzia trovi riscontro in una previsione formale", la

⁴⁴⁶ Così, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 172.

⁴⁴⁷ In questo senso FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 650, riferendosi alla posizione di chi, come GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 242 ss., confida nell'effettività di detti vantaggi in campo di legalità e di certezza, ottenibili con l'approccio della teoria mista. Secondo gli Autori, risolutivo rispetto alla persistenza dei due aspetti problematici, potrebbe essere soltanto un intervento legislativo "diretto a tipizzare in qualche modo le posizioni di garanzia quale perno centrale attorno a cui ruota la fattispecie omissiva impropria". In risposta a tale osservazione, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 192 ss., nota 16, prende le distanze dalla persuasività dell'idea prospettata, poiché sarebbe assai dubbio che un eventuale intervento legislativo riuscisse a risolvere del tutto le carenze di legalità e determinatezza della materia, a causa della essenziale natura della stessa.

quale, quest'ultima, introduca una serie di poteri giuridici, c.d. *impeditivi*, in capo al garante⁴⁴⁸.

Un simile rilievo, a dire il vero, coinciderebbe con quanto, da tempo, ribadito dalla giurisprudenza di legittimità, la quale, seppure non sempre uniformemente orientata circa l'indicazione delle fonti suscettibili di generare obblighi di impedimento rilevanti ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., ha recepito gli svolgimenti dottrinali in materia di reato omissivo improprio – dedicando anche vari passaggi di sentenze ad ampie ricostruzioni dei ragionamenti da essa compiuti – e ha spesso ritenuto di affiancare ai parametri proposti dalle diverse teorizzazioni dogmatiche, il criterio ulteriore della *presenza del potere giuridico e fattuale di impedimento dell'evento*, considerato alla stregua di un “profilo di esigibilità della condotta essenziale per consentire l'imputazione di responsabilità penale”⁴⁴⁹.

Assumendo la nozione di posizione di garanzia, di cui si è esaminata l'origine, come “sviluppo del concetto normativo di obbligo giuridico di impedimento dell'evento”⁴⁵⁰, se ne prosegue ora lo studio con la segnalazione di alcune delle distinzioni classificatorie che la riguardano.

⁴⁴⁸ Tale osservazione è mossa da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 193, la quale continua spiegando che “proprio la sussistenza di tali poteri rende il garante soggetto attivo del reato <<proprio>> di omesso impedimento dell'evento, creando quel vincolo col bene o con la fonte di pericolo, che gli impone di agire per impedire eventi lesivi per gli altrui beni”. Detti poteri, infatti, precludono l'efficacia di un eventuale intervento impeditivo da parte di terzi estranei. Come meglio si vedrà, inoltre, i poteri impeditivi appena menzionati consentono di differenziare gli obblighi di garanzia dagli altri obblighi di agire. Concordemente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 174 ss., nell'ambito di una ricostruzione in chiave costituzionalmente orientata delle caratteristiche essenziali della posizione di garanzia, cui si rimanda, individua la presenza dei suddetti poteri impeditivi come criterio discrezionale dell'obbligo di garanzia rispetto all'obbligo di sorveglianza e a quello di mera attivazione. Il primo, infatti è “l'obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie di soggetti, privi di poteri giuridici impeditivi, di vigilare su altrui attività per conoscere della eventuale commissione di fatti offensivi e di informarne il titolare o il garante del bene”; il presente obbligo si avvale non di poteri impeditivi, ma di mera vigilanza ed informazione. L'obbligo di attivarsi, invece, comprende, “per esclusione, ogni obbligo giuridico di agire per la tutela di certi beni, imposto a soggetti, privi di poteri giuridici impeditivi e di sorveglianza, dalla norma incriminatrice al verificarsi del presupposto di fatto, dalla stessa indicato. Senza che esista, quindi, alcuna preesistente situazione giuridica di garanzia o di sorveglianza dell'obbligato rispetto al bene”.

⁴⁴⁹ In questo ultimo senso, Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in *One Legale*, in cui si legge anche che “non potrebbe qualificarsi come <<posizione di garanzia>> quella che annovera soltanto un obbligo di vigilanza, senza che il dovere sia accompagnato da effettivi poteri impeditivi, tali da consentire al soggetto di evitare il verificarsi dell'evento”. Conformemente, per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *One Legale*; Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *One Legale*; Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, in *One Legale*. Come correttamente appuntato da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 81, così come da MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 173, l'imprescindibilità della previsione di concreti poteri giuridici impeditivi in capo al garante, aventi il duplice contenuto di vigilanza e di intervento diretto sulle situazioni di rischio del bene a lui affidato, sarebbe reclamata dal principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, ex art. 27 Cost., in osservazione del quale, il garante sarà punibile per omissione impropria solamente laddove sia possibile imputare obiettivamente a lui la realizzazione dell'evento, accertando se l'impedimento di quest'ultimo rientrasse effettivamente o meno nei poteri di cui egli dispone giuridicamente.

⁴⁵⁰ L'espressione è di ALAGNA R., *Omissione*, cit., 97.

Innanzitutto, in base ad una ripartizione che può definirsi di impostazione “funzionale”, in quanto “incentrata sul contenuto materiale e sullo scopo della posizione di garante”⁴⁵¹, sono state individuate tre distinte categorie di obblighi di garanzia: quelli di *protezione*, di *controllo* e di *impedimento di reati*⁴⁵².

Cominciando dai secondi, gli *obblighi di controllo* si connotano diversamente rispetto alla definizione di obbligo di garanzia generalmente accolta dalla dottrina e cui si è fatto finora riferimento: essi, infatti, in considerazione del “potere giuridico di signoria” di cui il garante gode rispetto alla fonte di pericolo⁴⁵³, hanno la funzione di “neutralizzare” quest’ultima, “in modo da garantire l’integrità di *tutti* i beni giuridici che ne possono risultare minacciati”⁴⁵⁴ e, pertanto, non richiedono l’esistenza di un vincolo di tutela o, meglio, di una posizione di garanzia che si fondi sul “rapporto di vicinanza” tra il soggetto obbligato e il bene, bensì tra il primo e la fonte di pericolo ricadente nella sua sfera di dominio⁴⁵⁵.

Gli *obblighi di impedimento di reati*, che parte della dottrina riconduce nell’alveo degli obblighi di controllo⁴⁵⁶, si configurano allorché il soggetto garante, investito “del potere-dovere giuridico di vigilare sull’operato di terzi e, al contempo, del potere-dovere di impedire il compimento di azioni penalmente illecite da parte di tali

⁴⁵¹ Così, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 652. Analogamente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 291 ss..

⁴⁵² Generalmente riconosciute dalla dottrina prevalente sono solo le prime due, mentre la terza ha acquisito riconoscimento come categoria autonoma solo più tardi, essendo gli obblighi ad essa riconducibili molto spesso annoverati accanto agli obblighi di controllo su fonti di pericolo. Queste le indicazioni di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 81 ss.. A riportare la tripartizione, oltre all’Autrice appena menzionata, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 184 ss.; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 294 ss., alla cui argomentazione a sostegno della migliore idoneità di tale impostazione rispetto a quella bipartita, si rimanda. Si attengono alla più tradizionale bipartizione, invece, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 652 ss.; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 97; SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 234 ss.; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 132 ss..

⁴⁵³ In questo modo si esprime LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 96. Conformemente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 185 ss.. Circa i poteri giuridici da cui possono scaturire obblighi di controllo cfr., tra gli altri, ROMANO M., *Commentario*, cit., sub art. 40, 359 ss..

⁴⁵⁴ FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 652, (corsivo nostro), il quale riporta come esempio di posizione di controllo quella a carico del proprietario dell’edificio pericolante di l’impedimento di eventi dannosi da esso derivanti, nei confronti di qualsiasi soggetto nelle vicinanze dell’immobile.

⁴⁵⁵ Il pensiero è di LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 98 ss., la quale, in realtà, ravvede indizi della peculiarità di questo tipo di obblighi, rispetto alla concettualizzazione comune di obbligo di garanzia, in altre due circostanze: quella per cui l’obbligo di controllo può essere volto ad impedire anche eventi derivanti dalla condotta dello stesso garante, oltre che quelli scaturenti dalla condotta altrui o da cause naturali e quella per cui ad essere ricompresi in detta categoria sarebbero solo gli obblighi c.d. di *sicurezza* a carattere preventivo, con esclusione dell’obbligo di *salvataggio* del bene posto in pericolo dall’inadempimento dei suddetti obblighi di sicurezza. Secondo l’Autrice, le caratteristiche di cui si è appena fatta menzione, renderebbero la responsabilità per inosservanza di obblighi di controllo, maggiormente analoga a quella per causazione attiva rispetto a quella per omesso impedimento dell’evento.

⁴⁵⁶ Cfr., in proposito, quanto già indicato sopra. MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 186, sostiene l’autonomia di detta categoria, sulla base di una duplice argomentazione, cui si rimanda.

soggetti”, possa essere chiamato a rispondere, a titolo di responsabilità concorsuale omissiva, per il reato, non impedito, commesso da detti terzi⁴⁵⁷.

Infine, gli *obblighi di protezione*, di maggior rilievo agli scopi del presente studio, si allineano perfettamente con la definizione di posizione di garanzia, prevedendo l’affidamento ad un garante del compito di fornire tutela a determinati beni – sui quali egli abbia poteri giuridici di vigilanza o di disposizione, in virtù del particolare legame giuridico con il titolare di detti beni, a sua volta incapace, totalmente o parzialmente, di proteggerli adeguatamente – a fronte di tutti i pericoli che possano minacciarne l’integrità, indipendentemente da quale sia la fonte da cui questi ultimi scaturiscono⁴⁵⁸. Comunemente annoverati in questa categoria sono alcuni obblighi di garanzia, di cui si vedrà in seguito, derivanti dal diritto di famiglia, primo fra i quali quello dei genitori nei confronti dei figli minori, per quanto attiene alla protezione della loro vita ed incolumità fisica, nonché intangibilità sessuale.

Una seconda distinzione, che prescinde dalla tripartizione appena considerata, divide le posizioni di garanzia *originarie* da quelle *derivate*, nascendo le prime direttamente in capo ai soggetti che ne sono titolari, in ragione dello specifico ruolo che essi assumono, di volta in volta, nei confronti del bene (è di nuovo il caso della posizione dei genitori) o della fonte di pericolo (per esempio, i proprietari di edifici fatiscenti); trapassando, invece, le seconde, dal garante originario ad altro soggetto che ne assume i medesimi obblighi e i relativi poteri, in forza di un trasferimento che avviene di regola, ma non esclusivamente, mediante un atto negoziale⁴⁵⁹.

Le posizioni di garanzia, inoltre, possono connotarsi di un carattere di volontarietà: l’efficace trasferimento degli obblighi di impedimento, invero, può avvenire anche a seguito di *un’assunzione volontaria* della posizione di garanzia da parte di un soggetto che si fa spontaneamente carico dei poteri-doveri che

⁴⁵⁷ Così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 122 ss., cui si rimanda, insieme a MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 186 ss., e GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 327 ss., per un’analisi più approfondita degli obblighi in considerazione.

⁴⁵⁸ In questo senso, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 82; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 652; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 184 ss.; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 294 ss..

⁴⁵⁹ A riguardo, cfr. FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 652; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 97 ss., al cui studio si rimanda, ripartisce le condizioni di attivazione della posizione di garanzia a titolo derivativo in tre regole: “a) solo il garante originario può esserne dante causa; b) non basta il negozio giuridico ma è necessaria anche la concreta presa in carico del bene da tutelare; c) a fronte di una concreta presa in carico del b. g., a nulla rilevano eventuali invalidità del contratto avente a oggetto il trasferimento della posizione di garanzia”. Allo stesso Autore si rinvia circa la trattazione della questione sulla successione nel ruolo di garante.

normalmente spettano al garante⁴⁶⁰. Parte della dottrina riconduce l'ipotesi appena prospettata all'istituto della "gestione di affari", di cui all'art. 2028 c.c., con l'obiettivo di rinvenire, anche con riferimento a questa modalità di creazione della posizione di garanzia, una "copertura in una fonte normativa formale"⁴⁶¹. Altra parte, a prescindere dal riconoscimento di applicabilità del suddetto schema civilistico, richiede, per la perfezione di un obbligo di garanzia "volontario", che l'intervento del garante per scelta "determini o accentui un'esposizione a pericolo del bene da proteggere", perché esso o sottopone il bene ad un rischio in cui altrimenti non sarebbe incorso ovvero impedisce l'attivazione in soccorso da parte di altre persone⁴⁶².

⁴⁶⁰ In merito si vedano GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 274 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 654 ss.; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 99.

⁴⁶¹ L'espressione si deve ad ALAGNA R., *Omissione*, cit., 99. La posizione è riportata anche da GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 274 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 654 ss..

⁴⁶² Così, letteralmente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 654 ss.. Analogamente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 276; ALAGNA R., *Omissione*, cit., 99. ROMANO M., *Commentario*, cit., sub art. 40, 357, ritiene che l'assunzione volontaria o consensuale sia valida a fondare un obbligo di garanzia rilevante "non tanto perché l'affidamento sulla disponibilità del garante induca la persona protetta ad affrontare rischi particolari o a rinunciare ad altre forme di tutela [...], quanto perché la tutela particolare e aggiuntiva del garante e l'effettiva <<presa-in-carico>> da parte sua (della salvaguardia) di dati beni aumenta oggettivamente, di fronte all'ordinamento giuridico che ha cura di essi, le chances della loro salvezza. L'affidamento rappresenta pertanto un elemento di indubbio peso (es. l'ingaggio della guida alpina persuade l'alpinista non provetto ad affrontare un passaggio insidioso [...]), ma non è di per sé decisivo".

CAPITOLO 3:

IL CONCORSO MEDIANTE OMISSIONE NEL REATO COMMISSIVO – ARTICOLI 40 CPV. E 110 C.P.. LA RESPONSABILITÀ DEL GENITORE PER I REATI OFFENSIVI DELLA SFERA SESSUALE PERPETRATI AI DANNI DEL FIGLIO MINORE.

1. La partecipazione per omissione nel reato commissivo.

L'istituto del concorso omissivo, che non trova esplicita menzione in alcuna previsione di diritto positivo, è il frutto di una risalente costruzione ermeneutica elaborata da dottrina e giurisprudenza a cui, purtroppo, non è stata prestata, almeno non prima dei tempi più recenti, sufficiente attenzione⁴⁶³. La trascuratezza riservata alla suddetta figura giuridica sarebbe, secondo taluno, il motivo per cui l'istituto risulta oggi "estremamente controverso sia nella sua portata, sia, addirittura, nella sua stessa configurabilità sulla base del diritto positivo"⁴⁶⁴. Autorevole manualistica ascrive la mancanza, per lungo tempo, di un appagante approfondimento dogmatico della presente materia all'implicita adesione, della maggior parte della dottrina italiana, all'assunto per il quale i principi regolatori della compartecipazione criminosa sarebbero, senza distinzioni, applicabili anche all'omissione come all'azione⁴⁶⁵. Infatti, la configurazione del concorso mediante omissione postulerebbe "l'applicazione congiunta delle clausole generali di cui agli articoli 110 e 40 cpv. c.p. ad una determinata norma incriminatrice"⁴⁶⁶, mediante un combinato disposto della cui ammissibilità oggi si dubita.

⁴⁶³ L'estensione temporale della discussione in merito è provata dalle risalenti elaborazioni di autori come CARRARA F., *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, Prato, 1878, 554 ss.; BONINI G., *L'omissione nel reato*, Milano, 1947, 157 ss.; DELOGU T., *La partecipazione negativa al reato secondo il nuovo Codice penale*, in *Annali di dir. proc. pen.*, 1935, 279 ss..

⁴⁶⁴ In questo senso LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 353 ss., la quale illustra come, nel tempo, sia mutato l'interesse per la materia e, conseguentemente, i risultati della discussione: mentre inizialmente quest'ultima si incentrava sulla portata applicativa dell'istituto, oggi essa finisce per sfociare addirittura nel vaglio di configurabilità di esso.

⁴⁶⁵ Così si esprime FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 671.

⁴⁶⁶ Letteralmente, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1267, la quale, aderendo alla tesi secondo cui l'art. 40 cpv. c.p. concernerebbe una forma di manifestazione del reato (come sostiene DE VERO G., *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in A.A. V.V., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995, 195 ss.; *contra*, la

Preliminarmente, è opportuno delimitare il tema della presente trattazione segnalando la distinzione tra la *partecipazione mediante omissione nel reato commissivo* (o *concorso per omissione*), di cui si dirà, e la *partecipazione in reato commissivo mediante omissione* (oppure, *concorso nell'omissione*), di “autentica autonomia dogmatica”, in cui l’art. 110 c.p. si combina con la clausola di equivalenza causale in una situazione in cui già sussistono tutti i presupposti necessari all’integrazione della fattispecie omissiva impropria⁴⁶⁷.

Nel dibattito riguardo alla prima figura, si sono registrate due fondamentali e contrapposte impostazioni: l’una, considerata tradizionale e avvallata dalla dottrina maggioritaria nonché dalla giurisprudenza, di impronta *estensiva*; l’altra, di formulazione più recente, dal carattere fortemente *restrittivo*⁴⁶⁸.

La prima tesi, quella estensiva, asserisce la generale configurabilità del concorso omissivo in qualsiasi fattispecie commissiva, fondando essa sulla combinazione della singola norma incriminatrice con entrambe le clausole di parte generale di cui agli articoli 40 cpv. e 110 c.p.. Da queste ultime è possibile ricavare i due elementi essenziali della fattispecie: da una parte, il *carattere causale* (o anche, secondo i sostenitori della relativa teoria, agevolatore) del contributo esplicito in forma omissiva, rispetto all’attuazione del reato; dall’altra, la presenza di una specifica *posizione di garanzia*, in capo all’omittente, idonea ad obbligarlo giuridicamente all’impedimento dell’evento consistente, secondo la concezione in esame e come si

posizione di chi, tra cui FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 631, da noi sopra sostenuta, ravvisa in detta norma una tipologia delittuosa autonoma), definisce la fattispecie del concorso per omissione nel reato commissivo “la più sofisticata e, al tempo stesso, insidiosa combinazione di forme di manifestazione del reato”.

⁴⁶⁷ Così RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1299, che riporta come con riferimento a questa figura, diversamente dalla prima, non sorgano problemi dogmatici circa una potenziale lesività del principio di legalità, poiché “l’applicazione distinta e successiva sulla fattispecie-base prima dell’art. 40 cpv. e poi dell’art. 110 c.p. non forza [...] i limiti di rispettiva operatività delle due disposizioni generali e conduce a risultati del tutto plausibili”. L’esempio è quello di chi istighi la neo madre a lasciare morire di inedia il figlioletto. In questa ipotesi, l’istigatore non è legato, né alla madre né al bambino, da alcun vincolo di garanzia da cui possa trarsi un obbligo giuridico di impedimento; se l’istigazione è accolta e il neonato muore di fame, l’istigatore risponderà ex art. 110 c.p., a titolo di concorso morale, in quanto la sua condotta è dotata di indubbia efficacia causale sul piano psicologico rispetto all’evento di morte. Dunque, l’art. 110 c.p. eserciterebbe, nel caso di concorso nell’omissione impropria, la funzione estensiva della punibilità dell’istigatore, “intervenendo su un nucleo di base già consolidato, rappresentato [...] dall’integrazione tra l’art. 40 cpv. e la fattispecie causale pura di parte speciale, nel rispetto dei rigorosi limiti posti all’operatività dell’art. 40 cpv.”. Tratta della distinzione anche MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 568, che riporta come elemento discretivo anche il tipo di condotta richiesto dal concorso nel reato omissivo: quest’ultimo, infatti, non può configurarsi mediante un comportamento inerte, ma richiede necessariamente un contributo attivo.

⁴⁶⁸ Ricostruisce in modo estremamente puntuale il dibattito in questione LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 353 ss..

dirà, nella condotta criminosa commissiva da parte di terzi⁴⁶⁹. Si sostiene, invero, che “se nell’ambito del concorso punibile sono da ricondurre tutte le condotte che abbiano avuto un’efficacia causale rispetto all’evento (*rectius* al reato) e il non impedimento di un evento – in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi volto in tale direzione – è equiparato alla sua attiva causazione, ne segue che il non impedimento di un reato da parte del titolare di un obbligo di garanzia di tale contenuto deve essere considerato come una condotta di partecipazione punibile”⁴⁷⁰.

La presente impostazione, come già parzialmente emerso, ammettendo il concorso omissivo in qualunque fattispecie commissiva, indipendentemente dalla natura di quest’ultima, accoglie, limitatamente all’omissione impropria plurisoggettiva, una nozione di *evento da impedire*, ex art. 40 cpv. c.p., che prescinde dall’esigenza di un evento in senso naturalistico e che finisce per coincidere con il concetto di *qualsiasi reato commesso dal terzo*⁴⁷¹. In questo modo, dunque, si giunge a trascurare, solamente in relazione ai casi di esecuzione plurisoggettiva, quella restrizione dell’ambito di operatività della clausola di equivalenza causale – pur sempre valida, peraltro, in relazione alle omissioni improprie monosoggettive – ai soli reati di evento a condotta libera ovvero ai c.d. reati causali puri, concernenti (pacificamente, in dottrina) i beni fondamentali come la vita e l’incolumità personale o pubblica, e a spianare la strada, come si è affermato, al pericolo di una “indiscriminata espansione sul versante del concorso di persone” della responsabilità ex art. 40 cpv. c.p.⁴⁷².

⁴⁶⁹ Così LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 354. Analogamente, MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 568, il quale precisa anche che l’esistenza dell’obbligo impeditivo distinguerebbe il concorso per omissione dalla mera connivenza, che si avrebbe quando il soggetto assiste passivamente alla realizzazione di un reato che avrebbe la materiale possibilità, ma non l’obbligo giuridico, di impedire.

⁴⁷⁰ Letteralmente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 140, che ritiene l’innesto dell’art. 40 cpv. con l’art. 110 c.p. “pienamente coerente con la struttura della fattispecie concorsuale” di quest’ultimo, essendo essa “imperniata sulla cosiddetta <<tipicizzazione causale>>”. Concordemente, GRASSO G., in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., sub art. 110, 161.

⁴⁷¹ Così rileva, nell’esposizione della teoria in esame, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 355.

⁴⁷² In questi termini si esprime RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1269 ss., la quale definisce come “singolare atteggiamento ermeneutico” la tendenza della maggior parte degli autori, anche quelli “più sensibili”, a sostenere la diversità di ampiezza dell’ambito di applicabilità dell’art. 40 cpv. c.p. a seconda che si innesti con una norma speciale realizzata in forma monosoggettiva ovvero che prima di tale innesto si combini con l’art. 110 c.p., nei casi di plurisoggettività eventuale. Insieme all’Autrice, contrari all’estensione della portata dell’art. 40 con riferimento alle ipotesi di concorso di persone sono FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 635 ss., e 672 ss.; FIANDACA G., *Il reato omissivo*, cit., 181; VITARELLI T., *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1, 195 ss. Favorevole, invece, è la dottrina maggioritaria, tra cui si riconosce GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 141; GRASSO G., in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., sub art. 110, 163; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 568. In senso adesivo alla tesi tradizionale si esprime anche Cass. pen., Sez. III, 6 maggio 2004, n. 35118, in *DeJure*, in cui si legge che “come

Il fondamento normativo delle considerazioni sinora svolte si ricaverebbe, secondo un argomento sistematico diffuso nella dottrina sostenitrice della tesi estensiva, dalla clausola di riserva di cui all'art. 138 c.p.m.p., il quale punisce “il militare che, per timore di un pericolo o altro inescusabile motivo, non usa ogni mezzo possibile per impedire la esecuzione di alcuno dei reati contro la fedeltà o la difesa militare, o di rivolta o di ammutinamento, che si commette in sua presenza”, tenendo “ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'articolo 40 del codice penale”⁴⁷³. Proprio il riferimento a quest'ultima norma costituirebbe la conferma della configurabilità del concorso mediante omissione: infatti, detto rinvio “risulterebbe privo di significato” se non sottintendesse il fatto che la norma richiamata è diretta a disciplinare, per l'appunto, la partecipazione omissiva al reato commesso da altri. In questo senso, l'art. 138 c.p.m.p. si presenta come norma *residuale* rispetto all'art. 40 cpv. c.p.: il primo, cioè, trova applicazione soltanto quando non esista, in capo al militare, uno specifico obbligo di impedimento di uno dei reati indicati dalla stessa disposizione, configurandosi, altrimenti, una responsabilità ai sensi del secondo⁴⁷⁴.

Dalla stessa disposizione di cui all'art. 138 c.p.m.p., inoltre, la concezione tradizionale desume, *a contrario*, un ulteriore argomento, questa volta a sostegno dell'interpretazione lata del termine “evento” come equivalente a “reato”: invero, il fatto che la norma preveda tra le fattispecie criminose rilevanti anche reati di mera condotta e, al contempo, faccia salva l'eventuale operatività dell'art. 40 cpv. c.p., denoterebbe che la responsabilità concorsuale omissiva sia configurabile, in astratto (*rectius*, ove sia ravvisabile un relativo obbligo di garanzia), anche in tali ipotesi⁴⁷⁵. In aggiunta a ciò, ad avvalorare la presente posizione, secondo taluni, vi sarebbero alcune “esigenze di tutela” che, anche con riferimento a fattispecie di reato prive di

questa corte ha già avuto modo di chiarire, il principio di causalità statuito dall'art. 40 cpv. c.p. vale per tutti i tipi di reato, sia per quelli con evento naturalistico, sia per quelli di pura condotta, caratterizzati da un evento soltanto giuridico (Cass. Sez. I, n. 4820 del 30.4.1991). Per questi ultimi, evidentemente, l'evento da evitare ai sensi dell'art. 40 c.p. coincide con la condotta posta in essere dall'agente. In questo senso sembra da intendersi, ma è da respingersi, la tesi del ricorrente secondo cui il principio di causalità omissiva non è applicabile per i reati <<a condotta vincolata attiva>>”.

⁴⁷³ A riportare l'argomento di interesse, tra gli altri, GRASSO G., in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., *sub* art. 110, 161 ss.; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 140 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 355; MANTOVANI F., *Diritto Penale*, cit., 569.

⁴⁷⁴ In questo senso, analogamente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 140 ss.; GRASSO G., in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., *sub* art. 110, 161 ss.; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 355.

⁴⁷⁵ A riportare tale argomento sono LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 356; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 141; GRASSO G., in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., *sub* art. 110, 163 ss..

evento naturalistico, si presentano pienamente giustificative della configurazione di un concorso mediante omissione⁴⁷⁶.

Questi gli argomenti che confermerebbero l'assunto iniziale della tesi estensiva secondo il quale tramite una condotta omissiva è possibile concorrere alla perfezione di qualsiasi reato, anche di mera condotta o a forma vincolata⁴⁷⁷.

La minoritaria e contrapposta tesi restrittiva confuta l'esegesi tradizionale articolandosi in molteplici e distinte formulazioni, ciascuna caratterizzata da diversi gradi di intensità critica⁴⁷⁸. Esponendo ora solo le due principali, si segnala una prima posizione, più moderata, che, pur riconoscendo in astratto l'istituto del concorso mediante omissione nell'altrui reato commissivo, lamenta l'inadeguatezza dell'espansione applicativa della clausola di equivalenza causale postulata dalla tesi tradizionale⁴⁷⁹; la seconda, invece, più radicale, esclude *in toto* la configurabilità del concorso omissivo perché ritiene inammissibile la combinazione delle disposizioni di cui agli articoli 40 cpv. e 110 c.p. con le singole norme di parte speciale⁴⁸⁰.

Un primo argomento avanzato dai sostenitori della teoria restrittiva attiene alla necessità di mantenere l'interpretazione della clausola di equivalenza ancorata al concetto di evento inteso esclusivamente in senso naturalistico, in modo da circoscrivere "*a priori*" la responsabilità per concorso mediante omissione in altrui reato commissivo alle sole fattispecie causalmente orientate e precluderne

⁴⁷⁶ La riflessione è di GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 141 ss., il quale riporta come esempio quello del guardiano di un magazzino che volontariamente non impedisca a dei ladri di introdursi e di commettere il furto: "non si può disconoscere che in capo a tale soggetto sussiste una posizione di garante che giustifica una responsabilità penale (sia pure a titolo di concorso)". Concordemente, GRASSO G., in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., sub art. 110, 164; LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 356.

⁴⁷⁷ Cfr. GRASSO G., in ROMANO-GRASSO, *Commentario*, cit., sub art. 110, 164.

⁴⁷⁸ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 356 ss., nota 6, a ben vedere, individua tre formulazioni riconducibili alla più ampia tesi restrittiva: tali impostazioni, tuttavia, "pur accomunate dalla critica alla ricostruzione tradizionale dell'istituto e da alcune argomentazioni", sarebbero sostanzialmente distinte. La prima riconosce l'istituto del concorso mediante omissione ma ritiene di doverne restringere i confini fino a farli coincidere con quelli di applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. alle ipotesi di omissione monosoggettiva; la seconda, invece, rifiuta la configurabilità di una simile responsabilità sulla base del rilievo per cui sarebbe impossibile combinare insieme gli articoli 40 cpv. e 110 c.p.; la terza, infine, limita la configurabilità dell'istituto alle sole ipotesi di contributo omissivo sorretto da dolo intenzionale o diretto, con esclusione del dolo eventuale. Nella presente trattazione, per ragioni di coerenza espositiva, si esporranno solamente le prime due formulazioni, essendo l'ultima radicalmente distinta da esse.

⁴⁷⁹ In questa direzione si orientano FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 635 ss., 672 ss.; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 181; VITARELLI T., *Maltrattamenti*, cit., 195 ss.; RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1274 ss..

⁴⁸⁰ A questa impostazione, che LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 356 ss., nota 6, definisce "un coerente sviluppo della prima", aderisce RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1267 ss.. Ad esprimere incertezze circa la possibilità di una combinazione tra gli articoli 40 cpv. e 110 c.p. è anche PALAZZO F., *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema <<delicati>>*, in *Studium iuris*, 1996, 1108 ss.; BISORI L., *L'omesso impedimento*, cit., 1376 ss., seppure in una diversa linea interpretativa che si schiera essenzialmente con la tesi tradizionale-estensiva.

l'applicazione a reati di mera condotta o a condotta vincolata (salvi i casi in cui la rilevanza dell'omissione sia affermata da una norma incriminatrice di un'omissione propria)⁴⁸¹. Le conclusioni in senso contrario promosse dalla teoria tradizionale, infatti, si fonderebbero su argomentazioni “poco incisive”⁴⁸².

Anzitutto, attenta dottrina ha ritenuto di evidenziare come, effettivamente, l'estensione dell'area di operatività dell'art. 40 cpv. c.p. nell'ambito del concorso di persone non sia suffragata da nessun dato positivo: la consapevolezza di una simile carenza potrebbe apprezzarsi anche solo notando la “preoccupazione” della dottrina tradizionalista di appellarsi ad un “fondamento normativo *estrinseco*”, estraneo, cioè, alla disciplina generale del concorso di persone⁴⁸³. Non potrebbe, invero, ammettersi la posizione, tipicamente estensiva, secondo la quale un valido riferimento positivo sarebbe rinvenibile nell'art. 138 c.p.m.p., essendo ben possibile, all'opposto, ricavare dallo stesso tutt'altro risultato, sulla base di una triplice osservazione⁴⁸⁴: in primo luogo, come esplicitato dal fatto che esso contiene una tipizzazione espressa delle omissioni rilevanti e propone un trattamento sanzionatorio autonomo rispetto ai limiti edittali fissati dai singoli reati a cui si riferisce, l'art. 138 c.p.m.p. configura una norma incriminatrice di parte speciale istituyente una fattispecie omissiva propria (caratteristica ancor più pacifica per chi aderisce ad un criterio discretivo tra omissione propria ed impropria valorizzante la presenza o assenza della tipizzazione positiva della specifica condotta) ed, in quanto tale, non si comprende come essa possa essere ritenuta idonea a legittimare “l'estensione indiscriminata della clausola generale *ex art. 40 cpv. c.p.*” – la quale afferisce, invece, alla categoria di parte generale del reato commissivo mediante omissione ed è sottoposta alla medesima pena edittale prevista per la fattispecie base – stante la diversità dei piani su cui le due disposizioni sono chiamate ad esercitare la loro efficacia. In secondo

⁴⁸¹ Espone in questo modo LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 359. Sostengono il suddetto argomento FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 635 ss. e 672 ss.; FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 181, secondo il quale, “tale delimitazione, infatti, è apparsa quella meglio compatibile con le risultanze emerse sia in base ad una analisi strutturale delle fattispecie espressamente tipizzate, sia in base alla considerazione del nesso struttura della fattispecie-bene tutelato”. Altresì favorevoli, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1274 ss.; VITARELLI T., *Maltrattamenti*, cit., 195 ss..

⁴⁸² Così si esprime RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1275.

⁴⁸³ In questo senso RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1274 ss., (corsivo nostro). In senso critico LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 359.

⁴⁸⁴ L'argomentazione tripartita che segue si deve a RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1276 ss., a cui rimanda concordemente, tra gli altri, VITARELLI T., *Maltrattamenti*, cit., 196, nota 89. In senso contrario, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 356 ss..

luogo, la clausola di salvezza dell'art. 138 c.p.m.p., lungi dal fondare la configurabilità del concorso mediante omissione anche nei reati di mera condotta, se, da una parte, rivelerebbe la natura speciale di detta norma rispetto alla disposizione generale di cui all'art. 40 cpv. c.p., prospettando la conseguente soccombenza di quest'ultimo ogniqualvolta si registri una convergenza sulla medesima ipotesi; dall'altra, mantenendo "ferma *in ogni altro caso*" l'operatività della clausola di equivalenza, essa sembrerebbe non pregiudicare l'ambito di applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. postulandone un'estensione generalizzata oltre i margini da esso previsti ma, piuttosto, lascerebbe che l'individuazione di detti confini avvenga sulla base di criteri aderenti alle specifiche esigenze interpretative di detta disposizione. In terzo ed ultimo luogo, il richiamo dell'art. 138 c.p.m.p., a prova dell'esistenza dell'istituto di compartecipazione mediante omissione nel nostro ordinamento, viene equiparato, in riferimento ad una problematica per alcuni aspetti analoga, al ruolo delle fattispecie di agevolazione colposa rispetto all'ammissibilità in generale di un concorso colposo nel fatto altrui doloso⁴⁸⁵.

Inoltre, si evidenzia come il ragionamento sostenuto da Grasso, per il quale il concorso mediante omissione dovrebbe potersi riconoscere anche in riferimento ad ipotesi di reato che, seppure prive di un evento in senso naturalistico, presentino particolari "esigenze di tutela"⁴⁸⁶, collida inevitabilmente con il principio di frammentarietà del diritto penale, per il fatto che queste ultime non sono "identificabili *a priori*": infatti, le peculiari occorrenze emergenti in un determinato caso concreto non possono legittimare l'applicazione estensiva dell'istituto in esame, soprattutto in assenza di un dato normativo che si esprima in senso conforme⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ In proposito, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1277, rimanda al simile problema della configurabilità del concorso colposo nel fatto altrui doloso, in riferimento al quale, Autori come FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 538, hanno sostenuto che la questione andrebbe risolta in senso negativo anche in considerazione del fatto che il legislatore ha previsto espressamente, quando ha ritenuto opportuno, fattispecie criminose tassative di agevolazione colposa nel reato doloso altrui. Allo stesso modo, si deve intendere, la generale configurabilità del concorso mediante omissione nel reato commissivo di altri andrebbe negata sulla base della presenza, nell'ordinamento, di specifiche norme, come per l'appunto l'art. 138 c.p.m.p., che incriminano esplicitamente soltanto alcune ipotesi tassativamente individuate.

⁴⁸⁶ L'argomento, già riportato, si rinviene in GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 141 ss..

⁴⁸⁷ L'osservazione è di RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1276, la quale afferma che "il giudice non può – se non entro i limiti determinati dal legislatore – ritenere punibile o non punibile una condotta in relazione a peculiari esigenze di tutela emergenti in un dato momento storico, soprattutto se nessun dato normativo giustifica l'estensione dei confini della punibilità. Ed è singolare che la sensibilità nei confronti del principio di frammentarietà si attenui proprio quando viene in considerazione un caso di applicazione <<cumulativa>> di forme di manifestazione del reato, laddove cioè [...] sarebbe al contrario raccomandabile un'interpretazione restrittiva, piuttosto che estensiva delle clausole incriminatrici di parte generale". Concordemente, VITARELLI

In considerazione di quanto finora esposto, dunque, la dottrina restrittiva ritiene necessaria la presenza di un evento in senso naturalistico per “delimitare l’operatività dell’art. 110 c.p.”, quando esso si combina con l’art. 40 cpv. c.p.⁴⁸⁸, poiché, se è vero che quest’ultimo disciplina il c.d. equivalente normativo della causalità tra omissione ed evento naturalistico, “non c’è ragione di ritenere che tale regola possa essere *arbitrariamente* dilatata fino a far coincidere l’evento non impedito con un fatto illecito altrui comunque strutturato”⁴⁸⁹; anzi, una simile operazione finirebbe per tradursi in una “applicazione analogica *in malam partem* dell’art. 40 cpv. c.p.”⁴⁹⁰.

Un secondo argomento avanzato dalla tesi restrittiva, di formulazione più recente ed essenzialmente riconducibile alla ricostruzione critica dell’istituto in esame svolta da Risicato, muove dall’osservazione – che segue coerentemente la precedente argomentazione circa l’imprescindibilità di un’interpretazione restrittiva del termine “evento”⁴⁹¹ – per cui la responsabilità per omesso impedimento dell’altrui fatto illecito “non può non avere carattere eccezionale”, dovendo essa circoscriversi ai casi in cui il garante abbia un “effettivo potere di controllo sull’agente”⁴⁹². Il fondamento

T., *Maltrattamenti*, cit., 196. Secondo FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 636, assegnare un diverso ambito applicativo alla clausola di equivalenza, a seconda che la fattispecie sia monosoggettiva o plurisoggettiva, comporterebbe una “diversa estensione dei beni assumibili a oggetto di una più rafforzata tutela” (si consideri che, secondo gli Autori, gli unici beni meritevoli di detta tutela rafforzata sarebbero quelli della vita e dell’incolumità personale e pubblica); in relazione alla tesi della generale operatività della regola dell’equivalenza sul terreno del concorso di persone, inoltre, Fiandaca e Musco osservano come essa poggia, in realtà, “su di un’opzione ermeneutica suffragata da preoccupazioni politico-criminali più o meno <<liberamente>> avvertite dall’interprete”.

⁴⁸⁸ RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1278, la quale precisa che chiamato a svolgere il ruolo di “secondo termine del rapporto di causalità”, strumentale all’individuazione del contributo concorsuale rilevante, sarebbe proprio l’“evento (costitutivo di reato causale puro) non impedito di cui all’art. 40 cpv., appunto perché, essendo in questione il problema generale della rilevanza causale di un’omissione non tipizzata come tale, è a questa seconda norma che ci si deve imprescindibilmente richiamare, prima ed indipendentemente dalle eventuali applicazioni in materia di concorso di persone”.

⁴⁸⁹ Letteralmente, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1278, (corsivo nostro). Alla stessa conclusione giungono VITARELLI T., *Maltrattamenti*, cit., 196 ss.; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 635 ss., 672.

⁴⁹⁰ In questo senso RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1279, nota 57, riprendendo quanto sostenuto da RINALDI F., *L’analogia e l’interpretazione estensiva nell’applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1, 198: “pertanto, equiparare comportamenti puramente negativi all’agire causale, sia quando manca uno specifico obbligo giuridico di impedire l’evento (come accade, ad esempio, secondo una certa giurisprudenza, nel reato di favoreggiamento), sia quando invece il comportamento vietato dalla norma penale è descritto dal legislatore in termini espressamente commissivi (come nel reato di truffa), fa supporre che nel caso di specie si sia fatto uso del procedimento analogico *in malam partem*, piuttosto che della regola generale di cui all’art. 40, 2° comma”.

⁴⁹¹ Considerazione avanzata, come già riportato, da LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 356 ss., nota 6.

⁴⁹² Cfr. RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1292, 1281 ss., la quale aggiunge che la posizione di garanzia presuppone una specifica individuazione del bene tutelato, non potendosi essa estendere fino a ricomprendere l’obbligo di impedire tutti i possibili reati realizzabili dai consociati, “pena la creazione di vere e proprie ipotesi di responsabilità oggettiva a carico degli appartenenti alle forze dell’ordine”. Concordemente, FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 176, afferma che “la responsabilità per il mancato impedimento di eventi cagionati dall’azione di un terzo non può, invece, ritenersi pacifica, e comunque non può costituire regola generale”.

di detta riflessione si coglierebbe dai principi generali su cui poggia il concetto di posizione di garanzia. Invero, procedendo dalla premessa per cui quest'ultima presuppone un potere di effettiva signoria sul decorso causale, si apprezza agevolmente come, in genere, siffatta capacità di impedimento non sussista in capo al garante quando causa dell'evento sia l'attività illecita di un terzo: "normalmente, infatti, l'azione dell'uomo si svolge al di fuori del potere di dominio e di controllo di una persona diversa dall'agente medesimo"⁴⁹³.

Pertanto, sarebbe possibile affermare la perfetta idoneità del garante ad impedire il reato altrui solo se l'aggressore fosse nella sua sfera di controllo, in concomitanza di "particolari circostanze specificamente rilevanti"⁴⁹⁴. Di dette circostanze, eccezionali, Fiandaca riporta l'ipotesi tipica: quella, cioè, in cui "l'autore della condotta lesiva sia, a sua volta, sottoposto al potere di vigilanza e di controllo del soggetto garante dell'integrità del bene minacciato: si faccia il caso che il genitore si trovi a dover impedire l'azione lesiva che un figlio (minore) compie ai danni di un altro figlio". L'Autore continua sostenendo che, al di fuori dell'appena esposta situazione nella quale il genitore è, al contempo, referente di una posizione di protezione e di controllo nei confronti, rispettivamente, del figlio la cui incolumità è minacciata e dell'altro che invece tale incolumità aggredisce, l'affermazione della responsabilità penale per omesso impedimento del fatto illecito altrui dovrebbe necessariamente essere condizionata all'individuazione di "eventuali rapporti di fatto (come ad es. la convivenza in una medesima abitazione e simili), che pongano l'aggressore nella sfera di controllo di chi ha in custodia il bene minacciato"⁴⁹⁵.

Provata, dunque, l'esigenza di accertare in capo al garante un effettivo potere di impedimento dell'evento lesivo ad opera di altri, l'analisi di Risicato prosegue sostenendo che laddove un simile potere sussista, quale titolo della responsabilità scaturente dall'omessa attivazione non vi sarebbe ragione di invocare anche l'art. 110 c.p., poiché il titolare dello stesso risponderebbe autonomamente già sulla base dell'art. 40 cpv., per non aver adempiuto al relativo obbligo giuridico: potrebbe, cioè,

⁴⁹³ In questo senso, FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 176. Analogamente, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1281, la quale afferma che prova dell'esteriorità della condotta di un agente rispetto alla sfera di controllo di una persona diversa sarebbe il principio di affidamento come limite generale alla responsabilità colposa per il fatto illecito altrui.

⁴⁹⁴ Così, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1281.

⁴⁹⁵ L'argomentazione fin qui esposta si ritrova in FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 176 ss..

configurarsi una “autonoma responsabilità monosoggettiva del garante per il mancato impedimento dell’evento, indipendentemente dall’indagine sulla fonte di pericolo che lo ha provocato”⁴⁹⁶.

In effetti, quella che Risicato propone della partecipazione negativa al reato è un’interpretazione che alcuni hanno definito “sostanzialmente abrogatrice dell’istituto”⁴⁹⁷, ma che l’Autrice indica come l’unica lettura che non contrasti inevitabilmente con il principio di legalità, poiché essa postula che la combinazione tra l’art. 40 cpv. e l’art. 110 c.p. debba risolversi in una “applicazione *distinta e successiva* delle due clausole generali alle singole fattispecie di parte speciale, in modo che siano osservati rigorosamente i rispettivi limiti di operatività”⁴⁹⁸. Questo sarebbe il solo modo per far sì che l’integrazione reciproca delle summenzionate norme realizzi, per l’appunto, una “combinazione” e non un’inaccettabile “interferenza”⁴⁹⁹; la quale emerge, peraltro, dall’impostazione tradizionale, laddove essa promuove un’“applicazione *cumulativa e contemporanea*” delle due clausole generali, attraverso la quale elementi dell’una subiscono “un indiscriminato processo di espansione per il fatto di venire a contatto con elementi dell’altra”⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Cfr. RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1283, la quale a proposito richiama due esempi riconducibili a Kielwein: “se un fulmine ovvero una condotta umana abbia appiccato fuoco ad una casa, se dei ragazzi di passaggio spingono un bambino in acqua o il bambino cade in acqua accidentalmente, non fa nessuna differenza ai fini della valutazione del contenuto di disvalore dell’omissione del garante, chiunque o qualsiasi cosa sia la causa dello stato di pericolo. Per questa via, una complicità mediante omissione sarebbe sempre esclusa, dovendosi parlare semmai di reità o, al più di correatità”. La conclusione così prospettata si fonda, oltre che sulle considerazioni espone nel testo, sull’ulteriore argomento tramite il quale l’Autrice sostiene che, nella compartecipazione mediante omissione al reato altrui, il garante è sempre, necessariamente, coautore: infatti, se da una parte l’art. 110 c.p. sancisce il principio della pari responsabilità dei concorrenti, dall’altra l’art. 40 cpv. c.p. instaura un rapporto di equivalenza tra il cagionare e il non impedire, di talché “se l’evento (in senso naturalistico) non impedito rientra a pieno titolo nella sfera di controllo del garante, egli è responsabile della causazione dell’evento *come se ne fosse l’autore*” (RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1290).

⁴⁹⁷ Così, ad esempio, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 358 ss.. La stessa RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1294, nell’espone detta lettura, presume che possa esserle opposta l’obiezione che essa si risolva “in una sorta di *interpretatio abrogans* della categoria del concorso mediante omissione”.

⁴⁹⁸ Letteralmente, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1294.

⁴⁹⁹ La distinzione tra il concetto di “combinazione” e quello di “interferenza” tra le clausole incriminatrici di parte generale è illustrata lungamente ed impeccabilmente in RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 151 ss.. Brevemente, espone RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1294, la “combinazione” consente un’applicazione delle clausole tale da non alterare la fisionomia e l’ambito di operatività che ciascuna avrebbe nel caso in cui venisse adoperata singolarmente (l’esempio è quello delle fattispecie di concorso nel delitto tentato ovvero nel reato omissivo improprio). L’“interferenza”, invece, genera “un’espansione incontrollata dei confini della punibilità”, poiché essa non postula la semplice “somma” degli effetti propri di ciascuna norma ma arbitrariamente estende taluni elementi dell’una per mezzo di elementi dell’altra, arrivando a concepire un *tertium genus* irrimediabilmente contrastante con il principio di legalità.

⁵⁰⁰ Così, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1294 ss., secondo la quale ciò avverrebbe, in particolare, quando si afferma che l’“evento non impedito” di cui all’art. 40 cpv. c.p. andrebbe inteso alla stessa stregua di “reato”.

Dunque, se per quanto riguarda l'operatività dell'art. 40 cpv. c.p. – che, come si è compreso, non deve variare in base alla monosoggettività o plurisoggettività della realizzazione del reato in concreto – può affermarsi che essa, quando ne siano integrati tutti i requisiti tra cui, *in primis*, il potere-obbligo giuridico di impedire l'evento lesivo, determina autonomamente la responsabilità del garante, servendosi del solo innesto con la norma di parte speciale; altrettanto può rilevarsi relativamente alla possibilità di fondare la punibilità del concorrente per omissione, sulla base del solo art. 110 c.p., quando non sia possibile ricorrere alla clausola di equivalenza.

A detta dell'argomentazione “volutamente paradossale” di Risicato, cioè, sarebbe possibile considerare – espandendo al massimo la portata del modello di tipizzazione causale a cui si ispira la disciplina del concorso – penalmente rilevante, quale compartecipazione criminosa, qualsiasi omissione “causale” (da intendersi come *condicio sine qua non* ovvero come mera agevolazione) rispetto alla perfezione del fatto tipico, anche indipendentemente dall'applicabilità al caso concreto della clausola di equivalenza (pure in mancanza, dunque, di un obbligo di attivazione)⁵⁰¹. A ben vedere, la corretta valutazione di una punibilità configurata nel modo anzidetto richiederebbe una preliminare riflessione circa il profilo soggettivo in capo all'omittente, per poter distinguere, innanzitutto, i casi in cui questi agisca (o meglio, non agisca) in concerto con i correi in via commissiva, da quelli in cui tra il primo e i secondi non possa rinvenirsi alcun accordo, né altro tipo di legame psichico⁵⁰².

In quest'ultima ipotesi – quando, cioè, non sussista nel garante, nemmeno in via unilaterale, la consapevolezza di contribuire, con la sua omissione, all'azione illecita di altri – ci si trova al di fuori della punibilità ai sensi del concorso di persone nel reato⁵⁰³ e l'indagine può intraprendere tre diverse direzioni: in primo luogo, come già visto, l'omittente risponderà autonomamente *ex art. 40 cpv. c.p.* se ricorrono i relativi

⁵⁰¹ L'argomentazione di RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1295, sarebbe “volutamente paradossale” in quanto, sostiene l'Autrice, “non pare possa dubitarsi che l'espressione <<concorrere in un reato>> contenuta nell'art. 110 c.p. significhi sempre una condotta attiva. E ove il dubbio comunque sorgesse, sarebbe assolutamente doverosa un'interpretazione restrittiva in questi termini”.

⁵⁰² Prosegue, così e come segue, la ricostruzione di RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1295 ss..

⁵⁰³ Come si è in precedenza avuto modo di apprezzare, invero, l'elemento soggettivo richiesto per la *configurabilità* del concorso di persone nel reato non richiede che la consapevolezza di contribuire all'altrui azione criminosa sussista in capo a ciascun concorrente, essendo sufficiente, per scongiurare il caso di concorso di cause indipendenti, che il dolo di concorso sia accertabile in capo ad *almeno* uno di essi. Ad ogni modo, il dolo di concorso è requisito essenziale per la *punibilità* a titolo di concorso. Riprendendo quanto già esposto: se il dolo di partecipazione manca in capo a taluno dei compartecipi, questi non risponderà ai sensi dell'art. 110 c.p. ma del reato monosoggettivo di cui ha integrato il fatto tipico o neppure di quello, se la sua condotta è atipica.

presupposti di applicazione e se si è in grado di accertare in capo al primo un effettivo potere giuridico di interrompere, attivandosi, il processo causale dell'evento messo in moto dall'azione illecita del terzo; in secondo luogo, in assenza dei requisiti di operabilità della clausola di equivalenza, la rilevanza dell'omissione inconsapevolmente concorrente alla realizzazione di un fatto di reato potrà apprezzarsi solo se essa integri una condotta tipica prevista dalla legge penale come costitutiva di una fattispecie omissiva propria; in terzo luogo, infine, in assenza delle condizioni di cui alle precedenti situazioni, dovrà ammettersi l'esclusione di punibilità dell'omissione impropria non sussumibile sotto la relativa disposizione.

Qualora, invece, sia la consapevolezza di concorrere nell'altrui condotta criminosa a spingere il garante a non porre in essere l'azione che l'ordinamento da lui pretenderebbe, non si dovrebbe "erroneamente" ricorrere all'art. 40 cpv. c.p. anche al di fuori del suo ambito di utilizzabilità (per esempio quando ci si trovi di fronte ad un reato di mera condotta ovvero di evento ma a condotta vincolata), ma sarebbe ben più opportuno ricostruire la responsabilità dell'omittente in chiave di compartecipazione al fatto illecito, sulla sola base dell'art. 110 c.p..

Detta compartecipazione non dovrà per forza qualificarsi in termini "negativi", essendo nuovamente necessario, per un corretto inquadramento dell'ipotesi in esame, indagare l'elemento psicologico in capo al garante. In particolare, se sussiste un concerto tra i compartecipi, molto spesso il concorso omissivo potrà riconoscersi come una forma di concorso morale, poiché quest'ultimo si incentra sulla "produzione dell'effetto istigativo in forma del tutto libera"⁵⁰⁴: l'esempio di scuola che Risicato riporta è quello del custode di una villa che, in accordo con i ladri, lascia una via di entrata per agevolare il loro ingresso: in questo caso, "il contributo rilevante ai fini del concorso non è tanto il dato <<materiale>> dell'omessa chiusura del varco ma, ancor prima, l'influenza <<morale>> che la prospettazione di tale aiuto

⁵⁰⁴ In proposito, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1296 ss., segnala, innanzitutto la posizione risalente di chi, primo fra tutti, aveva proposto l'illustrata classificazione secondo cui il contributo omissivo debba essere qualificato alla stregua di un concorso morale: CARRARA F., *Grado nella forza fisica del delitto*, cit., 554, secondo il quale "si può avere concorso di azione anche in un fatto negativo, anche in una mera omissione; anche nella presenza quando la omissione o la presenza erano volontariamente coordinate a facilitare il delitto, e lo agevolarono realmente". Inoltre, l'Autrice sostiene, in accordo con lo studio comparatistico di DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico: itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 174, nota 80, 225 ss., che la causalità psicologica, che mira essenzialmente alla dimostrazione dell'effetto istigativo, "assorbe e <<neutralizza>> non solo le modalità di un'azione in senso stretto, ma la stessa natura di per sé omissiva del contributo".

avrà avuto sulla determinazione criminosa degli autori”⁵⁰⁵. Infine, se il garante è unilateralmente consapevole della propria contribuzione all'altrui azione illecita, laddove quest'ultima non integri un reato causale puro e, dunque, non sia possibile invocare l'art. 40 cpv. c.p. (restrittivamente inteso), è esclusa la possibilità di configurare l'omesso impedimento del soggetto giuridicamente obbligato alla tutela del bene offeso dal reato, alla stregua di contributo morale. In questo caso, secondo Risicato, dovrebbe nuovamente ammettersi l'irrelevanza penale dell'omissione del custode, riprendendo il caso precedente, che spontaneamente e all'insaputa dei ladri decida di agevolare l'ingresso lasciando aperta una via d'entrata: egli non potrà rispondere di furto con violazione di domicilio né monosoggettivamente ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., né a titolo di concorso di persone ai sensi dell'art. 110 c.p.⁵⁰⁶.

L'esito dell'argomentazione finora esposta sarebbe quello di dimostrare che la categoria della partecipazione mediante omissione a reato commissivo sia in realtà il frutto di un "pericoloso equivoco" e che le svariate ipotesi che generalmente ad essa vengono ricondotte dovrebbero più opportunamente essere reindirizzate alle "due qualificazioni dogmatiche distinte e irriducibili" che si riducono essenzialmente agli ambiti di operatività delle due clausole generali di cui agli articoli 40 cpv. e 110 c.p.: partecipazione ed omissione, secondo l'Autrice, sono, dunque, "categorie non suscettibili di essere coniugate in una formula unitaria"⁵⁰⁷.

D'altra parte, a difesa della teoria tradizionale di fronte alle critiche ad essa mosse da parte dai sostenitori della contrapposta tesi restrittiva, Leoncini propone un'ulteriore schiera di motivazioni volte a dimostrare che se, da una parte, non potrebbe negarsi la validità dell'istanza garantista di cui l'impostazione rivale sembra

⁵⁰⁵ Così, letteralmente, RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1297, la quale sostiene che detto assunto trovi accoglimento nella giurisprudenza, tra cui Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 1982, n. 10800, in *Riv. pen.*, 1983, 714, che ritiene sufficiente ad integrare un concorso morale la mera presenza inattiva del soggetto sul luogo del reato, purché essa non sia casuale ed abbia procurato all'esecutore materiale, come si legge nella summenzionata pronuncia, "uno stimolo all'azione ed una maggiore sicurezza nella propria condotta".

⁵⁰⁶ A riguardo si solleva un'obiezione sulla base di quanto da noi prima sostenuto: se per la configurabilità della compartecipazione è sufficiente che il dolo di concorso esista in capo ad uno soltanto dei concorrenti e per la punibilità a titolo di concorso è necessario l'elemento soggettivo volitivo in capo al singolo concorrente, poiché, in questo caso, è proprio l'omittente ad essere consapevole della propria contribuzione all'altrui attività criminosa, non si vede perché debba negarsi la sua responsabilità ai sensi dell'art. 110 c.p..

⁵⁰⁷ Questa la conclusione che può leggersi in RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1298 ss.; l'Autrice, peraltro, sostiene che quando sia configurabile una responsabilità del garante che consenta, tramite la propria omissione, la realizzazione di un reato ad opera di altri, autonomamente ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. (come nelle ipotesi sopra esposte), le norme sulla compartecipazione criminosa di cui agli articoli 110 ss. c.p. vengono in ogni caso in rilievo, seppure solo in funzione meramente di disciplina. In tale osservazione, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 359, ravvisa una contraddizione.

farsi portatrice (e, cioè, voler ben determinare i requisiti della rilevanza penale del contributo omissivo al reato commissivo altrui), dall'altra, essa si rivelerebbe “incongrua negli esiti applicativi”, nonché “impraticabile sotto il profilo teorico”⁵⁰⁸. L'Autrice, invero, sostiene la maggiore validità, allo stato del diritto positivo e anche della prassi giurisprudenziale, della prima impostazione rispetto alla seconda, sulla base di tre principali argomenti⁵⁰⁹.

Innanzitutto, l'ammissibilità dell'istituto in esame sarebbe confermata da un'interpretazione sistematica del Capo III, Titolo IV, del Libro I del Codice penale, dedicato alla disciplina del concorso di persone nel reato, che suggerisce una lettura combinata degli articoli 110 e 116 c.p.. Infatti, se la prima di dette disposizioni (“che si limita a parlare, genericamente, di <<concorso>>”) non menziona esplicitamente la compartecipazione criminosa mediante omissione, la seconda, subordinando la responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto all'accertamento del nesso causale tra il reato e la sua “azione od *omissione*”, dimostrerebbe la volontà del legislatore di utilizzare la più generale nozione di “concorso” per ricomprendere tanto i contributi attivi, quanto quelli omissivi. Il combinato disposto degli articoli appena indicati condurrebbe, dunque, a definire normativamente la compartecipazione illecita con una formula del seguente tenore: “<<quando più persone concorrono, con una azione od una omissione, nel medesimo reato ...>>”⁵¹⁰.

Ancora, oltre al già più volte richiamato art. 138 c.p.m.p.⁵¹¹, a ribadire la configurabilità di un concorso mediante omissione nel nostro sistema penale sarebbero le fattispecie di agevolazione colposa integrabili anche mediante omissione poiché esse dimostrerebbero nettamente che, “se non si vuol giungere all'assurdo di

⁵⁰⁸ In questi termini, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 370, secondo la quale “la proposta interpretazione abrogatrice dell'istituto del concorso per omissione rischia, per la sua assolutezza, di rivelarsi inefficace proprio rispetto allo scopo perseguito, lasciando del tutto inalterate le attuali scelte giurisprudenziali e creando sul punto una incolmabile divaricazione tra teoria e prassi”.

⁵⁰⁹ Il testo che segue intende ripercorrere sinteticamente l'articolata e puntualissima argomentazione rinvenibile in LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 361 ss..

⁵¹⁰ In questo senso, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 362. A sollevare il rilievo dell'art. 116 c.p. come conferma dell'“interpretazione lata” dell'art. 40 cpv. c.p., è anche BISORI L., *L'omesso impedimento*, cit., 1348 ss..

⁵¹¹ A ulteriore sostegno della validità di detta norma a costituire un fondamento normativo espresso del concorso mediante omissione, si esprime BISORI L., *L'omesso impedimento*, cit., 1343 ss..

punire il contributo colposo e non quello doloso, quest'ultimo rientra pacificamente nella figura generale del concorso di persone, prevista dall'art. 110"⁵¹².

Assumendo, dunque, provata, sulla base degli appena esposti dati normativi, l'esistenza della compartecipazione criminosa mediante omissione nel sistema penale italiano, Leoncini prosegue rilevando come la combinazione dell'art. 110 c.p. con la clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. sia a questo punto non solo ammissibile ma, addirittura, necessaria: se, infatti, il primo incrimina in via generale i contributi atipici alla perfezione del reato, comprendendo anche quelli omissivi, il secondo individua il criterio di tipizzazione di tali ultimi contributi nella sussistenza di un obbligo di garanzia in capo al compartecipe mediante omissione⁵¹³.

Secondariamente, l'insistenza della tesi restrittiva circa l'opportunità di un'interpretazione dell'evento da impedire ex art. 40 cpv. c.p. rigorosamente in senso naturalistico si fonderebbe sull'attribuzione di una "importanza esagerata" ad una "pretesa <<scelta legislativa>>" di limitare l'operabilità della clausola di equivalenza ai soli reati puramente causali, senza dare conto del fatto che, a ben vedere, si tratterebbe di una "scelta obbligata" in relazione alle ipotesi monosoggettive. In quest'ultimo caso, infatti, una simile restrizione è, "prima che normativa, intrinseca e logica", soprattutto "necessitata" dalla oggettiva irrealizzabilità, apprezzabile sul piano ontologico, di un reato monosoggettivo di mera condotta o di evento a condotta vincolata, mediante una semplice omissione⁵¹⁴. Dunque, l'omissione, che non può considerarsi penalmente rilevante in relazione alla fattispecie monosoggettiva commissiva, rispetto alla quale essa risulterebbe "irrimediabilmente atipica", lo sarà,

⁵¹² Così LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 362, dove si riportano, a paradigma di dette fattispecie, gli articoli 355 e 350 c.p. che puniscono, rispettivamente, la sottrazione delle cose sottoposte a sequestro e l'agevolazione della violazione dei sigilli. L'Autrice afferma, inoltre, che le fattispecie di agevolazione colposa, se talora incriminano espressamente ipotesi di concorso colposo nel delitto doloso (la cui configurabilità, nel nostro ordinamento, sarebbe negata dall'art. 113 c.p.), più spesso, peraltro, costituiscono autonomi reati monosoggettivi poiché mancherebbe, in esse, l'elemento soggettivo del concorso, consistente nella consapevolezza di cooperare con altri alla realizzazione del fatto illecito (c.d. dolo di concorso).

⁵¹³ In particolare, in occasione di quest'ultimo rilievo, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 363, nota 13, coglie l'occasione per confutare quanto sostenuto da RISICATO L., *La partecipazione*, cit., 1290 ss., in merito alla superfluità della combinazione degli articoli 110 e 40 cpv. c.p. sulla base della piena autonomia del secondo nel configurare la responsabilità dell'omittente, il quale rivestirebbe, sempre e comunque nei reati causali puri, un ruolo di coautore: le categorie dell'autoria, complicità, eccetera, infatti, sarebbero estranee al modello della pari responsabilità cui si ispira il vigente sistema; inoltre, "è vero piuttosto che il concorso mediante omissione non può configurarsi come contributo <<agevolatore>> al di fuori del criterio di tipizzazione dell'art. 40/2".

⁵¹⁴ Si esprime in questi termini LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 364 ss., ricordando come di "limite di natura ontologica", con riguardo alle fattispecie omissive monosoggettive, parla anche FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 39. BISORI L., *L'omesso impedimento*, cit., 1341, definisce "logico-genetica" la limitazione ai soli reati di evento della clausola di equivalenza rispetto alle fattispecie monosoggettive.

invece, qualora causativa o agevolativa della perfezione del fatto di reato, nel caso di concorso, in virtù dell'effetto estensivo proprio della fattispecie plurisoggettiva eventuale nascente dalla combinazione dell'art. 110 c.p. con la norma di parte speciale, per il quale “risultano tipiche, e quindi punibili, anche condotte che non lo sarebbero sulla base di quella monosoggettiva”⁵¹⁵.

A fronte di tali considerazioni, il richiamo della tesi restrittiva alla necessità di una rigorosa osservazione del principio di frammentarietà, a sostegno dell'aprioristica irrilevanza dei contributi omissivi all'integrazione di reati non causalmente puri, non sarebbe pertinente: infatti, il riferimento a detto principio, se, da una parte, può essere validamente invocato relativamente alla fattispecie monosoggettiva, in cui l'omissione non può in alcun modo integrare il disvalore di azione di un illecito penale di mera condotta o a condotta vincolata, dall'altra, sarebbe addirittura “fuorviante” rispetto alla fattispecie plurisoggettiva eventuale, potendo esso condurre fino all'estrema conseguenza di negare la rilevanza penale di qualunque contributo atipico, sia attivo, che omissivo⁵¹⁶. Questo perché, nell'ambito della compartecipazione criminosa, come si è avuto modo di apprezzare precedentemente nella presente trattazione, è ininfluenza la distribuzione tra i compartecipi della condotta tipica descritta dalla norma incriminatrice poiché ciascun concorrente “<<fa propri>> anche gli altrui contributi e, pertanto, l'intera condotta tipica”: sicché, “non sembra [...] giustificabile mandare impunito l'omittente che, collaborando con altri alla realizzazione di tali fattispecie, <<fa proprie>> le modalità offensive tipiche della condotta, posta in essere da questi ultimi”⁵¹⁷.

Alla luce di quanto appena esposto, Leoncini ritiene, quindi, che la compartecipazione criminosa mediante omissione sia “configurabile rispetto a qualunque fattispecie di parte speciale”, potendosi intendere l'evento non impedito di cui all'art. 40 cpv. c.p., anziché esclusivamente in senso naturalistico o in senso giuridico, come “effetto della condotta”, ovvero “realizzazione della fattispecie”, in

⁵¹⁵ Con questa osservazione, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 365, aderisce alla concezione dell'istituto del concorso di persone nel reato propugnata da DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva*, cit.

⁵¹⁶ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 365 ss., nel riconoscere l'inidoneità del richiamo al principio di frammentarietà, ammette, al contempo, anche l'insufficienza del sopra riportato argomento, riconducibile a GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 141 ss., che, a sostegno della configurabilità del concorso mediante omissione rispetto a qualunque reato, riporta l'esistenza di imprecise esigenze di tutela.

⁵¹⁷ In questo senso, sostiene LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 366, il concorso mediante omissione sembrerebbe rispondere altresì a delle “esigenze di giustizia sostanziale”.

conformità a quel significato “ambiguo e generico, adattabile a seconda delle circostanze”, che può ritrovarsi anche in altre norme del Codice penale⁵¹⁸. La configurabilità dell’istituto in esame rispetto a qualunque disposizione incriminatrice, per l’appunto, troverebbe conferma positiva sia nella disciplina generale di cui al Capo III, sia in alcune fattispecie di parte speciale. In particolare, nell’ambito delle norme sul concorso, viene in rilievo, ancora una volta, l’art. 116 c.p., il quale, prevedendo, almeno originariamente, un’ipotesi di responsabilità oggettiva, fa riferimento ad un “evento” che non potrebbe ragionevolmente tradursi esclusivamente né in senso naturalistico, né giuridico, dovendo invece intendersi come “reato”, anche in linea con l’indicazione – seppure priva di valore normativo, sicuramente suggestiva delle plausibili intenzioni del legislatore – della rubrica *legis*. Per quanto attiene alle previsioni di parte speciale, invece, l’integrabilità del concorso mediante omissione anche nei reati diversi da quelli puramente causali sarebbe comprovata dall’incriminazione espressa, da un lato, del mancato impedimento di determinate azioni (esempio ne è l’art. 484 c.p.), dall’altro, ancora una volta secondo un ragionamento *a fortiori*⁵¹⁹, dell’agevolazione colposa realizzabile anche in forma omissiva (il cui paradigma si rinviene negli articoli 335 e 350 c.p.).

Infine, Leoncini, considerando anche sul piano applicativo le conseguenze cui le tesi tradizionale e restrittiva conducono, conclude per la maggiore sostenibilità della prima sulla seconda, rivelandosi essa “sia più conforme alle presumibili intenzioni del legislatore, sia più coerente alla luce di un’interpretazione <<realistica>>, cioè attenta ai risultati pratici e non solo rigidamente formalistica, degli artt. 40/2 e 110”⁵²⁰. “Insoddisfacenti sotto il profilo della ragionevolezza”, invero, sarebbero gli approdi pratici verso i quali vira la teoria restrittiva: basti pensare che, conseguentemente alla distinzione da essa postulata tra i contributi omissivi al reato

⁵¹⁸ Secondo LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 363, esempi di altre norme in cui si ricorre al significato ambiguo e generico di evento, sarebbero gli articoli 43 e 49 c.p.. L’ambiguità e la genericità di cui si è detto, sarebbero, in un certo senso, volute dal legislatore nella sua scelta di scarsa chiarezza concettuale, dovuta al tentativo di un compromesso tra la concezione di evento naturalistica e quella giuridica. Inteso dalla maggioranza della dottrina tedesca come “effetto della condotta” sarebbe anche l’evento ai sensi del par. 13 dello StBG, come riporta LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 363, nota 14.

⁵¹⁹ Infatti, sostiene LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 368, se è punibile l’agevolazione *colposa* mediante omissione, sarà a maggior ragione punibile l’omissione agevolativa *dolosa* delle stesse azioni, “la quale non potrà che scaturire dall’applicazione dell’art. 110”.

⁵²⁰ “Rigidamente formalistica” apparirebbe, invece, la tesi restrittiva, fondandosi essa quasi prevalentemente sull’assunto della “presunta univocità di significato del termine <<evento>> ai fini della fattispecie monosoggettiva e plurisoggettiva”: così, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 369.

causale puro, punibili, e quelli ai reati diversi, rispetto ai quali la rilevanza penale è negata, il titolare di una posizione di protezione dovrebbe, per assurdo, soffermarsi a valutare, prima di decidere se agire oppure no, la natura della fattispecie alla quale la sua condotta accedrebbe, al fine di comprendere se possa essere chiamato o meno a rispondere della sua omissione. I casi esemplificativi che Leoncini riporta riguardano, l'uno, il garante dell'infermo di mente che dovrebbe prodigarsi per trattenerlo dal compiere reati di evento a forma libera, come per esempio le lesioni, ma che potrebbe serenamente permettergli di compiere illeciti di mera condotta o a condotta vincolata (atti osceni in luogo pubblico, truffa, violenza o minaccia contro un pubblico ufficiale); l'altro, il custode di una villa, il cui obbligo di garanzia trova origine in un contratto, che sarebbe chiamato ad impedire a qualunque terzo di danneggiare i beni del proprietario (essendo, il danneggiamento, un reato a forma libera), ma non di rubarli⁵²¹.

2. La posizione di garanzia del genitore: gli obblighi di protezione dell'intangibilità sessuale e dell'integrità psichica del minore.

Qualsiasi sia l'impostazione dogmatica a cui si fa riferimento, l'omissione impropria, quand'anche inserita nel contesto di una fattispecie plurisoggettiva eventuale, per essere rilevante necessita, in ogni caso, della presenza di un obbligo giuridico di attivazione o, meglio, di una posizione di garanzia, in capo a colui che non si sia adoperato per impedire l'evento (sia esso inteso come conseguenza lesiva del reato altrui ovvero direttamente come quest'ultima), conformemente con quanto richiestogli dalla legge.

In particolare, riguardo alla questione, che si intende di seguito affrontare, della possibilità o meno di configurare una responsabilità penale in capo al genitore che abbia omesso di intervenire per impedire la continuazione del reato di violenza sessuale da parte dell'altro genitore, del coniuge convivente ovvero di altro soggetto, ai danni del figlio minore, di imprescindibile importanza si presenta, innanzitutto,

⁵²¹ Cfr. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 370.

l'indagine circa la possibilità o meno di affermare l'esistenza di un obbligo di protezione del primo nei confronti dell'ultimo⁵²².

La sussistenza di una posizione di garanzia del genitore nei confronti del figlio minore, a dire il vero, è talmente pacifica, sia in dottrina, che in giurisprudenza, che, non solo si è innalzata a paradigma della categoria degli obblighi di protezione, ma, addirittura, ha indotto taluno a considerarla “un dato talmente ovvio da apparire <<naturalmente>> dimostrato”⁵²³. Autorevole manualistica evidenzia come, nel legame tra genitore e figlio, si riveli palesemente quella funzione tipica della posizione di garanzia volta a “riequilibrare la situazione di inferiorità (in senso lato) di determinati soggetti, attraverso l'instaurazione di un <<rapporto di dipendenza>> a scopo protettivo”: invero, quest'ultimo, nel caso in esame, “ha carattere originario e nasce, evidentemente, dall'incapacità naturale del bambino ad espletare da sé alcune fondamentali funzioni vitali”⁵²⁴.

Il fondamento normativo dell'obbligo giuridico a carico del genitore di impedimento degli eventi lesivi o pericolosi ai danni del figlio minore si ritrova, prima di tutto, nella Carta fondamentale e, in un secondo momento, nella legge ordinaria. Invero, la Costituzione, all'art. 30, statuisce espressamente che “è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio”; il medesimo obbligo, postulato ancora, con gli identici termini, dall'art. 147 (e 148) c.c., persiste, poi, non solo in caso di scioglimento del matrimonio, ma anche quando ricorrono le nuove nozze di uno o di entrambi i genitori (*ex art. 6, l. 1/12/1970, n. 898*)⁵²⁵.

⁵²² Sulla necessità di una preliminare verifica circa l'esistenza o meno, in capo ai genitori, di un obbligo di impedimento di eventi lesivi ai danni dei figli minori, per una corretta impostazione della questione in esame, si consulti ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2004, 133.

⁵²³ In questo senso, letteralmente, ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 133, il quale afferma che si possa sostenere “con certezza” l'esistenza di una simile posizione di garanzia. L'omogeneità delle posizioni circa l'individuabilità dell'obbligo di garanzia del genitore è apprezzabile soltanto considerando, in dottrina, tra gli altri: ALAGNA R., *Omissione*, cit., 97, il quale afferma che quella dei genitori verso i figli è una posizione di protezione “classica”; FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 651, che, nell'espone il concetto di posizione di garanzia, spiega che “non è casuale [...] che ancora oggi i manuali siano soliti ricorrere, per chiarire il concetto di posizione di garanzia, al caso ormai di scuola della madre che lascia morire di inedia il proprio bambino”, e, ancora, che “proprio prendendo le mosse dal modello originario della relazione protettiva madre-bambino, la dottrina e la giurisprudenza hanno via via individuato altre posizioni di garanzia, sia pure assimilabili a tale modello con un diverso grado di approssimazione”. In giurisprudenza, in termini analoghi, per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 19 dicembre 2017, n. 6153, in *One Legale*; Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2010, n. 11243, in *DeJure*.

⁵²⁴ Così FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 651.

⁵²⁵ Cfr., in questi termini, ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 133. Analogamente si afferma in giurisprudenza: cfr., per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 19 dicembre 2017, n. 6153, cit.; Cass. pen., Sez. III, 2

Ciò che si sostiene con certezza, dunque, è che il genitore ha l'obbligo giuridico di porre i figli minori al riparo da tutti i pericoli che possano minacciarne l'integrità, assumendo nei confronti di essi la posizione di garante⁵²⁶. D'altra parte, nell'ambito della più ampia discussione sulla possibilità o meno di configurare una responsabilità del genitore per l'omesso impedimento dei reati di violenza sessuale (di cui agli articoli 609 *bis* ss.) e di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione (di cui agli articoli 3, numeri 4 e 8, e 4 della legge 75/1958), ai danni dei figli minori, una soluzione altrettanto pacifica non si è raggiunta circa la questione se, tra i beni giuridici sottoposti all'obbligo di protezione del primo, vada ricompreso anche quello della "morale sessuale" dei secondi⁵²⁷. Infatti, se in dottrina c'è chi include la protezione di detto bene nel più generale dovere di educazione della prole risultante dai summenzionati articoli 30 Cost. e 147 c.c.⁵²⁸, non manca chi sostiene che una simile inclusione – consentendo conseguentemente la punibilità del genitore per la mancata attivazione di fronte sia alla violenza carnale, sia all'induzione alla prostituzione, ai danni del figlio minore – rischierebbe di espandere la sfera penalistica al punto da farle invadere il campo dell'etica. In quest'ultimo senso, in particolare, si è affermato più in generale che, rispetto al complesso delle posizioni di garanzia che derivano da *status* familiari, essendo possibile ricavare con certezza dalla Costituzione e dalla legge soltanto "i poli di quelle interrelazioni soggettive che stanno alla base della posizione" e restando, invece, "vaghe – e comunque del tutto insoddisfacenti dal punto di vista penalistico – le indicazioni concernenti i beni da proteggere, la tipologia degli eventi da impedire e prevenire", si potrebbe, di dette posizioni, rintracciare un contenuto "estremamente complesso ed eterogeneo", sempre, peraltro, sottostando al costante pericolo di incorrere in un'interpretazione "di impronta eticizzante": cioè, "il pericolo che il giudizio – anche penale – sulla condotta del garante finisca con lo staccarsi dal singolo fatto di trasgressione, dal singolo episodio di <<mancato impedimento dell'evento>>, per giungere a

ottobre 2001, n. 40712, in *DeJure*. Di doveri genitoriali fondamentali, ma da un punto di vista civilistico, parla anche ANCeschi A., *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Milano, 2007, 19 ss., richiamando gli stessi dati normativi appena esposti.

⁵²⁶ In questo senso, letteralmente, FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 652; ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 133 ss..

⁵²⁷ I termini del dibattito, a cui si fa riferimento e di cui si esporrà ancora, sono puntualmente illustrati in LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 89 ss..

⁵²⁸ Così, per esempio, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 298 ss..

coinvolgere il comportamento del garante stesso nella sua globalità, alla luce di modelli irrazionali, soggettivizzati, incerti”⁵²⁹.

Il disaccordo si ripropone, con l’adduzione di analoghe motivazioni, anche nelle – seppure quantitativamente scarse – pronunce giurisprudenziali sul medesimo argomento: diverse, infatti, sono le decisioni con cui la Corte di Cassazione ha affermato ed escluso l’esistenza dell’obbligo giuridico dei genitori di proteggere la morale sessuale dei figli minori con riferimento ad ipotesi di mancato impedimento da parte dei primi, rispettivamente, di atti di violenza sessuale e di induzione alla prostituzione, ai danni dei secondi⁵³⁰. Nell’ambito del primo orientamento, si è scritto che “non v’è dubbio, infatti, che il genitore, in base al precetto generale contenuto nell’art. 147 c.c. (obbligo per entrambi i coniugi di mantenere, educare ed istruire la prole), sia stato costituito dall’ordinamento giuridico garante anche della integrità morale e della libertà sessuale dei figli. Deriva da tale norma per il genitore, un obbligo giuridico di impedire, quando gli sia possibile, qualsiasi evento che attenti a questi diritti personali della prole”⁵³¹; mentre si legge, nella decisione di indirizzo opposto, che “è di palese evidenza che il generico dovere di sorveglianza sui minori, attribuito a chi su loro esercita la patria potestà non è sufficiente per farne derivare una responsabilità penale a tenore di detto articolo (40 cpv. c.p.), poiché l’applicazione di un siffatto principio potrebbe condurre a conclusioni aberranti”⁵³².

⁵²⁹ Letteralmente, SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 235 ss.. Concordemente, FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 177 ss., riprendendo l’argomento appena citato con riferimento alla questione sull’esistenza o meno di un obbligo di protezione della morale sessuale e della libertà sessuale dei figli minori, – ritenendo, tra l’altro, queste ultime (erroneamente, secondo LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 90, nota 31) “beni sostanzialmente omogenei” – afferma che in questi casi la posizione di garanzia del genitore “inclinata facilmente ad assumere coloriture di stampo eticizzante”. ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale*, cit., 134, con riferimento a tale ultima affermazione, ribatte dicendo che “così facendo sembra quasi che il bene della libertà sessuale sia un bene <<minore>>, oppure un bene da discriminare, nella tutela, proprio per motivi legati alla sua peculiare natura”.

⁵³⁰ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 90, nota 32, reperisce dette decisioni nella maniera che segue. Nel primo senso: Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 1987, *Crescentino*, in *Cass. pen.*, 1989, 39 ss., e, più risalente, Cass. pen., Sez. I, 15 aprile 1940, *Di Vita e Santagati*, in *Giust. pen.*, 1940, IV, 472 ss., fondano l’obbligo di protezione dell’integrità morale e della libertà sessuale dei minori sulla base degli articoli 147 c.c. e 138 del vecchio Codice civile. Nel secondo senso: Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 1963, *Angeloro*, in *Riv. pen.*, 1963, II, 741 ss..

⁵³¹ Tale affermazione si ritrova in Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 1987, *Crescentino*, cit..

⁵³² Si esprime così Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 1963, *Angeloro*, cit., (corsivo nostro). In aperto contrasto con detta pronuncia si schiera GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 298 ss., il quale ritiene che la conclusione cui la Cassazione perviene non possa condividersi: secondo l’Autore, infatti, “il dovere dei genitori di educare i figli, pur nella sua genericità, ricomprende certamente anche l’obbligo di provvedere alla loro formazione con riguardo alla morale sessuale. Di conseguenza, il genitore è certamente titolare di una posizione di garanzia per l’impedimento di eventi lesivi della moralità sessuale”. FIANDACA G., *Il reato commissivo*, cit., 179 ss., pur temendo quel rischio di un’interpretazione “eticizzante” (che SGUBBI F., *Responsabilità penale*, cit., 235 ss., per primo, rileva e a cui si è fatto poco prima riferimento), riconosce che “la posizione rivestita dal genitore comporta compiti di tutela più estesi rispetto alla salvaguardia della vita e della integrità fisica in senso

In effetti, rileva Leoncini, un obbligo di protezione della “morale sessuale” dei figli minori non si può desumere con sicurezza dalla legge; cionondimeno, continua l’Autrice, potrebbe comunque ritenersi sussistente una posizione di garanzia dei primi per l’impedimento dei reati di cui si è detto, se solo si considerasse che i beni giuridici tutelati dalle relative fattispecie incriminatrici non attengono (soltanto) alla morale sessuale, quanto, piuttosto, ai diritti della personalità⁵³³. Invero, che l’oggettività giuridica dei reati in considerazione risieda nella “morale sessuale” è una visione che “non può essere in alcun modo condivisa”⁵³⁴ poiché superata sia, e prima di tutto, dalla Costituzione, sia dalla legge ordinaria, avendo, la prima, attribuito prioritaria tutela, a discapito dei beni superindividuali tra cui, appunto, la morale, al “valore della persona umana in tutti i suoi aspetti”, la seconda, con la legge 15 febbraio 1996, n. 66, riformato la disciplina codicistica dei delitti di violenza sessuale trasferendone la collocazione sistematica all’interno dei delitti contro la persona⁵³⁵.

Avanzando nell’indagine sul contenuto dell’obbligo di protezione del genitore, le indicazioni di Leoncini, che, per gli essenziali fini della presente trattazione, verranno seguite limitatamente alle considerazioni sulla categoria dei reati di violenza

stretto dei figli minori”. Fiandaca, inoltre, suppone che il “misconoscimento”, da parte della giurisprudenza, di alcuni contenuti della posizione di garanzia del genitore, possa essere dovuto alla ritenuta impossibilità, che spesso non emerge nel procedimento decisorio, di apprestare una tutela penale al caso concreto, mediante la fattispecie omissiva impropria. A riguardo, LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 90 ss., nota come la questione non venga risolta, se non formalmente, sulla base del dato positivo, ma, piuttosto sulla base di “diverse concezioni inerenti al contenuto e ai limiti dei compiti educativi dei genitori. E, cioè, in definitiva, della scelta di politica criminale prediletta dall’interprete, a conferma, una volta di più, dell’enorme incertezza che regna sulla concreta sfera applicativa dell’art. 40/2”.

⁵³³ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 91, spiega che tale considerazione rende di agevole comprensione il fatto che gli argomenti addotti da dottrina e giurisprudenza nell’ambito della discussione in esame – e, cioè, da un lato, il richiamo al potere-dovere di educazione, dall’altro, l’intangibilità, da parte del diritto penale, della sfera etica – si rivelano, al contempo, “riduttivi e sostanzialmente fuorvianti”. Infatti, la tesi positiva, che ritiene sussistente l’obbligo dei genitori di impedire i reati in questione, sulla base dei loro doveri educativi, sarebbe insufficiente poiché, pur essendo vero che nella funzione educativa rientra anche il potere di indirizzo dei comportamenti sessuali dei figli minori, tuttavia la legge non interviene nelle scelte sul tipo di educazione da impartire (come dimostrerebbe anche l’eliminazione del secondo comma dell’art. 147 c.c. avvenuta ad opera dell’art. 29 della legge 19 maggio 1975, n. 151). La tesi negativa, invece, postulando la libertà dei genitori con riferimento alla sfera dell’etica, finisce per assumere, paradossalmente, degli aspetti in comune con la posizione del legislatore fascista del ’30: “entrambe le impostazioni infatti, relegando i reati sessuali nella sfera dell’etica (intesa dalla prima come bene individuale, dalla seconda come bene collettivo) trascurano l’autentico e primario disvalore di tali fatti che si sostanzia nell’offesa alla persona”.

⁵³⁴ LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 92, nota 33, riporta come detta visione sia da lungo tempo contestata dalla dottrina che, a partire anche da prima della riforma del 1996, sottolineava “l’anacronismo del codice Rocco in materia di delitti sessuali”, sostenendo “l’inadeguatezza dell’oggettività giuridica di categoria della <<moralità pubblica>>” sotto il duplice profilo dell’inidoneità a ricomprendere al suo interno la libertà sessuale (poiché trattasi di un bene eterogeneo, di natura individuale e in quanto tale contrapposto all’altro, di natura collettiva) e dell’incompatibilità con la Costituzione della punibilità della “mera immoralità”.

⁵³⁵ Così osserva LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 93.

sessuale, suggeriscono di stabilire quale sia il bene offeso da questi ultimi. Preliminarmente, è opportuno distinguere il fatto tipico che si perfezioni ai danni di un soggetto minore, di età compresa tra i 14 e i 18 anni, da quello che coinvolge, come soggetto passivo, un minore infraquattordicenne. Con riferimento al primo caso, è possibile affermare con facilità che, stante la libertà che la legge riconosce all'ultraquattordicenne di disporre della propria sfera sessuale al pari di un soggetto maggiorenne, il bene giuridico tutelato dalle fattispecie di cui agli articoli 609 *bis* e ss. c.p. è quello della "libertà sessuale": il disvalore di condotta dell'autore, difatti, risiede nelle modalità di aggressione e non nel rapporto sessuale in sé. In questa situazione, dunque, la posizione di garanzia del genitore può ritenersi sussistente in quanto riconducibile all'obbligo, più ampio, di tutela della libertà del figlio in ogni sua possibile forma⁵³⁶. Relativamente alla seconda ipotesi, invece, l'illiceità risiede, a prescindere dalle modalità di aggressione, proprio nel rapporto sessuale in quanto tale poiché la legge penale, all'art. 609 *quater*, comma 1°, n. 1, c.p., postula una presunzione assoluta di violenza negli atti sessuali compiuti con un minore degli anni quattordici (salvo il caso di cui all'art. 609 *quater*, comma 5°, c.p.), nei confronti del quale non può discorrersi di "libertà sessuale", né tantomeno di "morale sessuale". Ad essere offeso qui, infatti, è il bene giuridico dell'"intangibilità sessuale", la cui tutela è prevista a "salvaguardia del normale e graduale processo di <<maturazione sessuale>> del minore, riconducibile al più ampio concetto di <<integrità psichica>>"⁵³⁷. In questa seconda ipotesi, a maggior ragione, sembra ragionevole doversi riconoscere l'esistenza dell'obbligo di protezione del genitore, essendo esso riconducibile nel più ampio e pacificamente ammesso obbligo di garanzia per la tutela della vita e dell'incolumità del figlio minore, "dovendosi intendere ricomprese in quest'ultima sia l'integrità fisica sia quella psicologica"⁵³⁸.

In definitiva, superando la visione che "riduttivamente" riconduce le offese della sfera sessuale all'ambito della morale, sarebbe possibile attribuire al genitore

⁵³⁶ Ritiene in questo modo LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 94. Concordemente, GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 298, ricomprende nel novero delle libertà oggetto di tutela delle posizioni di garanzia nascenti dallo <<stretto rapporto di vita>> o, comunque, dalle relazioni familiari, anche la libertà sessuale, ricordando come Cass. pen., Sez. I, 15 aprile 1940, *Di Vita e Santagati*, cit., desume un simile obbligo di protezione dal dovere-potere dei genitori di educare la prole.

⁵³⁷ In questo modo si esprime LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 94.

⁵³⁸ Così LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 94 ss., riferendosi sempre a quanto fermamente sostenuto da GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, cit., 298.

l'obbligo di impedimento dei reati di violenza sessuale ai danni dei figli minori sulla base di quella "funzione di protezione dei beni personali primari, di carattere pubblicistico" che la Costituzione e la normativa del diritto di famiglia esplicitamente gli ascrivono⁵³⁹.

Ad un risultato sostanzialmente analogo, nella misura in cui predica, in ogni caso, la punibilità del genitore che non impedisce la perpetrazione della violenza sessuale ai danni dei figli minori, sembra giungere, in ultima analisi, la costante⁵⁴⁰ giurisprudenza di legittimità, la quale, pur continuando a fare genericamente riferimento al bene della "moralità sessuale", riconosce pacificamente in capo al genitore l'obbligo di scongiurare, quando gli sia possibile, qualsiasi evento lesivo che attenti all'integrità psico-fisica dei figli minori, rinvenendone la fonte normativa, ancora una volta, nell'art. 147 c.c.. Ai sensi di quest'ultimo, infatti, dovrebbero intendersi in particolare inclusi, nel novero dei doveri-poteri gravanti sull'esercente la responsabilità genitoriale, gli obblighi di tutelare "la vita, l'incolumità e la *moralità sessuale* dei figli minori contro eventi naturali o altrui aggressioni"⁵⁴¹.

⁵³⁹ Cfr. LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 96. Concordemente, SERRAINO F., *La responsabilità penale del genitore per omesso impedimento della violenza sessuale in danno di figli minori*, in *Foro it.*, 2006, II, 264 ss., la quale, annotando la sentenza 11 novembre 2004 del Tribunale di Bologna, riferisce come, secondo quest'ultimo, "l'obbligo della madre di impedire il reato di violenza sessuale in danno delle figlie si fonda sulla sua posizione di genitore, che in quanto tale è garante del <<complesso dei beni afferenti l'integrità psico-fisica e morale dei figli>>, tra i quali deve ritenersi compreso anche il bene della libertà ed intangibilità sessuale del minore". Dunque, continua l'Autrice, "come si desume dalla lettura della sentenza, il dovere della madre di attivarsi per impedire reati del tipo di quello verificatosi in concreto deriverebbe dalla posizione di protezione, che la stessa assume nei confronti dei figli minori in base al precetto di cui agli art. 147 e 148 c.c., e non da una terza categoria di posizioni di garanzia, specificamente volte [...] all'impedimento delle azioni illecite di terzi". Ancora, "la posizione di protezione dei genitori nei confronti dei figli minori, sancita anche a livello costituzionale dall'art. 30 Cost., <<vincola all'impedimento di eventi lesivi direttamente cagionati sia da fatti naturali, sia dall'aggressione di un terzo>>" (nell'ultima affermazione Serraino fa riferimento a quanto sostenuto da FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale*, cit., 655).

⁵⁴⁰ Tale costanza, peraltro, non si registra, come già rilevato, con riferimento all'obbligo di impedimento dei reati di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione, ma solo dei reati di violenza sessuale *ex* articoli 609 *bis* ss..

⁵⁴¹ Letteralmente, Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, in *DeJure*, in cui si legge, più diffusamente, che "la giurisprudenza di questa Corte, in ordine alla portata della previsione dell'art. 40 c.p., comma 2, ha ormai accolto, in modo pressoché univoco, quella formalistica, in contrapposizione a quella sostanzialistica, individuando l'origine dell'obbligo in oggetto in fonti formali, quali la legge, sia essa penale o extrapenale. La fonte dell'obbligo giuridico incombente sulla ricorrente va ravvisato nell'art. 147 c.c., che, nell'ambito dei doveri che gravano sui genitori, prevede in particolare, l'obbligo di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei figli minori contro eventi naturali o altrui aggressioni ed – al successivo art. 330 – stabilisce che "il Giudice può pronunciare la decadenza dalla potestà quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri, con grave pregiudizio del figlio". Conformemente, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 1987, *Crescentino*, cit.; Cass. pen., Sez. III, 23 settembre 2015, n. 40663, in *DeJure*; Cass. pen., Sez. III, 8 luglio 2009, n. 36824, in *DeJure*, in cui si legge che "l'art. 30 Cost. e art. 147 c.c., costituiscono in capo a ciascun genitore una formale posizione di garanzia da cui discende il dovere di sorveglianza e di tutela compreso l'obbligo di preservare il minore da reati commessi ai suoi danni". D'altra parte, in Cass. pen., Sez. III, 19 luglio 2011, n. 34900, in *DeJure*, si afferma la non responsabilità della nonna per l'integrità psico-fisica dei nipoti.

3. La responsabilità del genitore per omesso impedimento della violenza sessuale in danno dei figli minori.

Si vuole ora vagliare la questione della configurabilità del concorso mediante omissione nel fatto illecito commissivo altrui con riferimento al caso specifico del genitore o, comunque, dell'esercente la responsabilità genitoriale, che non impedisce la perpetrazione del reato di violenza sessuale ai danni del figlio minore ovvero del minore sottoposto alle sue cure.

Sembra appropriato inaugurare l'indagine considerando prioritariamente l'orientamento giurisprudenziale riguardo all'opportunità di riconoscere la punibilità ai sensi degli articoli 40 cpv. e 110 c.p. del genitore che, gravato da una posizione di protezione dei beni fondamentali del figlio minore, seppure non ponga attivamente in essere, ai danni di quest'ultimo, le violenze di cui agli articoli 609 *bis* ss. c.p., comunque non intervenga, quand'anche abbia la possibilità, per mettervi fine.

Già ad una prima analisi può agevolmente apprezzarsi come la prevalente giurisprudenza di legittimità – con un orientamento che, come anche la Corte di Cassazione stessa ha più volte avuto modo di sottolineare, si rivela “assolutamente costante”⁵⁴² – si sia generalmente dichiarata propensa a risolvere la questione, senza difficoltà, in senso positivo, interpretando la condotta inerte del genitore, di fronte alla consapevolezza degli abusi subiti dal figlio minore, alla stregua di un contributo in forma omissiva all'altrui azione violenta⁵⁴³.

⁵⁴² In questo senso, in particolare, Cass. pen., Sez. III, 23 settembre 2015, n. 40663, cit.. Analogamente, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369, in *DeJure*.

⁵⁴³ Di tale orientamento costante della Cassazione si segnalano, per esempio, Cass. pen., Sez. III, 2 ottobre 2001, n. 40712, cit.; Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 1987, *Crescentino*, cit.; Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, cit.; Cass. pen., Sez. III, 23 settembre 2015, n. 40663, cit.; Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2010, n. 11243, cit.; Cass. pen., Sez. III, 23 maggio 2012, n. 39458, in *One Legale*. Conformemente anche Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369, cit., e Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 9126, in *DeJure*, in cui, rispettivamente, si dispone l'annullamento con rinvio alla Corte territoriale della sentenza di condanna del genitore a titolo di omesso impedimento dell'evento, per carenza della motivazione e l'imputata viene assolta per non aver commesso il fatto, ma nessun dubbio viene mosso dalla Cassazione circa la configurabilità della responsabilità concorsuale omissiva del garante che non abbia impedito la violenza sessuale posta in essere da altri in danno dei figli minori. Una posizione che nega la rilevanza penale dell'omesso impedimento della violenza sessuale si rintraccia nell'ambito di alcune pronunce, oltre che minoritarie, per nulla recenti, della giurisprudenza di merito, riportate da PALUMBIERI S. R., *Rassegna di giurisprudenza, edita ed inedita, in materia di reati sessuali*, in CADOPPI A. (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, 2001, 120 ss., cui si rinvia.

In particolare, la Corte Suprema ha con il tempo delineato i confini della responsabilità in esame, elaborando una serie di requisiti che quest'ultima deve necessariamente presentare.

Primariamente, fermo il pacifico riconoscimento, poco sopra segnalato, dell'esistenza in capo al genitore di una posizione di protezione dell'integrità psico-fisica del figlio minore, ricavabile dagli articoli 30 Cost. e 147 c.c., indispensabile per poter contestare al primo una responsabilità omissiva per i reati patiti dal secondo è l'accertamento – a dire il vero necessario per tutti i reati – dell'elemento psicologico⁵⁴⁴. La prima pronuncia ad aver espressamente e puntualmente enunciato le componenti che formano l'oggetto dell'elemento soggettivo è la sentenza, paradigmatica in questa materia, n. 4730, pronunciata dalla Sezione III nel 14 dicembre 2007, che ne propone una ricostruzione tripartita. Le condizioni che debbono imprescindibilmente essere soddisfatte – e di cui deve quindi darsi abbondante illustrazione in sede di motivazione della decisione – per la punibilità del soggetto che non si attivi per scongiurare la perpetrazione di violenze sessuali ai danni di minori, oltre alla qualità parentale, sono: la conoscenza o conoscibilità dell'evento da impedire; la conoscenza o riconoscibilità della propria posizione di garanzia e dell'azione doverosa che essa comporta; la possibilità oggettiva ed effettiva di attivarsi efficacemente per inibire la perfezione dell'evento dannoso⁵⁴⁵. È stato efficacemente postulato, dal Tribunale di Bologna pronunciatosi in primo grado di giudizio sul medesimo caso sottoposto alla sopracitata sentenza di legittimità, che

⁵⁴⁴ Nel caso *de quo*, l'unico elemento soggettivo rilevante è il dolo, in conformità con il principio generale di cui all'art. 42 c.p. e in considerazione del fatto che i delitti di cui agli articoli 609 *bis* ss. non sono espressamente incriminati anche nella forma colposa. In senso analogo, Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 9126, cit..

⁵⁴⁵ Detti requisiti si ritrovano puntualmente enunciati, oltre che in Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, cit., in numerose sentenze, tra cui Cass. pen., Sez. III, 23 settembre 2015, n. 40663, cit.; Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369, cit.; Cass. pen., Sez. III, 8 luglio 2009, n. 36824, cit., in cui si afferma che la condanna dell'imputata per omesso impedimento degli abusi sessuali perpetrati dal compagno convivente ai danni del figlio minore, non è dovuta ad "una sorta di responsabilità oggettiva e solo perché madre e, quindi, garante del figlio minore nei confronti del quale è stato commesso il reato sessuale", ma perché, nonostante fosse a conoscenza dell'esistenza di quanto accadeva nella casa familiare, "perché notiziata dai figli e per averla appresa direttamente", "è rimasta passiva e non ha preso a tutela di A alcuna iniziativa quale quella di allontanare l'imputato o il figlio dalla sua abitazione o di denunciare i fatti alla autorità". Si legge, ancora, che la responsabilità del genitore si spiega con il fatto che "l'imputata, pur avendo la piena consapevolezza degli abusi e la possibilità di mettere fine agli stessi è stata assolutamente inerte". In Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2010, n. 11243, cit., si sostiene che "una volta accertato che l'imputata era al corrente dei plurimi abusi commessi dal marito, era da lei esigibile, ai fini dell'esclusione della responsabilità, un intervento idoneo ad impedire l'evento. Quindi, l'assenza di reazione, non giustificabile per essere essa stessa vittima delle intemperanze del coniuge, rispetto alla posizione di garanzia non esclude la sua responsabilità integrata dall'omessa tenuta di un comportamento doveroso efficiente nella sicura consapevolezza che i devastanti abusi che la figlia subiva imponevano di esperire efficaci misure interdittive".

“l’oggetto della conoscenza il quale fonda il dovere di attivarsi concerne soltanto i fatti del passato, in quanto quelli di eguale natura che avessero a verificarsi in momenti successivi a quelli di cui l’imputata è venuta a sapere, si porranno semmai come il risultato della mancata adozione dei provvedimenti che l’adempimento dei doveri di cui sopra avrebbe invece richiesto. Sono solo i fatti accaduti in passato che fondano l’aspettativa che essi si ripeteranno”⁵⁴⁶.

Secondariamente, la Cassazione – in occasione di un ricorso per asserita erronea applicazione, da parte della Corte territoriale, degli articoli 110, 609 *bis* e 609 *octies* c.p., avanzato dal genitore condannato in secondo grado per il reato di violenza sessuale di gruppo aggravata e continuata, per avere costui assistito ai molteplici episodi di abuso sessuale posti in essere da terzi a lesione dell’integrità psico-fisica della figlia minore degli anni dodici – ha avuto modo di precisare la differenza che intercorre tra la responsabilità per concorso omissivo nel reato di cui all’art. 609 *bis* da quella *ex art.* 609 *octies* c.p.. A riguardo si è scritto che “il concorso di persone nel reato di violenza sessuale ai sensi dell’art. 609 *bis* c.p. può configurarsi solo nella forma del concorso morale con l’autore materiale della condotta criminosa *senza che il concorrente sia presente sul luogo del delitto*, dovendosi altrimenti configurare la fattispecie prevista dall’art. 609 *octies* c.p.”⁵⁴⁷. Dunque, “deve essere configurato il concorso del genitore nel reato di violenza sessuale commesso dal terzo in danno del figlio o della figlia, ai sensi dell’art. 609 *bis* c.p., allorché il genitore, pur essendo consapevole dell’abuso e non essendo presente sul luogo del fatto, abbia tenuto una condotta meramente passiva, diventando corresponsabile del reato ai sensi dell’art. 40 c.p., comma 2, per aver violato l’obbligo, derivante dai doveri inerenti alla potestà

⁵⁴⁶ Così in Trib. Bologna, 11 novembre 2004, in Foro it., 2006, II, 263 ss., con nota di Serraino F., cit., che prosegue in questo modo: “E non vale a far ritenere venuto meno l’obbligo di attivarsi per impedirli il rilievo difensivo secondo cui l’odierna imputata non era a conoscenza e comunque in presenza dei reiterati dinieghi delle figlie, non poteva sopporre il ripresentarsi delle condotte di abuso: oggetto della volizione nel caso di specie è il comportamento omissivo, sebbene dai fatti rivelati potesse semplicemente sorgere l’accettazione del rischio del loro ripresentarsi (dolo eventuale) e non anche l’evento scaturito dal mancato esercizio dei doveri incombenti sul genitore”.

⁵⁴⁷ Così si legge in Cass. pen., Sez. III, 9 giugno 2011, n. 26369, in *DeJure*, (corsivo nostro), in cui si procede spiegando che “la violenza sessuale di gruppo di cui all’art. 609 *octies* si qualifica quale fattispecie criminosa autonoma, caratterizzata dal concorso necessario di più persone alla commissione del reato, in numero di almeno due, nella quale il più grave trattamento sanzionatorio, è conseguenza del maggior disvalore attribuito ad una più odiosa violazione della libertà sessuale della vittima da parte o alla presenza contemporanea di più persone che concorrono nel sopraffarla”. Ancora, si afferma che tale reato “è configurabile anche quando non tutti i componenti del gruppo compiano atti di violenza sessuale, essendo sufficiente che la presenza del partecipante abbia fornito un contributo causale alla commissione del reato, dovendosi tenere conto della forza intimidatoria che la presenza del gruppo o in genere di più persone esercita sulla vittima dell’abuso sessuale”.

genitoriale, di impedire il fatto. Allorché il genitore, invece, presente sul luogo del fatto, abbia agevolato concretamente l'abuso sessuale da parte del correo, rafforzando l'intento criminoso dell'autore del reato e, soprattutto, indebolendo, con la sua connivente presenza, le capacità di resistenza del figlio o della figlia deve essere configurata la violenza sessuale di gruppo, anche se il genitore non partecipi alla commissione di atti sessuali"⁵⁴⁸.

In terzo luogo, la Corte Suprema ha più volte chiarito che cosa debba intendersi per quell'*intervento idoneo ad impedire l'evento* che il genitore deve obbligatoriamente porre in essere, soprattutto nei casi in cui il delitto venga consumato all'interno delle mura domestiche, magari da parte di un convivente, a partire dal momento della presa di consapevolezza delle violenze subite dal figlio minore, per adempiere correttamente alla posizione di protezione di cui è titolare ed evitare, così, la censura penale. Ci si riferisce, precisamente, a quanto può leggersi in diverse pronunce, in cui si afferma, in genere, un principio di tal tenore: "il genitore esercente la potestà sul figlio minore vittima di abusi sessuali [...], ha sì un obbligo di intervento, che gli deriva dall'essere titolare di una posizione di garanzia in ordine alla tutela della integrità psico-fisica del figlio, *ma ciò non significa che tale obbligo debba necessariamente esplicarsi attraverso una denuncia penale*. È sufficiente che l'intervento sia comunque *idoneo ad impedire l'evento*, il che può avvenire sia con la denuncia del coniuge, sia con altri interventi idonei"⁵⁴⁹. Il contenuto dell'obbligo di impedimento, dunque, deve interpretarsi alla stregua di un dovere di predisporre

⁵⁴⁸ Così, ancora, in Cass. pen., Sez. III, 9 giugno 2011, n. 26369, cit., riferendosi al caso di specie in cui si punivano per violenza sessuale di gruppo i genitori della minore, "che unitamente all'imputato con la macchina di questi la conducevano in un luogo appartato", perché la loro presenza consenziente nel luogo ed al momento dei fatti, ha – come si riporta nella sentenza di primo grado – "«<<ottenuto il duplice effetto di aggravare la sensazione di prostrazione psicologica di C. ed, al contempo, di ridurre le sue possibilità di sottrarsi agli abusi sessuali patiti>>". Concordemente, Cass. pen., Sez. III, 30 aprile 2015, n. 23272, in *One Legale*, in cui si definisce l'orientamento appena esposto un "costante *dictum*".

⁵⁴⁹ Il passo appena riportato è contenuto nella decisione di cui Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 9126, cit., (corsivo nostro) in cui la Suprema Corte annulla senza rinvio – dopo aver annullato con rinvio una prima sentenza di Appello, in Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369, cit. – la sentenza di secondo grado che condannava il genitore per concorso mediante omissione nella violenza sessuale perpetrata dal marito convivente ai danni della figlia minore, per non avere l'imputata commesso il fatto di reato. Infatti, sostiene la Cassazione, la sentenza impugnata è viziata da illogicità e contraddittorietà in quanto "da una parte era stato riconosciuto che la madre aveva mandato la figlia in un istituto, lontano dal luogo di residenza familiare, proprio per impedire gli abusi provenienti dal padre, allontanando la bambina da casa; dall'altro, la sentenza di merito aveva affermato che l'imputata non aveva adempiuto all'obbligo di impedire l'evento perché non aveva denunciato il marito, senza spiegare per quale ragione l'internamento della figlia in un istituto lontano da casa e dal padre non potesse concretare iniziative idonee a far ritenere soddisfatto l'obbligo di intervento e perché, invece, occorresse a tal fine la denuncia del marito". Di esigibilità di un intervento idoneo ad impedire l'evento si legge anche in Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2010, n. 11243, cit., nel passo già riportato; Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, cit..

un'“efficace misura interdittiva”⁵⁵⁰ consistente, da un lato, non semplicemente in “banali accorgimenti domestici”⁵⁵¹, dall'altro, non necessariamente in rimedi consistenti addirittura nella denuncia del coniuge, nel caso in cui costui sia l'autore materiale delle violenze. A quest'ultimo riguardo, invero, la Corte Suprema ha ritenuto “erronea” l'interpretazione delle sue decisioni e, in particolare, della n. 11243 del 2010⁵⁵², adottata dalla Corte d'Appello di Catanzaro in occasione della pronuncia⁵⁵³, poi impugnata in sede di legittimità, con cui quest'ultima motivava la condanna della madre non adeguatamente attivatasi in protezione della figlia minore abusata sessualmente dal padre, sulla base del fatto che ella avesse ommesso di denunciare il marito, autore delle violenze. Nell'esame del ricorso, la Cassazione chiarisce che con la summenzionata decisione 11243/2010 “non è stato affermato che l'obbligo di intervento impone in ogni caso alla madre di denunciare senz'altro il marito, bensì che le impone di effettuare un intervento comunque idoneo ad impedire l'evento, ivi compresa eventualmente anche la denuncia del coniuge, sempre però che non vi sia la possibilità di altri interventi idonei”⁵⁵⁴. Tra le misure adeguate, si è

⁵⁵⁰ Tale espressione si rinviene, tra le altre, in Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2010, n. 11243, cit..

⁵⁵¹ Di “banali accorgimenti domestici” parla Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, cit., nel motivare il rigetto di ricorso del genitore condannato in secondo grado per non aver impedito le violenze sessuali poste in essere dal marito nei confronti delle figlie minori, poiché l'imputata, la quale “proprio in ragione di una situazione professionale ed economica sicuramente privilegiata, avrebbe avuto ogni possibilità – quanto meno una volta venuta <<ufficialmente>> a conoscenza degli abusi – di evitare il ripetersi di tali gravissimi fatti”, essendo, di questi ultimi, incontestabilmente a conoscenza, “non si sarebbe dovuta accontentare [...] dei banali <<accorgimenti domestici>> posti in essere, non solo sperimentatisi del tutto inutili ed insufficienti, ma ancora più percepiti dalle figlie come frustranti, proprio in ragione della loro acclarata inutilità”, ma avrebbe, per contro, dovuto adottare “anche le misure più drastiche” in vista del raggiungimento dello scopo di tutelare l'incolumità psico-fisica delle figlie minori “contro altrui aggressioni, anche endofamiliari”. Le misure che la madre aveva disposto a partire dalla notizia pervenutale direttamente dalle figlie, vittime degli abusi, come si apprende da Trib. Bologna, 11 novembre 2004, in Foro it., 2006, II, 263 ss., con nota di Serraino F., cit., erano infatti consistite in “improvvisi rientri, continue sollecitazioni alle figlie con domande volte a conoscere se tutto fosse tranquillo, o se il padre le disturbasse di nuovo, telefonate di analoga natura fatte dal posto di lavoro, la stessa esenzione dai turni di notte” ed erano state ritenute, anche dal giudizio di primo grado, “condotte da ritenersi, rispetto ad una situazione di fatto in cui Z. A. (*id est*: il marito dell'imputata e padre delle vittime, autore degli abusi) non lavorava, restando in permanente ed indisturbato contatto con le figlie in un contesto nel quale a costoro ogni contatto con l'esterno veniva da lui sistematicamente boicottato e precluso, del tutto inefficaci”. Ancora, argomenta il Tribunale, “tali misure non solo non appaiono in astratto idonee ad interrompere quell'indisturbata promiscuità costituente il presupposto principale a che quegli abusi potessero essere impunemente perpetrati, ma non valsero alla bisogna neppure sul piano della concretezza storica. Indizi che quegli abusi continuavano a ripetersi (così facendo emergere il carattere fallimentare delle misure adottate) se ne manifestarono a iosa, ed essi furono, come si è visto, di portata e numero tali da non poter assolutamente tutti esser sfuggiti all'odierna imputata”.

⁵⁵² Si intende, cioè, Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2010, n. 11243, cit., la quale è massimata – e proprio tale massima, secondo Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369, cit., avrebbe generato l'errore di interpretazione – nel senso che “il genitore esercente la potestà sul figlio minore vittima di abusi sessuali commessi dal coniuge risponde del reato se, venuto a conoscenza di detti abusi, omette un intervento diretto a impedire l'evento. (Nella specie, relativa ad abusi sessuali commessi dal padre ai danni della figlia minore e personalmente constatati dalla madre, la Corte ha affermato che l'obbligo di intervento imponeva a quest'ultima di denunciare il marito)”.

⁵⁵³ Il riferimento è a C. App. Catanzaro, 3 marzo 2011.

⁵⁵⁴ Così, Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369, cit..

anche annoverato l'allontanamento dall'abitazione familiare in cui normalmente si consumano le violenze, del coniuge, di altro convivente, del terzo estraneo al nucleo familiare, autore materiale dei reati di cui agli articoli 609 *bis* e ss., ovvero, in definitiva, della vittima degli abusi⁵⁵⁵.

Ancora, le sentenze di legittimità 1369/2011 e 9126/2017 sono state molto diligenti nell'esigere la subordinazione della condanna del genitore, per concorso mediante omissione nella violenza sessuale posta in essere dal coniuge ai danni della figlia minore, ad una puntuale motivazione circa l'inidoneità della misura interdittiva che il primo aveva pur sempre posto in essere, verosimilmente confidando nella conseguente cessazione degli abusi: la Cassazione, cioè, impone l'obbligo di illustrare meticolosamente le ragioni per cui non possa ritenersi sufficiente, nel caso concreto, l'intervento della madre consistito nell'allontanamento della figlia dal luogo di residenza familiare e, al contempo, possa, invece, assumersi che ella avrebbe dovuto avvedersi dell'incapacità di detto trasferimento di evitare la reiterazione delle violenze ad opera del marito⁵⁵⁶. In particolare, il Supremo collegio si è premurato di precisare che “anche ammessa l'oggettiva inidoneità dell'intervento impeditivo adottato [...], resterebbe da dimostrare la consapevole adesione della donna agli abusi perpetrati dal marito, *poiché dalla ritenuta inidoneità dell'intervento non può automaticamente discendere il requisito della consapevole adesione al reato*. Allo stesso modo, dal fatto di non aver denunciato il marito non può inferirsi il dolo adesivo della donna alle condotte abusive dell'uomo, ben potendo tale omissione configurare una mera condotta colposa (*sub specie* di negligenza nella scelta di una misura inadeguata ad impedire l'evento), come tale non punibile in relazione al reato di violenza sessuale oggetto di contestazione”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ In questo senso, per esempio, Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, cit., in cui si legge che “tra i suddetti <<doverosi>> interventi rientrano anche i rimedi estremi, quali la denuncia dell'autore del reato ed il suo allontanamento dall'abitazione coniugale. La posizione di garanzia del genitore impone [...] a questi di porre in essere tutti gli interventi concretamente idonei a fare cessare l'attività delittuosa, posto che quell'obbligo di tutela del minore, che la legge affida al genitore, ha natura assolutamente prioritaria rispetto a qualsivoglia altra esigenza”.

⁵⁵⁶ Il riferimento è, ancora una volta, a Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369, cit., e Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 9126, cit., in cui per due volte la Corte Suprema denuncia la carenza di motivazione della sentenza di secondo grado che pretendeva dal genitore la denuncia del marito senza peraltro giustificare per quali ragioni non potesse ritenersi sufficientemente idoneo a far cessare gli abusi l'intervento consistito nell'allontanamento della bambina dall'abitazione familiare.

⁵⁵⁷ Così si legge in Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 9126, cit., (corsivo nostro). Nella sentenza della Corte d'Appello, infatti, si era ritenuta “completamente inidonea” la misura adottata dalla madre consistente nell'internamento della figlia minore in un istituto, in quanto “il padre avrebbe continuato ad approfittarsi della

Come si è avuto fin qui modo di apprezzare, dunque, la giurisprudenza di legittimità, nel caso del genitore inerte di fronte alle violenze sessuali subite dai figli minori per mano di un altro familiare o di un terzo, non avanza dubbi amletici circa la *configurabilità* di un concorso mediante omissione, invece mossi, come sopra illustrato, in sede di riflessione dottrinale.

La dottrina, invero, si divide nelle due contrapposte impostazioni dogmatiche, estensiva e restrittiva, che rispettivamente ampliano e limitano i confini della rilevanza penale dell'omissione impropria, postulando l'applicabilità della clausola di equivalenza, nel primo caso, a qualsiasi fattispecie di parte speciale posta in essere in forma plurisoggettiva e, nel secondo, ai soli reati causalmente puri.

Applicando dette formulazioni allo specifico caso oggetto di trattazione, ne deriverebbe che, in accordo con la tesi estensiva, potrebbe agevolmente ammettersi la perfetta configurabilità della responsabilità del genitore che non si attivi per evitare che l'incolumità o l'integrità in senso lato del figlio minore sottoposto alla sua posizione di protezione vengano offese dall'azione illecita di un terzo: infatti, detta impostazione dottrinale, traduce il concetto di "evento da impedire" in "qualsiasi reato" e ammette senza problemi la "combinabilità" delle clausole generali di cui agli articoli 40 cpv. e 110 c.p. tra loro e con una delle norme incriminatrici contenute negli articoli 609 *bis* ss..

Al contrario, invece, per giungere alla medesima conclusione seguendo i dettami della teoria restrittiva, bisognerebbe, da una parte, preliminarmente accertarsi se la clausola di equivalenza sia compatibile con il delitto di violenza sessuale, cioè se

minore non appena la stessa rientrava presso l'abitazione dei genitori (nei fine-settimana e nelle festività)". Da un episodio riportato dalla persona offesa, era emerso che "il padre era riuscito ad entrare nella stanza della figlia (nonostante fosse chiusa a chiave), e lei gli aveva intimato di andare via, picchiandolo e dicendogli che l'avrebbe detto alla mamma. La R. aveva sentito il litigio ed era intervenuta, ma la ragazza, alla richiesta di spiegazioni della madre, aveva risposto solo che il padre la <<stuzzicava>>". In relazione a ciò, la Corte territoriale aveva desunto che "la madre avrebbe dovuto presumere il ripetersi degli episodi di molestie quando la figlia era a casa, e quindi l'inidoneità della misura adottata. Sicché – continua la Corte territoriale –, non avendo la donna denunciato il marito, costei sarebbe venuta meno all'obbligo di impedire l'evento quale genitore della persona offesa, concorrendo con il marito nel reato ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.". La Cassazione, in risposta a tale *iter* argomentativo, ritiene, al contrario, che "la madre colloca la figlia in istituto proprio perché vuole impedire il ripetersi degli abusi da parte del marito. Da questo punto di vista la donna si fa parte attiva e cerca di ovviare alla situazione in modo diretto, in ossequio alla sua posizione di garanzia, manifestando in tal modo anche la sua volontà di impedire il reiterarsi del reato. Sotto questo profilo il suo intervento in casa, durante il litigio tra padre e figlia, lungi dal costituire prova della inadeguatezza del comportamento della madre, come paventato dalla Corte di merito, conferma semmai la sua consapevole ed assoluta non adesione all'evento criminoso, e la sua precisa volontà di intervenire a tutela della figlia". E ancora, si sottolinea che se anche si assumessero come corrette le considerazioni della Corte d'Appello, esse "nulla aggiungerebbero rispetto alla posizione di responsabilità della R., con particolare riguardo alla configurabilità del reato omissivo a lei contestato, sotto il profilo della necessaria sussistenza del dolo in capo alla prevenuta".

quest'ultimo sia o meno un reato di evento a condotta libera; dall'altra parte, stante l'asserita "interferenza" dei reciproci ambiti di applicazione delle norme richiamate che il combinato disposto degli articoli 40 cpv. e 110 c.p. inevitabilmente porrebbe in essere, occorrerebbe definire a titolo di quale delle suddette disposizioni, autonomamente considerate, possa fondarsi la punibilità del genitore.

Per quanto attiene alla classificazione del reato di cui all'art. 609 *bis*, il primo rilievo da avanzare, onde escludere la possibilità che si tratti di un reato causale puro, concerne la tipologia di condotta richiesta dal relativo elemento oggettivo: infatti, è pacifica in dottrina l'individuazione della fattispecie incriminatrice in esame come delitto a forma vincolata, potendo esso alternativamente perfezionarsi con la minaccia, la violenza, l'abuso di autorità, l'abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa o il trarre in inganno la persona offesa, per essersi il colpevole sostituito ad altra persona⁵⁵⁸. D'altra parte, è opportuno segnalare come nella costante applicazione giudiziale, inaugurata già in vigenza della disciplina precedente la riforma operata dalla legge n. 66 del 15 febbraio 1996, l'elemento della "violenza" sia stato "sostanzialmente cancellato dalla fattispecie", assistendosi al fenomeno c.d. di "spiritualizzazione" della *vis*⁵⁵⁹, secondo il quale, nel concetto di violenza, si intende ricomprendere qualsiasi atto compiuto in assenza del consenso del soggetto passivo⁵⁶⁰.

Il secondo rilievo inerisce la questione, che non trova una soluzione univoca in dottrina, se quello oggetto del presente studio costituisca un reato di evento o di mera condotta. Alcuni sostengono che un evento possa rinvenirsi nell'atto sessuale compiuto o subito - o, comunque, nella costrizione o induzione a compiere o subirne uno - in quanto esso rappresenterebbe un "accadimento spazialmente e

⁵⁵⁸ Ricostruiscono il reato di violenza sessuale come fattispecie a condotta vincolata, tra gli altri: DI NICOLA V., in BELTRANI S., *Codice penale*, Milano, 2017, *sub art. 609 bis*, 2197; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Padova, 2011, 382; MEREU V., *Violenza sessuale (609 bis, 609 ter)*, in COCCO G. - AMBROSETTI E. M. (a cura di), *I reati contro le persone*, Padova, 2010, 317.

⁵⁵⁹ Parla di "spiritualizzazione della nozione di violenza", VIZZARDI M., in DOLCINI E. - MARINUCCI G. diretto da DOLCINI E. - GATTA G. L., *Codice penale Commentato*, Milano, 2021, III, *sub art. 609 bis*, 1674.

⁵⁶⁰ Così, VIZZARDI M., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., *sub art. 609 bis*, 1674. Cfr. altresì MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 383, in cui si legge che "il legislatore, persistendo nel requisito della violenza ha costretto – sotto la vecchia e, ora, sotto la nuova normativa – l'interprete ad ulteriormente <<dematerializzare>> la *vis*, fino a renderla evanescente. Coll'apprezzabile fine di rendere punibili atti sessuali meritevoli di pena, ma privi di un'autentica violenza". Ancora, l'Autore rileva come la giurisprudenza abbia con il tempo "dilatato" la nozione di violenza, "polarizzandola più sul risultato della condotta (lo stato di coazione) che sulle modalità violente. [...] Fino a farla, talora, coincidere sostanzialmente col dissenso, passandosi così sul non compianto cadavere della *vis*".

temporalmente distinto rispetto alle condotte tipiche”⁵⁶¹; altri, invece, lo ritengono un reato di pura condotta⁵⁶².

Ora – pure assumendo, per assurdo, che la sopra esposta posizione interpretativa del diritto vivente circa il concetto di *vis*, espandendo notevolmente i confini della condotta tipica, consenta di considerare la fattispecie in esame, almeno con riferimento alla modalità di esecuzione mediante violenza, sostanzialmente un reato a forma libera – se si aderisce alla ricostruzione della violenza sessuale come un reato di evento, sarà possibile, in accordo con la teoria restrittiva, configurare la responsabilità del genitore che ometta di disporre le misure idonee all’impedimento degli abusi sessuali ai danni del figlio minore, sulla base dell’autonoma applicazione della clausola di equivalenza alla fattispecie di parte speciale in rilievo.

Non essendo questa soluzione attuabile, invece, laddove si adotti la posizione di chi annovera l’art. 609 *bis* tra i reati di mera condotta, per comprendere se il garante dell’integrità psico-fisica del minore possa considerarsi o meno punibile per omissione, sarà necessario indagare sulla presenza o assenza di consapevolezza del primo di concorrere, con la propria inerzia, all’azione illecita di altri. Laddove detta coscienza non sia presente, non prevedendo specificamente l’ordinamento una fattispecie di omissione propria per incriminare la condotta omissiva del genitore che non impedisca la perpetrazione di violenze sessuali ai danni dei figli, di detta omissione si dovrà negare la rilevanza penale⁵⁶³; dove, al contrario, un dolo di concorso, in capo al genitore garante, esista, si distinguerà il caso di accordo tra i compartecipi, nell’ambito del quale il contegno omissivo del primo potrà essere qualificato, *ex art.* 110 c.p., alla stregua di un contributo morale alla realizzazione del delitto ad opera dell’autore materiale, da quello di unilaterale consapevolezza di compartecipare al reato altrui, di cui, ancora una volta, dovrebbe, secondo la tesi meticolosamente elaborata da Risicato, negarsi la rilevanza ai sensi del diritto penale.

⁵⁶¹ In questo senso, VIZZARDI M., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., *Codice Penale*, cit., *sub art.* 609 *bis*, 1690. Configurano la violenza sessuale come reato di evento, altresì: DI NICOLA V., in BELTRANI S., *Codice penale*, cit., *sub art.* 609 *bis*, 2197 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 384, secondo il quale l’evento sarebbe duplice, “in quanto la condotta violenta deve essere causa dei due progressivi effetti: 1) dell’altrui stato psicologico di coazione [...]; 2) del compiere o del passivamente subire atti sessuali”.

⁵⁶² Di questa idea, per esempio, BERTOLINO M., in CRESPI A. - STELLA F. - ZUCCALA’ G. (diretto da), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, *sub art.* 609 *bis*, 1982.

⁵⁶³ Soluzione, questa, non diversa da quella cui si perverrebbe seguendo la teoria estensiva e l’orientamento giurisprudenziale. Anche questi ultimi, infatti, in ossequio ai principi generali della teoria del reato, nonché al dettato dell’art. 42 c.p., negherebbero la responsabilità penale dell’omittente in assenza dell’elemento soggettivo.

Ad essere precisi, conformemente a quanto si è avuto modo di apprezzare nel corso dello studio del Capo III, di cui al primo capitolo, ben si potrebbe configurare l'ipotesi di concorso in cui il dolo di partecipazione si collochi in capo ad uno solo dei compartecipi: la consapevolezza unilaterale, infatti, costituisce elemento soggettivo sufficiente all'integrazione della fattispecie di concorso, rilevando la coscienza del singolo di concorrere all'altrui attività illecita soltanto ai fini della relativa punibilità. In questo senso, il garante che sia unilateralmente al corrente di apportare, con il proprio contegno omissivo, un qualche contributo alla commissione di un delitto da parte di terzi, dovrebbe potersi considerare punibile, se non altro, a titolo di concorso morale⁵⁶⁴. Dunque, il genitore consapevole, che rimanga inerte di fronte alla perpetrazione, da parte di altri, di violenze sessuali in danno del figlio minore, sarebbe responsabile ai sensi dell'art. 110 c.p. anche se l'autore materiale degli abusi non sapesse di essere agevolato, nella propria attività criminosa, dal garante della vittima.

Si finisce così per ottenere, sulla base delle indicazioni, più o meno pedissequamente seguite, di due impostazioni dogmatiche astrattamente opposte, sostanzialmente il medesimo risultato, con riferimento al caso concreto in esame: cioè, la punibilità del genitore per omesso intervento in protezione dell'intangibilità sessuale del figlio minore. Com'è stato efficacemente rilevato da Leoncini, in effetti, il dibattito dottrinale fin qui riferito “non sembra destinato a trovare uno sbocco decisivo in una disamina esclusivamente formale del dato testuale degli artt. 40/2 e 110, stante l'innegabile vaghezza delle due previsioni e le conseguenti moltiplicate incertezze sulla possibile portata della loro combinazione”. A ben vedere, il dissidio si esprime, ancor prima che sul piano dell'esegesi del dettato positivo, su quello delle scelte di politica criminale – laddove a confliggere sono le due contrapposte esigenze, da un lato, del dovere solidale di fornire un'adeguata tutela ai soggetti che non possono autonomamente proteggere i propri beni giuridici e, dall'altro, del rispetto dei principi fondamentali del diritto penale (in particolare, la personalità della responsabilità penale, la tassatività e la legalità) – rispetto alle quali “le diverse ricostruzioni teoriche dell'istituto del concorso mediante omissione nel reato

⁵⁶⁴ In caso di dolo di concorso unilaterale, l'autore materiale del delitto non sarà punibile a titolo di concorso di persone nel reato ma ai sensi della relativa fattispecie monosoggettiva.

commissivo si presentano, allo stato attuale, più che altro come giustificazioni a posteriori”⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ Si esprime in questi termini LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi*, cit., 361, la quale riporta come “il principale reciproco rimprovero mosso agli avversari dai sostenitori dell’una e dell’altra tesi è proprio quello di fondare, nella sostanza, le proprie argomentazioni esclusivamente su una (arbitraria) scelta di politica criminale”.

CONCLUSIONE

La volontà ispiratrice dell'indagine appena condotta è stata, fin dal principio, quella di ricercare una risposta, che non sia soltanto avvevole, alla questione sull'ammissibilità della punibilità, a titolo di concorso mediante omissione nel reato commissivo altrui, del genitore che non impedisca la perpetrazione delle violenze sessuali ai danni del figlio minore; ammissibilità che intervenga, ancor prima che sul piano del dato positivo, su quello dei principi che inevitabilmente innervano ed animano tutto il sistema penale.

La difficoltà di pervenire ad una soluzione veramente appagante del quesito ora esposto, stante l'assenza di una disposizione incriminatrice esplicita in grado di sciogliere inequivocabilmente il dubbio in senso positivo, si è appalesata assieme alla duplice esigenza di trattare preliminarmente della generale configurabilità, nell'ordinamento italiano, della responsabilità per omesso impedimento dell'evento lesivo derivante dall'azione illecita altrui e di guardare, a tale fine, ai due autonomi istituti del concorso di persone nel reato e dell'omissione impropria, previsti dalla Parte generale del Codice penale, rispettivamente agli articoli 110 ss. e 40 cpv.. Le criticità che le summenzionate figure giuridiche presentano quando analizzate singolarmente, invero, tendono a riproporsi immancabilmente in occasione della combinazione che delle relative previsioni codicistiche normalmente si realizza allo scopo di rintracciare, in via interpretativa, un fondamento normativo della compartecipazione mediante omissione impropria.

In particolare, dall'approfondimento della normativa di cui al Capo III del Codice, è stato possibile rendersi edotti del conflitto tra principi costituzionali generato dalla vaga ed eccessivamente ampia formulazione dell'art. 110 c.p., il quale, adottando una tecnica di incriminazione c.d. unitaria, se, da una parte, ha alleggerito giurisprudenza e dottrina dall'impraticabile fardello di individuare la linea di demarcazione tra correttezza e complicità, dall'altra, ha prestato il fianco a rilievi critici che, a ragione, ne hanno denunciato le carenze di legalità e di determinatezza. Ad acuire la gravità di simili difetti, additati ad un sistema di tipicizzazione causale, ha contribuito il lungo ed acceso dibattito, portato avanti da dottrina e giurisprudenza, sulla nozione di

causalità da adottare per l'individuazione delle condotte concorsuali atipiche rilevanti, essendo le varie formulazioni avanzate a riguardo capaci di determinare esiti assai diversi e più o meno confliggenti tra loro e con i principi generali del diritto penale (tra cui, oltre ai due appena ricordati, anche quello di tassatività, di personalità della responsabilità e di frammentarietà del diritto penale). Pur dovendosi probabilmente condividere la posizione di chi, in dottrina, ha sostenuto la verosimile irrealizzabilità di un modello di incriminazione del concorso che sia, al contempo, veramente efficace e costituzionalmente legittimo, tuttavia non si è inteso, in questa sede, convalidare la mancanza di determinatezza e tassatività dell'art. 110 c.p., volendosi, al contrario, sottolineare come esso sia stato posto, nel tempo, al centro di diverse proposte *de lege ferenda*.

D'altro canto, il raffronto della disciplina codicistica dell'omissione impropria con il dettato costituzionale ha permesso di comprendere fino in fondo le ragioni sottese, rispettivamente, all'essenziale funzionalità che un simile istituto si propone di espletare, all'interno di uno Stato che aspiri alla perfezione delle finalità solidaristiche programmaticamente previste dalla propria Legge fondamentale, ed alla necessaria eccezionalità che deve, per ragioni di coerenza sistematica con le istanze garantistiche del medesimo rango, immancabilmente caratterizzare l'incriminazione penale dell'omesso impedimento di un evento da parte di chi abbia l'obbligo giuridico di impedirlo. A quest'ultimo proposito, è stato illuminante prendere nota delle considerazioni dottrinali intorno ai requisiti che tale obbligo deve inevitabilmente presentare, avendo queste costituito l'occasione per analizzare, primariamente, il concetto di posizione di garanzia e, conseguentemente, le categorie in cui quest'ultima può strutturarsi, con particolare interesse della presente trattazione per la posizione di protezione originaria spettante al genitore. Acquisire, poi, consapevolezza di come la posizione di garanzia svolga, con riferimento alla fattispecie omissiva impropria, il medesimo ruolo di individuazione delle condotte rilevanti appagato, nel contesto del concorso di persone nel reato, dal concetto di causalità, si è dimostrato di fondamentale rilievo ai fini della comprensione del prosieguo dell'indagine.

Le informazioni così raccolte, invero, hanno consentito alla ricerca di cimentarsi nella ricostruzione del dibattito dogmatico sul concorso mediante omissione nel reato

commissivo altrui, il quale ha assistito allo schieramento in campo di due principali teorie, pronunciatesi tendenzialmente in senso opposto circa la portata e l'ammissibilità da riconoscersi al suddetto istituto. Da una parte, una prima, più moderata, formulazione della minoritaria impostazione restrittiva, portatrice dell'istanza garantista di preventiva determinazione dei contributi omissivi penalmente rilevanti, ha avanzato la pretesa di mantenere inalterato, nelle situazioni di plurisoggettività eventuale, l'ambito di operatività cui la clausola di equivalenza obbedisce in relazione alle fattispecie monosoggettive; ciò al fine di arginare il potenzialmente sconfinato effetto di incriminazione, scaturente dall'abbinamento delle clausole generali di cui agli articoli 110 e 40 cpv. c.p. con la singola norma di parte speciale in rilievo, alle sole forme di compartecipazione nei reati di evento a condotta libera. La tesi in esame, poi, è stata distesa al massimo delle sue capacità restrittive dalla formulazione riferibile ad autorevole, sebbene minoritaria, Dottrina, che, affermando, dapprima, l'assoluta eccezionalità di cui la punibilità dell'omesso impedimento di un evento lesivo scaturito dall'azione illecita di terzi deve necessariamente connotarsi, finisce per proporre un'interpretazione sostanzialmente abrogatrice dell'istituto in considerazione, negando la "combinabilità" delle clausole generali di cui sopra e affermandone, al contrario, la perfetta sufficienza a fondare autonomamente la responsabilità dell'omittente la cui inerzia contribuisca alla causazione od agevolazione di un fatto illecito materialmente posto in essere da altri. Dall'altra parte, la tesi tradizionale, acclamata dalla dottrina maggioritaria, risolve la faccenda asserendo la generale configurabilità del concorso omissivo in qualsiasi fattispecie commissiva, sulla base del summenzionato combinato disposto, ed individuandone, conseguentemente, i requisiti strutturali nella causalità del contributo rispetto alla perfezione del reato e nella presenza di un obbligo di garanzia in capo al soggetto rimasto inattivo. La c.d. teoria estensiva, cioè, adotta un'esegesi elastica dell'art. 40 cpv. c.p., tracciandone i confini di applicabilità in modo diverso a seconda che esso si riferisca ad una situazione di monosoggettività o di plurisoggettività, e ne accoglie, nel secondo caso, una lettura che prescinde dalla traduzione del concetto di "evento da impedire" in senso naturalistico, preferendo intenderlo alla stregua di "qualsiasi reato commesso dal terzo".

Alla luce delle argomentazioni appena riportate, l'indagine ha inteso proseguire col vaglio della questione principale sulla configurabilità del concorso mediante omissione, nel caso specifico del genitore che non impedisce la perpetrazione del reato di violenza sessuale ai danni del figlio minore. Necessitato punto di avvio è stata una breve ricognizione attorno al contenuto della posizione di protezione in capo all'esercente la responsabilità genitoriale, il cui fondamento normativo viene agevolmente rinvenuto agli articoli 147 e 148 c.c. e, prima ancora, all'art. 30 Cost.; dalla forza applicativa di queste disposizioni, dottrina e giurisprudenza pacificamente ricavano anche l'obbligo del genitore di proteggere la libertà, nonché l'intangibilità, sessuale e psico-fisica dei figli minori. Successivamente, si è guardato alla posizione della Corte depositaria della funzione nomofilattica dell'ordinamento, allo scopo di ottenere un affaccio sullo stato del diritto vivente in materia: ad emergere, in questo contesto, è stato l'orientamento costante con cui la Cassazione si è generalmente dichiarata favorevole all'interpretazione della condotta inerte del genitore, di fronte alla consapevolezza degli abusi subiti dal figlio minore, alla stregua di un contributo in forma omissiva all'altrui azione violenta. A questo riguardo, preziose si sono rivelate le indicazioni contenute nelle decisioni analizzate, grazie alle quali è stato possibile ricostruire alcuni dei requisiti che la responsabilità in esame deve necessariamente presentare nel caso concreto, tra cui le componenti essenziali dell'elemento soggettivo e la nozione di idoneità dell'intervento impeditivo richiesto al genitore in ossequio alla sua veste di garante.

Applicando la discussione dogmatica sopra esposta all'ipotesi oggetto di approfondimento, infine, si è assunto che la punibilità del genitore per l'omessa attivazione in protezione del figlio vittima di abusi sessuali, possa in ogni caso ritenersi configurabile, in osservazione di entrambe le apparentemente contrapposte impostazioni dottrinali. In particolare, ciò si potrà affermare, senza difficoltà, quando si aderisca alle asserzioni della teoria estensiva; attraverso un percorso argomentativo più complesso e leggermente deviante rispetto alla formulazione originaria, se si faccia applicazione delle indicazioni della teoria restrittiva.

Ciò che è emerso tra le righe del presente elaborato, in conclusione, è che la discussione finora riportata altro non riproduce se non ciò che è stato saggiamente definito un conflitto tra "giustificazioni a posteriori": la soluzione del quesito posto

in apertura della ricerca, infatti, può essere risolto non tanto sul piano dell'interpretazione del diritto positivo, quanto piuttosto su quello delle scelte di politica criminale sottese alla necessità di contemperare le contrapposte esigenze, da un lato, del dovere solidale di fornire un'adeguata tutela ai soggetti che non possono autonomamente proteggere i propri beni giuridici in modo adeguato e, dall'altro, dell'osservazione dei principi costituzionali imperanti in tema di diritto penale.

BIBLIOGRAFIA

ALAGNA R., *Dialogo Breve sulla Tipicità Penale*, in AMBROSETTI E. M., *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017.

ALAGNA R., *Omissione propria e impropria*, in COCCO G. - AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Il reato*, Milano, 2019.

ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984.

ALBEGGIANI F., *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Indice pen.*, 1977, 403 ss..

Allegato alla Relazione del 15 luglio 1999, Commissione Grosso per la riforma del Codice penale (1° ottobre 1998), sottocommissione: SEMINARA (estensore) - Canzio - Randazzo - Turone, *La disciplina del concorso di persone nel reato. I reati associativi*, in www.giustizia.it/giustizia/it.

ALTAVILLA E., *Teoria soggettiva del reato: ricostruzione dogmatico-positivista del Codice penale*, Napoli, 1933.

ANCESCHI A., *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Milano, 2007.

ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in DOLCINI E. - PALIERO E. C. (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Milano, 2006.

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, 1960.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003.

ARGIRÒ F., *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, 2012.

Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, 1929, Vol. 4, Parte 1.

Atti della commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice penale, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, 1929, Vol. 4, Parte 2.

BATTAGLINI G., *Diritto penale, teorie generali*, Bologna, 1937.

BERTOLINO M., in CRESPI A. - STELLA F. - ZUCCALA' G. (diretto da), *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2003, sub art. 609 bis.

BETTIOL G. - PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale: parte generale*, Padova, 1986.

BETTIOL G., *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1966.

BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1339 ss..

BLAIOTTA R., *Causalità giuridica*, Torino, 2010.

BONINI G., *L'omissione nel reato*, Milano, 1947.

BONUCCI A., *L'omissione nel sistema giuridico*, Perugia, 1911.

BRICOLA F., in BRANCA G. (a cura di), *Rapporti civili, Art. 24-26*, Bologna, 1981.

CADOPPI A., *Il reato omissivo*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001.

CARRARA F., *Grado nella forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, Prato, 1878.

COCCO G., *La fattispecie plurisoggettiva eventuale*, in COCCO G. - AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Il reato*, Milano, 2019.

COCCO G., *Principio di legalità. Introduzione*, in COCCO G. - AMBROSETTI E. M. (a cura di), *La Legge Penale*, Milano, 2019.

CRESPI A., *Omessa applicazione di trattamento sanitario e responsabilità per l'evento dannoso*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, 793 ss..

CRIVELLARI, *Il Codice penale per il Regno d'Italia*, Torino, 1892, IV.

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

DE MAGLIE C., *Teoria e prassi dei rapporti tra reati associativi e concorso di persone nei reati-fine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 924 ss..

DE VERO G., *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in A.A. V.V., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, 1995.

DE VERO G., *Tutela penale dell'ordine pubblico: itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988.

DELL'ANDRO R., *La Fattispecie Plurisoggettiva in Diritto Penale*, Milano, 1956.

DELOGU T., *La partecipazione negativa al reato secondo il nuovo codice penale*, in *Annali di dir. proc. pen.*, 1935, 279 ss..

DI MARTINO A., *Concorso di persone*, in PALAZZO F. - PALIERO C.E. (diretto da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, vol. II, Torino, 2011.

DI NICOLA V., in BELTRANI S., *Codice penale*, Milano, 2017, *sub art. 609 bis*.

DONINI M., *Il concorso esterno alla vita dell'associazione e il principio di tipicità penale*, in AMBROSETTI E. M., *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017.

DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 233 ss..

DONINI M., *Teoria del reato: una introduzione*, Padova, 1966.

FERRI E., *Principii di diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione, giurisprudenza in ordine al Codice penale vigente, Progetto 1921 - Progetto 1927*, Torino, 1928.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*, Torino, 2019.

FIANDACA G. - MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1, 23 ss..

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

- FLORA G., *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 1187 ss..
- FLORIAN E., *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1910.
- GALIANI T., *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980.
- GALLO E. - MUSCO E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984.
- GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato: appunti di diritto penale*, Torino, 1963.
- GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.
- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I - La fattispecie*, Padova, 1993.
- GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto Penale e Processo*, 1999, n. 5, 620 ss..
- GRASSO G., *Disciplina normativa della compartecipazione criminosa e principio di tassatività della fattispecie*, in STILE A. M. (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano, 1990, *sub art.* 110.
- GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano, 1990, *sub art.* 112.
- GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano, 1990, *sub art.* 114.
- GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano, 1990, *sub art.* 118.
- GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano, 1990, *sub art.* 119.

GRASSO G., in ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, II, Milano, 1990, sub pre-art. 110.

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Padova, 1945.

GRISPIGNI F., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, I, 16 ss..

GUARNIERI G., *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937.

HELFER M., *Il concorso di più persone nel reato, problemi aperti del sistema unitario italiano*, Torino, 2013.

INSOLERA G., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II, Torino, 1988.

LATAGLIATA A. F., voce *Concorso di persone nel reato, c) diritto penale*, in *Enc. Dir. (dir. pen.)*, VIII, Milano, 1961.

LATAGLIATA A. R., *I principi di concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

MANTOVANI F., *Diritto Penale*, Milano, 2020.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. I, Delitti contro la persona*, Padova, 2011.

MANTOVANI F., *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo Codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 313 ss..

MARINUCCI G. - DOLCINI E. - GATTA G. L., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2021.

MASSARI E., *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Napoli, 1934.

MEREU V., *Violenza sessuale (609 bis, 609 ter)*, in COCCO G. - AMBROSETTI E. M. (a cura di), *I reati contro le persone*, Padova, 2010.

- MONACO L., *La riforma dell'art. 110 del Codice penale italiano*, in VASSALLI G. (a cura di), *Problemi generali di diritto penale*, Milano, 1982.
- MONTAGNI A., *La responsabilità penale per omissione. Il nesso causale (Fenomenologia causale nella responsabilità penale per omissione)*, Padova, 2002.
- NUVOLONE P., *Pluralità di delitti e pluralità di delinquenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 1085 ss..
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2019.
- PAGLIARO A., *Il reato*, in GROSSO C. F. - PADOVANI T. - PAGLIARO A. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2007.
- PAGLIARO A., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003.
- PALAZZO F. C., *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974.
- PALAZZO F., *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema <<delicati>>*, in *Studium iuris*, 1996, 1108 ss..
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2021.
- PALUMBIERI S. R., *Rassegna di giurisprudenza, edita ed inedita, in materia di reati sessuali*, in CADOPPI A. (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della legge n. 66/96. Profili giuridici e criminologici*, Padova, 2001.
- PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.
- PELISSERO M., *Condotta ed evento*, in AA. VV., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017.
- PISTORELLI L., in CRESPI A. - FORTI G. - ZUCALÀ G. (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2014, *sub art. 110*.
- PONZ DE LEON G., *La causalità dell'omissione nel sistema penale (contributo all'interpretazione del cpv. dell'art. 40 c.p.)*, Milano, 1964.

PULITANÒ D., *Diritto Penale*, Torino, 2021.

Relazione 15 luglio 1999, Commissione Grosso per la riforma del Codice penale, 1° ottobre 1998, in *www.giustizia.it*.

Relazione al Progetto preliminare di riforma del Codice penale, Commissione Grosso, 12 settembre 2000, in *www.giustizia.it*.

Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco sul Libro I del Progetto, in *Lavori preparatori del Codice penale e del Codice di procedura penale*, Roma, 1929, Vol. 5, Parte I.

Relazione della commissione presieduta da PAGLIARO A., al progetto di riforma del Codice penale del 1988, in *Documenti giustizia*, 1992, n. 3, 305 ss..

RINALDI F., *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1, 195 ss..

RINALDINI F., in DOLCINI E. - MARINUCCI G. diretto da DOLCINI E. - GATTA G. L., *Codice Penale Commentato*, I, Milano, 2021, *sub art.* 110.

RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001.

RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve al Codice penale*, Milano, 2017, *sub art.* 110.

RISICATO L., in FORTI G. - ZUCCALA' G. - SEMINARA S., *Commentario breve al Codice penale*, Milano, 2017, *sub nota* introduttiva al Capo III, Titolo IV, Libro I.

RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1267 ss..

ROMANO B., *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2004.

ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice penale*, I, Milano, 1995, *sub art.* 40.

ROSSI P., *Trattato di diritto penale tradotto dal francese, con alcuni cenni della sua vita*, in *Biblioteca scelta del foro criminale italiano*, Milano, 1852.

SAMMARCO G., *Le condotte di partecipazione al reato*, Napoli, 1979.

- SEMINARA S., *Tecniche Normative e Concorso di Persone nel Reato*, Milano, 1987.
- SERENI A., *Verso una nuova disciplina del concorso di persone nel reato*, in STILE A. M (a cura di), *La riforma della parte generale del Codice penale, la posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003.
- SERRAINO F., *La responsabilità penale del genitore per omesso impedimento della violenza sessuale in danno di figli minori*, in *Foro it.*, 2006, II, 264 ss..
- SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
- SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957.
- STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 4, 1217 ss..
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000.
- VANNINI O., *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916.
- VASSALLI G., *Sul concorso di persone nel reato*, in STILE A. M (a cura di), *La riforma della parte generale del Codice penale, la posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003.
- VASSALLI G., voce *Tipicità (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992.
- VIOLANTE L., voce *Istigazione (in generale)*, in *Enc. Dir. (dir. pen.)*, XXII, Milano, 1972.
- VITARELLI T., *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1, 179 ss..
- VIZZARDI M., in DOLCINI E. - MARINUCCI G., diretto da DOLCINI E. - GATTA G. L., *Codice Penale Commentato*, III, Milano, 2021, *sub art. 609 bis*.
- ZANOTTI M., *Il reato omissivo*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001.
- ZEPPIERI L., *L'omissione causale*, Roma, 1937.

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione

Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 1932, *Cuccuru e altri*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, II, 765 ss..

Cass. pen., Sez. I, 15 aprile 1940, *Di Vita e Santagati*, in *Giust. pen.*, 1940, IV, 472 ss..

Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 1954, *Botto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1954, 793 ss..

Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 1963, *Angeloro*, in *Riv. pen.*, 1963, II, 741 ss..

Cass. pen., Sez. I, 7 marzo 1978, n. 9106, in *Riv. pen.*, 1978, 907.

Cass. pen., Sez. VI, 2 marzo 1981, *Ferrero*, *Cass. pen.*, 1982, 925.

Cass. pen., Sez. III, 22 luglio 1981, n. 7322, in *Riv. pen.*, 1982, 186.

Cass. pen., Sez. II, 7 novembre 1981, n. 9937, in *Riv. pen.*, 1982, 525.

Cass. pen., Sez. Un., 28 novembre 1981, *Emiliani e altri*, in *Cass. pen.*, 1982, 3, 432.

Cass. pen., Sez. I, 2 marzo 1982, *Cappello*, in *Giust. pen.*, 1983, II, 92.

Cass. pen., Sez. I, 23 aprile 1982, n. 4241, in *Riv. pen.*, 1983, 102.

Cass. pen., Sez. V, 2 luglio 1982, n. 10800, in *Riv. pen.*, 1983, 714.

Cass. pen., Sez. I, 14 luglio 1982, n. 6981, in *Riv. pen.*, 1983, 422.

Cass. pen., Sez. V, 15 novembre 1982, n. 10800, in *Riv. pen.*, 1983, 714.

Cass. pen., Sez. V, 19 novembre 1982, *Codetta*, in *Giust. pen.*, 1983, II, 489.

Cass. pen., Sez. IV, 13 dicembre 1982, *Tafi*, in *Cass. pen.*, 1984, 556.

Cass. pen., Sez. II, 16 dicembre 1982, *Greco*, in *Cass. pen.*, 1984, 1434.

Cass. pen., Sez. II, 11 marzo 1983, *Lonero*, in *Cass. pen.*, 1984, 2189.

Cass. pen., Sez. V, 17 marzo 1983, n. 4415, in *Riv. pen.*, 1984, 162.

Cass. pen., Sez. V, 12 aprile 1983, n. 4418, in *Riv. pen.*, 1984, 162 ss..

Cass. pen., Sez. V, 20 aprile 1983, *Farina*, in *Riv. pen.*, 1983, 920.

Cass. pen., Sez. III, 4 ottobre 1983, n. 7845, in *Riv. pen.*, 1984, 301.

Cass. pen., Sez. I, 25 ottobre 1983, *Arancio*, in *Giust. pen.*, 1984, II, 652.

Cass. pen., Sez. I, 16 aprile 1984, *Amendola*, in *Cass. pen.*, 1985, 2219.

Cass. pen., Sez. II, 28 aprile 1984, n. 3763, in *Riv. pen.*, 1984, 1077.

Cass. pen., Sez. I, 18 maggio 1984, n. 4597, in *Riv. pen.*, 1985, 68.

Cass. pen., Sez. I, 20 ottobre 1984, *Adinolfi*, in *Cass. pen.*, 1985, 12, 2223.

Cass. pen., Sez. II, 11 febbraio 1985, *Vio*, in *Giust. pen.*, 1986, II, 88.

Cass. pen., Sez. I, 1° marzo 1985, n. 2077, in *Riv. pen.*, 1985, 1119.

Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 1985, n. 2732, in *Riv. pen.*, 1985, 1119.

Cass. pen., Sez. I, 7 maggio 1985, n. 4194, in *Riv. pen.*, 1986, 312.

Cass. pen., Sez. V, 9 maggio 1986, *Giorgini*, in *Giust. pen.*, 1987, 217 ss..

Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 1986, n. 5437, in *Riv. pen.*, 1987, 355.

Cass. pen., Sez. I, 26 giugno 1986, 6229, in *Riv. pen.*, 1987, 356.

Cass. pen., Sez. I, 23 ottobre 1986, n. 11594, in *Riv. pen.*, 1987, 680.

Cass. pen., Sez. I, 4 luglio 1987, n. 8084, in *Riv. pen.*, 1988, 395.

Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 1987, *Crescentino*, in *Cass. pen.*, 1989, 39 ss..

Cass. pen., Sez. I, 27 ottobre 1987, n. 13063, in *Riv. pen.*, 1988, 463.

Cass. pen., Sez. II, 10 marzo 1989, n. 10693, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. VI, 1° giugno 1989, *Caveduri*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 214.

Cass. pen., Sez. I, 16 novembre 1989, *Febbi*, in *Giust. pen.*, 1991, II, 97.

Cass. pen., Sez. VI, 10 dicembre 1989, n. 5449, in *Riv. pen.*, 1991, 197.

Cass. pen., Sez. I, 22 febbraio 1990, n. 2493, in *Riv. pen.*, 1990, 942.

Cass. pen., Sez. VI, 9 gennaio 1990, *Cucumazzo ed altro altro*, in *Riv. pen.*, 1991, 399.

Cass. pen., Sez. VI, 26 settembre 1990, n. 3450, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 1991, n. 3003, in *Riv. Pen.*, 1992, 76.

Cass. pen., Sez. II, 5 aprile 1991, *Cappai*, in *Riv. Pen.*, 1992, 187.

Cass. pen., Sez. I, 12 giugno 1991, *Campailla*, in *Riv. Pen.*, 1992, 401.

Cass. pen., Sez. I, 12 luglio 1991, n. 7513, in *Riv. Pen.*, 1992, 498.

Cass. pen., Sez. IV, 14 settembre 1991, n. 9590, in *Riv. pen.*, 1992, 367 ss..

Cass. pen., Sez. VI, 20 settembre 1991, n. 9818, in *Riv. Pen.*, 1992, 683.

Cass. pen., Sez. I, 7 febbraio 1992, n. 1172, in *Riv. Pen.*, 1992, 1085.

Cass. pen., Sez. II, 16 marzo 1992, n. 2811, in *Riv. pen.*, 1992, 564 ss..

Cass. pen., Sez. I, 17 dicembre 1993, n. 2897, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. VI, 27 febbraio 1995, *Gherrino*, in *Cass. pen.*, 1997, 56.

Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 1995, *Tubito*, in *Cass. pen.*, 1996, 2183.

Cass. pen., Sez. I, 14 dicembre 1995, *Giacalone*, in *Cass. pen.*, 1996, 3641.

Cass. pen., Sez. III, 7 febbraio 1996, n. 4422, in *Foroplus*.

Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre 1996, n. 9542, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. IV, 4 dicembre 1996, *Famiano*, in *Cass. pen.*, 1998, 664.

Cass. pen., Sez. I, 2 ottobre 1997, n. 1365, in *Cass. pen.*, 2000, 47.

Cass. pen., Sez. I, 13 gennaio 1998, *Siclari*, in *Giust. pen.*, 1999, II, 181.

Cass. pen., Sez. I, 28 gennaio 1998, n. 6489, in *Cass. pen.*, 1999, 1443.

Cass. pen., Sez. III, 5 marzo 1998, n. 6152, in *Foroplus*.

Cass. pen., Sez. I, 17 febbraio 1999, n. 8763, in *Cass. pen.*, 2000, 6, 1588.

Cass. pen., Sez. IV, 14 luglio 2000, n. 8250, in *Riv. pen.*, 2000, 1155.

Cass. pen., Sez. I, 11 ottobre 2000, n. 12089, in *Cass. pen.*, 2003, 1531.

Cass. pen., Sez. V, 25 settembre 2001, *Perfetto*, in *Cass. pen.*, 2002, 10, 3091.

Cass. pen., Sez. III, 2 ottobre 2001, n. 40712, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. V, 17 ottobre 2001, n. 45208, in *Riv. pen.*, 2002, 1, 216 ss..

Cass. pen., Sez. II, 3 aprile 2002, n. 293, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2002, n. 39680, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. VI, 21 marzo 2003, n. 25705, in *Cass. pen.*, 2004, 3221.

Cass. pen., Sez. un., 30 ottobre 2003, n. 20, in *Cass. pen.*, 2004, 811.

Cass. pen., Sez. III, 6 maggio 2004, n. 35118, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. I, 22 febbraio 2005, n. 9386, in *Cass. pen.*, 2006, 12, 4066.

Cass. pen., Sez. I, 2 maggio 2006, n. 15023, in *Riv. pen.*, 2007, 3, 323.

Cass. pen., Sez. I, 8 novembre 2007, n. 4060, in *Cass. pen.* 2008, 4040 ss..

Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, n. 4730, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2008, n. 5631, in *Cass. pen.*, 2008, 4179.

Cass. pen., Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. I, 18 febbraio 2009, n. 10730, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. III, 8 luglio 2009, n. 36824, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2010, n. 11243, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 38107, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. I, 7 giugno 2011, n. 2645, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. III, 9 giugno 2011, n. 26369, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. III, 19 luglio 2011, n. 34900, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. III, 11 ottobre 2011, n. 1369, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. VI, 22 maggio 2012, n. 36818, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. III, 23 maggio 2012, n. 39458, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. VI, 13 gennaio 2013, n. 21913, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. I, 9 maggio 2013, n. 26031, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. I, 8 luglio 2014, n. 38549, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. I, 22 ottobre 2014, n. 3332, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. V, 20 novembre 2014, n. 12697, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. III, 30 aprile 2015, n. 23272, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. III, 23 settembre 2015, n. 40663, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. IV, 10 maggio 2017, n. 27523, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. VII, 18 settembre 2017, n. 42411, in www.italgiure.giustizia.it.

Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 9126, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. IV, 19 dicembre 2017, n. 6153, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. III, 2 febbraio 2018, n. 2039, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. VII, 19 aprile 2018, n. 17615.

Cass. pen., Sez. V, 13 giugno 2018, n. 27139, in www.italgiure.giustizia.it.

Cass. pen., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 7032, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. IV, 19 luglio 2018, n. 49364, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 2018, n. 19304, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. V, 8 aprile 2019, n. 32422, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. II, 3 giugno 2020, n. 20098, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. II, 28 ottobre 2020, n. 9857, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. V, 12 aprile 2021, n. 19371, in *One Legale*.

Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2021, n. 27905, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. V, 9 giugno 2021, n. 22761, in *www.italgiure.giustizia.it*.

Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2022, n. 11313, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. III, 10 marzo 2022, n. 14539, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. II, 15 luglio 2022, n. 41543, in *DeJure*.

Cass. pen., Sez. II, 22 settembre 2022, n. 35426, in *www.italgiure.giustizia.it*.

Corte costituzionale

C. cost., 10 maggio 1984, n. 143, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1419 ss., con note di VIGNALE L. e SEMINARA S..

C. cost., 9 marzo 1989, n. 247, in *www.cortecostituzionale.it*.

C. cost., 1° gennaio 2008, n. 327, in *www.cortecostituzionale.it*.

C. cost., 26 gennaio 2017, n. 24, in *www.cortecostituzionale.it*.

Corte d'Appello

C. App. Milano, 28 gennaio 1980, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1559 ss..

C. App. Catanzaro, 3 marzo 2011.

Corte d'Assise

C. Ass., Padova, 7 marzo 1969, *Baracco - Zanatto*, in *GM*, 1970, II, 145.

Tribunale

Trib. Bologna, 11 novembre 2004, *B.*, in *Foro it.*, 2006, II, 263 ss., con nota di SERRAINO F..