

I LIBRI DI
ARCHIVIO PENALE

NUOVA SERIE

31

I LIBRI DI
ARCHIVIO PENALE
NUOVA SERIE

Comitato scientifico

Alfredo Gaito

Sapienza Università di Roma

David Brunelli

Università degli Studi di Perugia

Alberto Di Martino

Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Filippo Raffaele Dinacci

LUISS Guido Carli

Luciano Eusebi

Università Cattolica del Sacro Cuore

Carlo Fiorio

Università degli Studi di Perugia

Désirée Fondaroli

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

Giulio Garuti

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Adelmo Manna

Università degli Studi di Foggia

Anna Maria Maugeri

Università degli Studi di Catania

Oliviero Mazza

Università degli Studi di Milano-Bicocca

Mauro Ronco

Università degli Studi di Padova

Cristiana Valentini

Università G. d'Annunzio di Chieti-Pescara

A partire dall'a.a. 2012-2013, ogni studio monografico pubblicato in questa Collana è stato previamente sottoposto, con esito positivo, a *peer review* (secondo le regole della revisione anonima) da parte di almeno due membri del Comitato scientifico.

David Brunelli

**RIFLESSIONI SULLA CONDOTTA
NEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO**



Brunelli, David

Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio / David Brunelli. - Pisa : Pisa university press, 2023. - (I libri di Archivio penale. Nuova serie ; 31)

345.04 (23.)

1. Reati omissivi

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2023

IUS - Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISBN 978-88-3318-124-0

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto/dall'editore.

Indice

Premessa	7
Capitolo 1	
L'omissione ha una dimensione esclusivamente normativa?	
1. <i>Non facere quod debetur</i>	11
2. Tipicità della condotta omissiva	18
3. Omissione e realtà	22
4. Connotati della causazione dell'evento tramite una omissione	26
5. Omissione e responsabilità da posizione	32
6. Omissione tipica come "non azione" doverosa	37
7. Omissione tipica come "non azione" causale	43
8. L'omissione nei reati omissivi propri	48
9. Omissione e reati di condotta-risultato	52
10. Omissione e reati di condotta-modo	55
Capitolo 2	
Sulle tracce della condotta omissiva tipica	
1. La causalità come fattore tipizzante della condotta omissiva: pregi	61
2. Causalità del fatto e causalità del dovere	63
3. Azione o omissione nei casi problematici	67
4. L'interruzione del salvataggio	73
5. La costruzione dell'omissione tipica come omissione causale: le due variabili del pronostico	77
6. La costruzione dell'omissione tipica come omissione causale: la legge della legalità	81
7. Tipicità omissiva e violazione del dovere di agire	88
8. Omissione e dolo	91
9. Omissione e dolo eventuale	98
Capitolo 3	
Omissione e doverosità dell'azione impeditiva	
1. Dovere di garanzia e dovere di diligenza	103
2. Sovrapposizioni tra <i>an</i> e <i>quomodo</i> della condotta omissiva: dalla garanzia alla diligenza	107
3. <i>Segue</i> : dalla diligenza alla garanzia	109

4. Garanzia, diligenza, prudenza	116
5. Colpa generica e colpa specifica	121
6. Condotta omissiva ed euristica del comportamento alternativo lecito nel modello commissivo colposo	124
7. Dovere e potere	128
8. Conoscenza e conoscibilità dell' <i>Anlass</i>	134
9. Potere è dovere?	138
10. Omissione colposa, tra tipicità e colpevolezza	141
Capitolo 4	
Omissione e intreccio cooperativo	
1. L'omissione nell'organizzazione complessa	147
2. L'omissione nell'omissione	148
3. Omissione e cooperazione colposa	153
4. Omissione e incriminazione <i>ex novo</i> di condotte atipiche	159
5. Posizione di garanzia e cooperazione colposa	162
6. Omesso impedimento dell'evento e intreccio cooperativo	166
7. Atipicità del contributo omissivo meramente agevolatore?	169
8. Omissione e principio di affidamento	175
9. Cooperazione e successione di garanti	178
Nota conclusiva	185
Bibliografia	187

Premessa

Il modello del reato omissivo improprio è stato molto studiato e approfondito in dottrina nei suoi vari aspetti negli ultimi decenni, soprattutto quanto alla tensione con il principio di legalità e al rispetto del criterio della responsabilità per fatto proprio e colpevole. Gli studi e il relativo dibattito hanno proceduto di pari passo con l'impiego sempre più massiccio che se ne è fatto nelle aule di giustizia, sino a divenire espressione emblematica degli strumenti di tutela penale che la materia offre in tutti i settori della attuale "società del rischio" a fronte delle sfide lanciate su quel terreno dalla c.d. "post-modernità".

Invero, lo schema del reato omissivo improprio non ha nulla di particolarmente moderno. È vero che l'avvento della "clausola di equivalenza" dell'art. 40, comma 2, costituisce una brillante trovata del codice Rocco e che in precedenza non esisteva nel diritto positivo niente di simile; ma l'idea che si dovesse punire – a prescindere da una espressa estensione legale – chi aveva violato un obbligo giuridico di impedire l'evento allorché l'evento si fosse verificato era già ampiamente conosciuto nella penalistica dell'Ottocento¹. Il "successo" che riscuote oggi il modello, riscontrabile

1. Per la sottolineatura del carattere "illegale" delle operazioni interpretative ad esito delle quali si perveniva alla punizione del reato omissivo improprio in assenza della clausola di equivalenza che espressamente oggi le consente, DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in una aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1491 ss. Il codice Zanardelli, che non conteneva alcuna disciplina dell'elemento oggettivo del reato e tanto meno della causalità, parlava di «fatto» conseguente ad una «azione od omissione» nella norma sul dolo (art. 45) e tanto bastava per potersi ritenere che la legge disponesse ciò che «consiglia la ragione» e «statuisce la giurisprudenza», a proposito della pacifica punibilità dell'omicidio colposo tramite «i fatti negativi, cioè la trascuranza e l'omissione delle necessarie cautele» [VICO, *Omicidio (diritto penale)*, in *Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1904, 251]. Prima del codice Zanardelli, del resto, nessuno aveva da obiettare al rilievo dell'indifferenza tra i «mezzi» usati per uccidere, e quindi alla conseguente irrilevanza del distinguere «che siasi ucciso per omissione o per commissione» (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. I², Lucca, 1881, 60, § 1087, il quale liquida qualunque dubbio in proposito sostenendo che «la nostra mente si adatta male a certi ragionamenti che vanno tanto per il sottile, e che ponno riuscire pericolosi nelle materie penali», aggiungendo che «quando il corpo cagioni la violazione del diritto con lo stare inattivo la inattività esteriore giustamente equivale alla attività»).

anche nella mappatura delle massime giurisprudenziali, sta a testimoniare piuttosto come la risposta penale ai prorompenti e diffusi bisogni di tutela non sia stata affidata a strumenti nuovi o rinnovati, a metodiche diverse da quelle tradizionali, le quali si incentrano da sempre sulla focalizzazione incriminante del disvalore di evento e attorno ad esso calibrano la minaccia della sanzione penale, secondo riti e cadenze purtroppo palesemente inefficaci e discriminanti.

Un *evergreen*, dunque, mai però come ora così indagato, anche nei suoi risvolti applicativi nell'ambito dei diversi settori di elezione, tra cui la responsabilità medica, la circolazione stradale, l'infortunistica sul lavoro, il danno da prodotto difettoso, i disastri ambientali, le calamità naturali.

Macro e microeventi si susseguono incessantemente sulla scena della cronaca quotidiana, con tutta la loro drammaticità, con gli interrogativi che suscitano, con le vittime che generano, riversando sul penale ansie e bisogni di punizione o di vendetta, non facili da fronteggiare e incanalare secondo ragionevolezza e proporzione.

Il ricorso al modello elastico del reato omissivo improprio è spiegabile, in questo contesto, perché offre all'operatore straordinaria versatilità di impiego nella costruzione di forme di responsabilità non visibili ad occhio nudo, basate su pretese comportamentali *ex ante* rarefatte e inconsistenti, ma presentate *ex post* come stringenti ed ineludibili. La moltiplicazione delle posizioni di garanzia e delle fonti capaci di produrle, anche all'interno di strutture complesse, la riduzione della causalità omissiva alla semplice celebrazione di un discorso autoreferenziale, relegato ai titoli di coda del processo, l'incrocio simbiotico con i canoni incorporati della responsabilità colposa sono i fattori che principalmente spiegano la corsa sfrenata all'omissione come strumento imputativo di successo a disposizione degli uffici di Procura, capace di inchiodare e tal volta di esporre al ludibrio garanti distratti, superficiali, miopi, in tutt'altre faccende affaccendati.

L'invisibilità dell'omissione consente la creazione di imputazioni tentacolari in grado di coinvolgere anche i vertici di organizzazioni di grandi dimensioni, fisicamente lontanissimi dall'evento, nello spazio, nel tempo e nei rami delle gerarchie. Spazio e tempo che la realtà parallela del processo avvicina in modo inesorabile, chiedendo ai soggetti, ora per allora, di fare quello che c'è da fare, di vedere quello che c'è da vedere, di valutare quello che c'è da valutare, in una logica di apparente autoevidenza, dove le nubi si diradano, gli ostacoli che offuscavano la visuale spariscono, i

dubbi non hanno ragione di essere: tutto si palesa chiaro e implacabilmente doveroso.

I pregevoli contributi dottrinari sui temi del funzionamento della clausola di equivalenza dell'art. 40, comma 2, c.p., e su quelli della evitabilità dell'evento, nonché i tentativi multiformi di assegnare dei limiti invalicabili alla responsabilità colposa nei suoi vari campi di elezione, a stento interagiscono con i prodotti giurisprudenziali, che, anche ai massimi livelli, da un lato, sembrano dialogare con gli insegnamenti teorici e i principi a cui essi si ispirano, d'altro lato, finiscono nella sostanza per farsene beffa².

Tra i molteplici argomenti approfonditi e dibattuti in tutte le loro sfaccettature, l'aspetto che mi sembra non adeguatamente tematizzato dalla dottrina, pur se verosimilmente in grado di collocarsi in una dimensione pratica non secondaria, riguarda il tracciamento della condotta omissiva all'interno del modello del reato omissivo improprio.

Per la verità, importanti sottolineature non sono mancate, per esempio quando si afferma che individuare la condotta omissiva significa «stabilire il parametro in base al quale l'obbligazione del garante si riempie di contenuto»³; ovvero quando la stessa giurisprudenza prende atto che «la posizione di garanzia non è concetto da solo sufficiente a definire quale comportamento si sarebbe dovuto porre in essere»⁴. Ma, nonostante questo proposito, attorno al tema si enunciano più formule di stile che riflessioni accurate, quasi che si trattasse di un passaggio invece insignificante, collocato a cavaliere tra le due questioni perennemente dibattute, e spesso

2. A fronte dell'enorme sviluppo della produzione giurisprudenziale sul reato omissivo improprio, non mi sentirei, a trent'anni di distanza, di condividere l'ipotesi formulata da PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 847 s., che, sulla base di un materiale all'epoca considerato «non vastissimo», constatava da parte della giurisprudenza «un'orientata evoluzione [...] in qualche misura influenzata dall'aggiornamento delle concezioni teoriche sulla causalità omissiva» (corsivo dell'A.). Quelle concezioni teoriche, ad oggi sviluppatesi nelle più svariate direzioni, vengono spesso menzionate a completamento di prodotti processuali, in definitiva fuoriusciti dal sapere di un giudice pressoché libero di spaziare discrezionalmente su tutto il territorio, eventualmente sbandierando l'impiego di formule sostanziali e criteri di accertamento processuale privi però di autentico contenuto formante.

3. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura oggettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 364.

4. Cass., Sez. IV, Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, motivazione scaricabile in www.sistemapenale.it, 9 novembre 2021.

molto impegnative nella pratica: quella d'ingresso, concernente la profilatura della posizione di garanzia in capo all'imputato, che si risolve nel quesito circa la sua competenza ad impedire l'evento, e quella sul responso finale circa la sussistenza del legame causale tra l'evento e la condotta pretesa, che dietro la fascinazione di un discorso "logico" implica pur sempre una presa di posizione sulla quantificazione prospettica della chance di salvezza del bene a fronte del comportamento virtuoso.

Eppure anche l'interrogativo sul *quomodo* della azione adempiente, sui suoi connotati concretamente calati nel tempo e nello spazio, concerne un aspetto centrale, perché la tipicità dell'omissione non può esaurirsi attorno ai due pilastri estremi senza consolidarsi "al centro" e focalizzarsi sulla pretesa "concreta" nei confronti della persona fisica dell'omittente. Il rischio è che tali imprescindibili contorni finiscano per sfumare dentro la magia abbacinante del gioco di specchi con il quale l'obbligo di garanzia e il dovere di diligenza monopolizzano l'attenzione dei giuristi e quella dei lettori delle sentenze, quando non influenzano in modo determinante l'esito del processo sciogliendo il rigore del ragionamento giuridico in facili lezioni di moralità.

Le rapsodiche riflessioni che seguono, calate all'interno dell'esperienza giuridica italiana, si propongono di verificare se davvero il modello del reato omissivo improprio si risolva nella caccia al "*garante colpevole*" o se si possano rinvenire margini di recupero per riflettere sulla portata del disvalore della condotta in un luogo della teoria generale del reato dove regna incontrastato il disvalore di evento, con l'ambizione di misurare l'effettiva incidenza in materia del principio della personalità della responsabilità penale.

CAPITOLO 1

L'omissione ha una dimensione esclusivamente normativa?

SOMMARIO: 1. *Non facere quod debetur*. - 2. Tipicità della condotta omissiva. - 3. Omissione e realtà. - 4. Connotati della causazione dell'evento tramite una omissione. - 5. Omissione e responsabilità da posizione. - 6. Omissione tipica come "non azione" doverosa. - 7. Omissione tipica come "non azione" causale. - 8. L'omissione nei reati omissivi propri. - 9. Omissione e reati di condotta-risultato. - 10. Omissione e reati di condotta-modo.

1. *Non facere quod debetur*. Come noto, la storia ci tramanda un vasto dibattito teorico sui contrassegni della condotta omissiva in genere e sui margini della sua possibile riconducibilità all'alternativo modello dell'azione. Un confronto serrato, teso a sottolineare punti di contatto e differenze, ove talvolta gli opposti si toccano, talaltra sono separati da un abisso.

Il dibattito ha registrato – tra le tante – le opinioni di chi, allo scopo di perseguire una coerenza "sistematica" in grado di appagare il gusto estetico di una scienza contemplativa¹, giurava sulla consistenza anche naturalistica dell'omissione, o comunque su un suo «coefficiente fisico», e in tal modo era in grado di poterla affiancare a pieno titolo all'azione, come altra *species* del *genus* condotta². Nel tempo, messe da parte le pre-

1. Sferzanti, in proposito, le parole di BETTIOL, *Diritto penale* ⁴, Palermo, 1958, 197, secondo cui le teorie che hanno ricercato la "fisicità" nell'omissione «sono espressione di quelle esigenze formalistico-sistematiche che si sforzano di classificare i fenomeni giuridici secondo concetti di genere e di specie. Senza voler negare l'utilità di tale processo sistematico è da avvertire come non sia giustificato violentare la realtà per farla rientrare in uno schema a tutti i costi».

2. L'ormai vituperata teoria dell'*aliud agere* («azione diversa da quella che ci si attendeva») si fondava sull'idea che solo l'*agere* ha una consistenza naturalistica, sicché se si voleva spiegare in termini naturalistici ciascuna condotta occorreva cercare un *agere* anche nell'omissione (LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte*, vol. I, Göttingen, 1836, 467 ss.). In Italia essa ha costituito la base per un notevole dibattito tra coloro che vi hanno aderito, almeno in partenza, con sfumature diverse: cfr. BONUCCI, *L'omissione nel sistema giuridico*, I, Perugia, 1911, 77 s.; MASSARI, *Il momento esecutivo del*

occupazioni meramente classificatorie e risolto diversamente il problema di ravvisare anche nell'omissione un atto "volontario"³, questa tendenza

reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile, Pisa, 1923, 56 ss., per il quale l'*aliud agere* è piuttosto da intendere come «l'azione inversa a quella che si doveva e si poteva spiegare», sicché «il reato di omissione si delinea come un reato strutturalmente identico al reato di azione: costituito cioè da un'attività esterna, produttiva di una lesione giuridica: vale a dire come un reato *commissivo* quanto alla *forma*, e *commissivo* quanto all'*effetto*» (corsi-vi dell'A.); opinione, questa, perfettamente condivisa da DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 134 ss. Lo stesso primo ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 23 ss., vi aderì con un certo slancio: «l'omissione non è la semplice negazione di un'azione. Essa comprende sempre un'attività, la quale costituisce l'altro aspetto del comportamento dell'uomo. Questo comportamento ha due lati: uno negativo, in quanto manca la presenza di una data azione ed uno positivo, in quanto al posto di quest'azione se ne riscontra un'altra, cioè un'attività inconciliabile con quella che doveva essere esplicata». L'A., come noto, cambiò radicalmente idea, sostenendo in seguito che la teoria del Luden «non è solo astrusa, ma anche priva di consistenza, sia perché non sempre l'uomo, nel momento in cui avrebbe dovuto agire, compie un'altra azione [...], sia perché esistono molti obblighi che non debbono essere adempiuti in un determinato istante» (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁵, Milano, 1963, 163). Molti anni dopo, ripercorrendo quell'epoca, PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 822, scrive che «il correre della "grande divisione" fra essere e dover essere proprio all'interno di quello che sembrava il nucleo primigenio del reato come fenomeno umano (e quindi naturalistico) ha oscurato a lungo la comprensione della condotta omissiva, fomentando la nota caccia all'"azione nell'omissione", o la ricerca di sue fantomatiche controfigure naturalistiche (l'*aliud agere!*). Tanto che persino l'ascrizione, oggi ovvia, dell'omissione al novero dei *concetti normativi* (in senso stretto) è costata fatica e viene vantata come una conquista della scienza giuridico penale» (corsivo dell'A.).

3. Era questa necessità uno dei punti di forza dell'*aliud agere*: si veda per esempio MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., 64, quando si domanda retoricamente: «Che cos'è mai l'inattività volontaria? Può la volontà essere altro che azione? E se non può, come altrimenti si riesce a superare l'antitesi dei due termini se non ammettendo che uno dei medesimi sia errato: il termine della inattività, o il termine della volontarietà?». Del resto, come noto, il tema della volontà dell'omissione aveva messo in difficoltà i primi fautori della concezione normativa, i quali non potevano spingersi sino a sostenere che essa presupponesse anche la conoscenza dell'obbligo di agire e perciò si erano esercitati su una complessa distinzione tra omissione come "giudizio" ed omissione come "condotta omissiva", la prima avente esclusiva consistenza normativa, la seconda potendo consistere in una azione diversa o in un *non facere*, pur sempre naturalisticamente apprezzabile, e sulla quale si doveva appuntare il requisito della volontà (cfr. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II², Milano, 1952, 30 ss., che definisce l'omissione come «la condotta volontaria, positiva o negativa, di un soggetto, la quale – a giudizio di chi la considera – è diversa da quella ch'era da attendersi in base ad una norma di qualsiasi natura»; RANIERI, *La causalità nel diritto penale*, Milano, 1936, 253 ss., per il quale «non può mettersi in dubbio che il

alla ricerca di un minimo comune denominatore tra le due forme comportamentali è stata liquidata come una bizzarria dettata dalle pretese estetico-contemplative di una dogmatica priva di contenuti sostanziali⁴. Oggi – tuttavia – essa sembra con cautela provare a riaffacciarsi sotto diverse sembianze, per opera degli studiosi che comunque intravedono nell'omissione un modo di esprimersi della persona analogo a quello che si riscontra nell'azione, ravvisando in ciò il fattore comune a cui riferire l'appartenenza della condotta al suo autore⁵.

Peraltro, tali sforzi sono non solo dettati dall'esigenza concettuale di scolpire basi invalicabili su cui erigere la responsabilità penale, in linea con i principi costituzionali, ma anche perfettamente coerenti con il linguaggio del codice, il quale ad ogni piè sospinto ricorre all'«azione» e all'«omissione» come se si trattasse di una endiadi indistinguibile, con ciò mostrando una tendenza “equiparatrice” che sembra andare oltre la finzione giuridica e pescare invece in pieno dalla “natura delle cose”⁶.

La questione può apparire in gran parte priva di diretta rilevanza pratica perché puramente classificatoria o terminologica, ma si deve sin d'ora osservare che, in linea di principio, non ci sono ragioni plausibili per riget-

concetto di omissione sia concetto normativo», ma «se ciò è esatto, la considerazione di certa condotta umana come omissione ha sempre come suo contenuto uno stato fisico, che costituisce l'aspetto reale del comportamento omissivo. Reale come l'azione perché espressione della volontà del suo autore, alla quale è riferibile»).

4. Sulle curiose contraddizioni che caratterizzano la dottrina italiana della prima metà del novecento, a proposito della teoria dell'*aliud agere* e delle “resistenze” che dovette incontrare l'impostazione autenticamente normativa dell'omissione, a fronte dello scrupolo rappresentato dalla ricerca di una sua base reale, tale da renderla compatibile con il principio di materialità, circostanza, questa, che favorì l'affermazione di teorie ibride o miste, v. il brillante quadro fornito da CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, 151 ss.

5. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I³, Milano, 2004, 312 s., il quale parla della condotta «nelle sue due forme [...] come esternazione o obiettivazione di una persona nella società». Già ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., 16, spiegava, del resto, che «anche al di fuori del campo del diritto, consideriamo come “condotta” dell'uomo, non soltanto il movimento corporeo che produce determinati effetti nel mondo esteriore, ma anche il non-compimento di un'azione che ci si attendeva dall'uomo».

6. Evidenzia DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950, 77, che per questa ragione «una disparità di concezione non sembrerebbe invero adeguata al sistema né autorizzata da essa».

tare lo sforzo “unificatore” e valutare appieno – senza pregiudizi – tutto ciò che nell’omissione somiglia all’azione e viceversa, nel contesto di una disciplina giuridica che pur sempre tende a spianare le distinzioni e a esaltare i punti di contatto.

Oltre a quella analogia estrinseca, tuttavia, gli studiosi non sembrano disposti ad andare e lo stato odierno dell’arte mostra uno scenario pressoché “pacificato” quanto alla totale assenza di coefficienti fisici nell’omissione, anche se non privo di qualche ambiguità. Invero, pur nell’ambito della ricerca dei punti in comune tra le due forme di condotta, tutti concordano su un’affermazione che sembra non trattabile: quella della *natura esclusivamente normativa dell’omissione*, la quale, a differenza dell’azione, nel mondo naturalistico semplicemente non esisterebbe e dunque non sarebbe pensabile⁷. L’omissione non è, secondo la comune opinione, semplicemente un “*non facere*”, così come certamente non può consistere in un “*aliud facere*”; essa è piuttosto un “*non facere quod debetur*”, dove proprio la specificazione relativa al *debetur* assicura consistenza e spessore ad un “*nihil*” altrimenti insignificante sul piano giuridico, conferendogli connotati identificabili.

La logica degli opposti ci rimanda che l’omissione vive (tutta) nel mondo del dover essere, mentre l’azione in quello dell’essere: ogni sforzo di parificazione o di avvicinamento deve partire da questa premessa concettuale.

Se questo è lo stato dell’arte, preme rilevare però come la dottrina, messa a punto siffatta tranciante precisazione a liquidazione dell’ormai sterile dibattito sulla “essenza” dell’omissione, concentri piuttosto tutte le sue energie per combattere la battaglia sul campo del rapporto di causalità tra l’omissione e l’evento, volta a tracciarne i contorni strutturali del

7. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 95, chiarisce che «a caratterizzare l’omissione – e ad impedirne la riduzione sotto un “concetto superiore” comune all’azione – non è la (eventuale) assenza di un “movimento del corpo” (o di “causalità” o di “finalità”), bensì la “comprensibilità” dell’omissione su un piano completamente diverso da quello sul quale si trova l’azione». Significativamente, lo stesso ROMANO, *Commentario*, cit., 313, si affretta a precisare che «ancorché accomunate dall’essere entrambe forme di libera “arbitraria” esternazione o obiettivazione dell’uomo nella società, l’azione e l’omissione differiscono tuttavia profondamente l’una dall’altra». FIORELLA, *Le strutture del diritto penale*, Torino, 2018, 238, scrive che l’omissione non è una figura puramente normativa, come spesso si mostra di ritenere, perché si fonda su un dato naturalistico che consiste nella «in-azione», ma poi precisa che «la doverosità dell’agire qualifica l’in-azione come omissione».

relativo paradigma esplicativo e di seguito i criteri per il suo accertamento. Questa è la questione ritenuta ben più importante data la sua diretta rilevanza nella soluzione dei casi concreti, e attorno al tema l'esercito degli studiosi più "garantisti" si muove da tempo nella prospettiva di riuscire a ridurre sino ad azzerare le distanze tra i paradigmi della causalità dell'azione e della causalità dell'omissione, nonché dei conseguenti criteri di accertamento⁸; un percorso, ispirato ad un nobile programma di contenimento del penale, che – come è noto – ha riscosso anche qualche significativo riscontro giurisprudenziale in talune celebrate sentenze, almeno a stare alle dichiarazioni di intenti⁹.

Esso parte proprio dall'equiparazione totale delle due tipologie di condotta sbandierata in proposito dagli artt. 40, comma 1, e 41 c.p., e dunque ci si potrebbe attendere che finisca per "pescare" in qualche modo dal dibattito circa la comunanza di connotati di azione ed omissione. Ci si potrebbe attendere, in particolare, che lo sforzo di "pareggiare" i due modelli di causalità recuperi l'antico dibattito sull'essenza dell'omissione e cerchi di attribuirle un qualche rilievo naturalistico, in grado di ridurre le distanze dall'altra forma tutta naturalistica di condotta¹⁰. Ma in quel campo – come accennato – lungi dallo scoprire elementi di identità, ci si è attestati sulla proclamazione della ontologica diversità delle due tipologie di condotta; e sulla base di tale proclamazione, una volta esploso definitivamente il "dogma" del concetto (unitario) di azione, si è potuto senza infingimenti dar vita allo studio separato dei vari modelli delittuosi che

8. In Italia, a partire, naturalmente, da STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1249 ss., e da PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 835 ss.

9. I c.d. modelli unitari di causalità sono ben descritti da BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010, 11 ss., il quale spiega in chiave critica che in una prima variante l'equiparazione assume come paradigma quello esplicativo *ex post* proprio della causalità attiva, mentre in una seconda variante il criterio unificante sarebbe calibrato sulla dimensione prognostico-congetturale della causalità omissiva. In questo secondo senso mi pare muovere la proposta di SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, 126 ss., che parifica entrambi i paradigmi causali sotto la comune egida normativa del «causare l'evitabile».

10. Soprattutto quando si attribuisce anche all'omissione un effetto condizionante "reale", quale condizione "statica" del processo causale da accertare anch'essa attraverso il modello euristico della "eliminazione mentale" (STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1249 ss.).

si stagliano nitidi sulla scena, a cominciare dal modello commissivo e da quello omissivo¹¹.

Certo è che pretendere per la causalità omissiva lo stesso standard probatorio richiesto in genere per la causalità commissiva – secondo il modello unitario più spinto¹² – costituisce un esercizio pratico del tutto commendevole per chi crede nella necessità di contrarre l'area di intervento del penale e compito teorico ricco di importati e significative giustificazioni; ma non si può trascurare che, dopo aver negato qualunque consistenza naturalistica dell'omissione, le difficoltà ad equiparare proprio sul piano naturalistico il ragionamento causale di entrambe le forme di condotta aumentano, anziché diminuire¹³.

11. Lineare invece la posizione di EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1061 ss., il quale perviene alla parificazione tra causalità attiva e causalità omissiva, ma dopo aver premesso che «il reato omissivo e quello attivo non costituiscono forme separate di costruzione della fattispecie penale: a ben vedere, infatti il primo si configura come peculiare modalità descrittiva della medesima realtà che sta alla base del secondo» (corsivi dell'A.).

12. È noto come gli appassionati scritti di Federico Stella abbiano fatto proseliti non solo in dottrina (tra gli altri: CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 289; D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, 331 ss.; nonché lo stesso MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 528 ss., dopo l'ammirata adesione, non di circostanza, alle "rivoluzionarie" tesi esposte da Stella in "Giustizia e modernità": MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1040 ss.; «pari grado di probabilità dell'evento» e «pari rigore di accertamento» sono richiesti anche da F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*¹¹, Padova, 2020, 168), ma anche in giurisprudenza, almeno sino all'intervento apparentemente "equilibratore" della sentenza Franzese (Cass., Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, rv. 222138).

13. Non a caso i sostenitori dell'*aliud agere* evidenziavano che solo individuando un coefficiente fisico nell'omissione si poteva spiegare come mai quella condotta era in grado di cagionare un evento: ad es. MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., 67 s., scrive che «il soggetto, che, con un'appropriata condotta, sarebbe in grado di venire incontro al processo produttivo, di intersecarlo, di paralizzarlo, di reciderlo, volge ad altro oggetto la sua attività ed esplica una azione, che ha le particolari note di essere omologa alle altre cause produttive dell'evento, in quanto va ad aggiungersi alle medesime e a cooperare con esse, e di essere inversa all'azione che, se spiegata, avrebbe frustrato l'evento. Codesta è appunto l'azione omissiva». Ma anche chi riteneva non decisiva la nota dell'*aliud agere*, spiegava la coincidenza della problematica causale partendo da una comune base naturalistica di azione ed omissione (cfr. VASSALLI, *Il contributo di Filippo Grisipigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, in *Sc. pos.*, 1956, 385, per il quale semmai la peculiarità della

Anche la disciplina che il codice contiene in proposito si presta a qualche nota di ambiguità. Infatti, al riguardo, gli scettici potrebbero mettere l'accento sul valore da assegnare alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, che subordina la parificazione al possesso in capo all'agente di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento, inteso come prerequisito di accesso al tema causale: una clausola di "equivalenza" giuridica, la cui logica premessa potrebbe risiedere proprio nella constatazione di partenza che altrimenti, nella dimensione naturalistica e fattuale, si debba dare per scontato che solo l'azione è in grado di produrre un legame causale con l'evento. Se, per il diritto, il non impedire ciò che è obbligatorio impedire corrisponde al naturalistico cagionare, esprimendo le due situazioni un analogo e coincidente disvalore di evento, ciò implicherebbe che proprio nel disporre l'equiparazione ai fini giuridici il legislatore presupponga contemporaneamente la presa d'atto di una preliminare, ontologica, differenziazione, poiché non avrebbe senso dettare le condizioni dell'equiparazione di due situazioni se le stesse fossero già in natura uguali o assimilabili¹⁴.

causalità omissiva consiste «soltanto per la necessità politica di limitare il novero delle condotte causali rispetto ad un determinato evento, infinite essendo le omissioni che naturalisticamente potrebbero essere definite rispetto a quel determinato evento come causali: donde la restrizione delle stesse ai casi in cui l'omissione rappresenta già di per sé stessa la violazione di un dovere giuridico di agire». Parallelamente, ai giorni nostri, la raggiunta consapevolezza circa il carattere esclusivamente normativo dell'omissione tende ad accreditare la diversità anche nel modello causale: ad es. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 159 s. scrive che «oggi si è dimostrato ormai definitivamente che è vano ogni tentativo di rintracciare una vera e propria causalità nell'ambito dell'omissione impropria [...] così sembra che, in un'ottica moderna, non abbia più soverchia importanza [...] soffermarsi sulla natura dell'omissione». Ecco perché ci si potrebbe aspettare che chi, invece, tenti di ribaltare la premessa, per sostenere che il modello causale omissivo coincide con quello commissivo sia disposto a rivedere anche la proposizione collegata, circa la natura tutta normativa dell'omissione.

14. Si veda, ad esempio, MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit. 140, secondo cui l'art. 40, comma 2, «descrive implicitamente, a fianco di ogni fattispecie commissiva di evento, una "equivalente" fattispecie omissiva, la cui struttura è comune a quella commissiva *solo* nell'evento, mentre per il resto è composta da elementi affatto autonomi e diversi», con la precisazione che «la diversità procede dalla stessa "peculiarità" scaturente dalla presenza nelle fattispecie omissive – le "proprie" come le "improprie" – di un obbligo giuridico di attivarsi inadempito» (corsivo dell'A.). In precedenza, il "padre" italiano della concezione giuridica dell'omissione aveva rilevato, analogamente, che l'art. 40, comma 2, rappresenta il riconoscimento da parte della legge «che, dal punto di vista naturalistico, la

Potrebbe trattarsi di una illazione che lascia il tempo che trova, come tutti i discorsi che pretendono di distinguere le creazioni della natura da quelle del diritto. Resta, però, l'apparente antinomia tra le due spiegazioni teoriche a cui ho accennato: da un lato, quanto all'“essenza” della condotta, azione e omissione si collocano ai lati opposti della realtà, destinate a viaggiare su due emisferi che non possono incontrarsi, sicché l'obiettivo teorico della *reductio ad unum* non può spingersi oltre il rilievo di qualche connotato in comune, nell'ambito di una insuperabile diversità; invece, dall'altro lato, quanto alla causalità, l'ontologica diversità che ha indotto il legislatore ad “equiparare” ciò che in natura non potrebbe sovrapporsi, non impedisce di perseguire il sogno di collocare le due condotte sotto un comune paradigma esplicativo che impiega un comune standard probatorio quanto all'accertamento causale¹⁵, in grado di assicurare il massimo della certezza e della garanzia nell'applicazione della pena.

Una sorta di “pendolo” in costante movimento, oscillante tra diversità ed identità, che nega l'identità per poi riunificare e contemporaneamente nega la diversità per poi esaltarne le virtù.

2. *Tipicità della condotta omissiva*. Concentriamoci, ora, sul tema segnalato come centrale della nostra indagine, che riguarda la modalità attraverso la quale si costruisce la tipicità della condotta omissiva nel reato omissivo improprio.

Ed in proposito, occorre partire dalla struttura delle fattispecie di evento a forma libera o causalmente orientate, dando per scontato – al netto delle discussioni pur vivacemente sorte¹⁶ – che è attorno a tale struttura

eguaglianza non esiste, e che perciò si tratta soltanto di un'equivalenza d'ordine pratico e cioè ai fini della responsabilità giuridica» (GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 46).

15. Sostiene PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 839, nell'espone il pensiero di Federico Stella, che far leva sulla natura “normativa” dell'omissione per rimarcare la diversità del modello esplicativo causale tra azione ed omissione è argomento inconferente perché nessuna confusione concettuale va fatta tra profili normativo-strutturali e profili naturalistico-epistemologici.

16. Il punto sul dibattito circa l'esclusione dell'operatività della clausola per taluni modelli di fattispecie si veda in M. ROMANO, in *Commentario*, cit., 380 ss., il quale afferma che «il dominio naturale ed esclusivo dell'art. 40 cpv. è quello delle fattispecie causalmente orientate»; per l'applicazione della clausola ai soli reati di evento in cui compaiono i verbi “cagionare”, “procurare” o simili, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁷, Milano, 2000, 366; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Pado-

che si modella il *core business* del reato omissivo improprio, perché principalmente, se non unicamente, a queste è riferibile la clausola di equivalenza dell'art. 40, comma 2¹⁷.

Ebbene, si sa che, in relazione a tali fattispecie, pensate innanzitutto per il reato commissivo, la condotta tipica viene identificata con quella che in concreto si è (*ex post*) dimostrata causale rispetto all'evento.

Infatti, poiché qui il legislatore descrive unicamente l'evento, solo con questa indicazione tipologica può essere confrontato il relativo frammento della realtà, fungendo esso da perno selettivo della classe dei fatti delineati in astratto dal legislatore come meritevoli di pena; mentre, per quanto riguarda la condotta, manca la possibilità della riconduzione del concreto all'astratto facendone difetto una previa descrizione tipologica. La sussunzione avviene quindi direttamente e al più presto attraverso un rimando alla realtà dell'accaduto, sicché assume i contorni della tipicità quella specifica condotta, non perché la si può isolare in quanto in possesso delle note caratteristiche impiegate dal legislatore, ma solo perché – quali che siano quelle note – la stessa è stata condizione contingentemente necessaria dell'evento, o quantomeno una di esse. Il nesso causale costituisce lo strumento operativo per estrarre dalla norma una "fattispecie" in grado di selezionare la classe dei fatti ad essa riconducibili e, in particolare, per conferire tipicità ad una condotta non previamente definita nella sua dimensione astratta.

va, 1975, 103, vi comprende anche le fattispecie che «esprimono, comunque, una fenomenologia causale (in senso naturalistico), anche se non piena [...] e anche se l'evento naturalistico descritto [...] è sostituito da un fatto di reato»; aperture anche in PULITANO, *Diritto penale*⁷, Torino, 2017, 216 s. Sull'applicabilità solo alle fattispecie per cui è prevista la variante colposa, GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 629. Di recente, a proposito delle questioni relative al contagio da Covid-19, si è tornati a discutere se il delitto di epidemia *ex art.* 438 c.p. sia convertibile in reato omissivo improprio, stante che la causazione dell'evento deve avvenire non in qualunque modo, ma «mediante la diffusione di germi patogeni» (v. Cass., Sez. IV, 4 maggio 2021, n. 20416, in *Giur. pen. trim.*, 2021, 2, 28).

17. Salve, ovviamente, le potenzialità espansive del fenomeno concorsuale, ormai pacificamente accreditato, di far funzionare la clausola anche sul versante dei reati di mera condotta nella versione dell'omesso impedimento del reato (v., tra i tanti in dottrina, MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Padova, 2013, 49 ss. per la quale non esistono affatto limiti alla configurabilità di un concorso mediante omissione legati al tipo di reato realizzato, «ben potendo pertanto la forma omissiva esplicitare la sua valenza concorsuale rispetto a qualunque reato, sia esso di mera condotta o di evento, pur a condotta vincolata»).

Descritto in questi termini il meccanismo di funzionamento dei reati di evento a forma libera, la condotta tipica, rivelata con lo strumento del nesso di causalità, può allora consistere in una *azione* tutte le volte in cui il collegamento causale con l'evento sia riferito ad un comportamento umano dotato di contrassegni empirici, percepibili nella realtà, muniti di consistenza fisica. L'azione, quindi, corrisponde a quello che una volta si designava come «movimento muscolare», foss'anche microscopico, come quando è in gioco l'attivazione delle corde vocali o il "clic" di un mouse del computer, alludendosi allo sprigionamento di una qualsiasi energia comportante un mutamento seppure impercettibile della realtà.

Ma se ci spostiamo sul campo dell'*omissione*, usando lo stesso criterio dovremmo poter dire che si ha omissione tipica, allorché il collegamento causale con l'evento sia invece riferito alla assenza nel mondo reale di un siffatto comportamento. Non – si badi – di un *qualsiasi* comportamento (mancanza di una azione in senso assoluto), perché non omette solo chi dorme o resta immobile e si limita a respirare, ma di quel comportamento che, *se posto in essere, avrebbe impedito* la realizzazione dell'evento *hic et nunc*. Dunque, si tratta di una "non azione" in senso correlato a una funzione. Può ravvisarsi omissione, infatti, anche in presenza di un contegno non inerte, ma concretamente reattivo, qualora però l'agente si sia sbagliato nella scelta dell'azione impeditiva dell'evento, avendo optato per una azione non consona, fallimentare.

L'omissione, invero, non è inerzia *tout court*, bensì inerzia qualificata. Si omette "qualcosa" di individuabile nel tempo e nello spazio; si omette una "determinata azione". Ecco perché sorge il problema della tracciatura della tipicità della condotta omissiva, la quale si identifica con quella relativa alla individuazione dell'azione che è risultata mancante. Se l'azione è un *facere* "qualcosa", l'omissione è un non *facere* "qualcosa", dove è il "qualcosa" che conferisce tipicità all'azione e all'omissione. Compete alla realtà degli accadimenti a cui la norma penale rimanda di riempire la casella rimasta vuota nella fattispecie criminosa e, come per l'azione, estrarre il "qualcosa" mancante che possa qualificarsi come tipico. Il criterio non può che identificarsi in quello della *causazione dell'evento* che si è verificato con caratteristiche di specificità e concretezza, sotto il profilo del suo possibile impedimento da parte del soggetto gravato di siffatto

compito, perché è di questo che si parla nelle fattispecie di evento causalmente orientate (o a forma libera)¹⁸.

Tra i tanti esempi estratti dalla produzione giurisprudenziale sui disastri nell'ultimo periodo, si prenda l'alluvione di Genova del 4 novembre 2011, con i morti causati dall'esonazione del Rio Fereggiano. Si è ascritto al Sindaco della città e ai responsabili della protezione civile non un generico comportamento inerte o una generica sottovalutazione del rischio, bensì di non aver posto in essere una determinata azione, descritta in questi termini: a) di non aver disposto per quel giorno la chiusura preventiva delle scuole e la circolazione dei veicoli; o, in alternativa, b) di non aver attivato un impegno informativo straordinario e un piano di intervento con idoneo spiegamento di uomini e mezzi sul territorio e, in particolare, di non aver previsto a partire dalle prime ore della mattina un sistema di monitoraggio costante sul Rio Fereggiano in grado di dare informazioni

18. Il chiarimento secondo cui l'individuazione dell'azione "determinata" naturalisticamente mancante può avvenire attraverso l'indagine fattuale attorno a ciò che è accaduto e a ciò che poteva evitare l'accaduto – piuttosto che per il tramite del dovere, o per il tramite di una insondabile "attesa", e neppure per la bizzarria di un osservatore esterno – non è mai stato somministrato ai sostenitori della natura esclusivamente normativa dell'omissione. Ad esempio, Spasari commenta criticamente quella che chiama teoria dell'azione "determinata" (DALL'ORA, *Condotta omissiva*, cit., 11 ss.), sostenendo che se l'osservatore vede un individuo muoversi nello spazio non potrà affermare che egli naturalisticamente omette, perché nella realtà assiste ad un *facere* e non ad un *non facere*. Dovrà allora pensare ad una qualunque diversa azione non compiuta, da lui arbitrariamente stabilita, in funzione di una "previsione" comportamentale, dettata da un suo "sentimento" o da una "sua" passione. La conclusione è che «naturalisticamente, l'osservatore non può apprendere (sapere, intendere) come *non facere* un comportamento attivo: il *non facere* dell'omissione potrà riferirsi legittimamente anche a tale forma di condotta, solo ove dal terreno delle constatazioni si passerà a quello delle valutazioni normative, ossia a quello del *dovere*» (SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, 20 ss., corsivi dell'A.). A queste considerazioni basta obiettare che l'osservatore se vuol descrivere la realtà in positivo può raccontare l'azione che vede davanti a sé, ma, se qualcuno gli chiede se vede un'altra azione, con la stessa disinvoltura risponderà che quella azione naturalisticamente manca all'appello. Tuttavia, non è il punto di vista dell'osservatore quello che conta, bensì il punto di vista del giudice, il quale, ricostruito ciò che è accaduto potrà stabilire se l'azione impeditiva dell'evento sia stata compiuta o no. Nessun arbitrio, nessuna fallace previsione: l'azione determinata – come vedremo più avanti nel testo – è quella che risulterà come potenzialmente impeditiva dell'evento sulla base della ricostruzione del nesso di causalità.

tempestive ed in tempo reale sulla situazione del torrente¹⁹. Si sostiene che l'adozione di una delle due condotte attive avrebbe sensibilmente deviato il corso degli accadimenti ed impedito la verifica delle morti che il disastro ha purtroppo causato.

Dunque: per quel che riguarda la condotta, mentre nel reato commissivo è tipica l'azione che in concreto causa l'evento, nel reato omissivo è tipica l'omissione dell'azione concretamente impeditiva dell'evento compiuta dal garante.

3. *Omissione e realtà*. Sin qui ci siamo limitati a sintetizzare acquisizioni pressoché pacifiche nella dottrina, anche se non sempre tematizzate in relazione alla tipicità della condotta omissiva.

Le divergenze tra gli studiosi emergono, piuttosto, quando entra in gioco il confronto tra l'azione e l'omissione come differenti forme di manifestazione della condotta. Come accennavo, sull'equiparabilità dell'una all'altra e sui loro caratteri comuni molto si è discusso, con argomentazioni e conclusioni piuttosto sterili. La versione oggi largamente più diffusa, quasi un luogo comune, considera «una acquisizione piuttosto incontrastata»²⁰, la dimensione tutta naturalistica dell'azione in confronto all'essenza esclusivamente giuridico-normativa dell'omissione²¹.

Nell'ambito di un coro pressoché unanime, massicciamente ripreso dalla manualistica, non è mancata tuttavia la formulazione di una ipotesi per certi versi opposta, espressa da chi, invece, anche di recente, ha inteso portare all'estremo lo sforzo “unificante” di cui si è detto. Tale ipotesi, torna a minimizzare – se non a negare – la circostanza dell'essenza tutta normativa dell'omissione, e, superando gli scogli concettuali dell'insostenibile teoria dell'*aliud agere*, la descrive semplicemente alla stregua di una

19. Efficace sintesi del fatto in Cass., Sez. IV, 22 maggio 2019, n. 22214, rv. 276685 (v. *infra*, cap. 3, nt. 32).

20. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 157. E dire che invece, trent'anni prima circa, VASSALLI, *Il contributo*, cit., 381, riconosceva che «se v'è un problema ancora veramente aperto, dal punto di vista dell'indagine dommatica, nella teoria generale del reato, esso è proprio quello della natura del reato omissivo», ammettendo che «ogni studioso scrupoloso sente di fronte a questo problema come un senso di disagio che nessuna accettazione di vecchie teorie o elaborazione di nuove riesce veramente a placare».

21. M. ROMANO, *Commentario*, cit., 313, il quale sostiene che l'elemento comune è invece rinvenibile sul terreno umano-personale e sociale.

non azione, dotata di sembianze “naturalistiche” corrispondenti a quelle della azione (positiva) e soprattutto in grado di rapportarsi come condizione dell’evento nello stesso modo²².

Secondo questa ricostruzione, sarebbe superficiale la constatazione più diffusa che vuole che una mancata azione dal punto di vista naturalistico corrisponda al “niente”: si fa piuttosto notare che attraverso i sensi e in natura, come si può percepire e descrivere che è stata realizzata un’azione, si può anche percepire, descrivere, documentare con strumenti di ripresa audiovisiva, che un’azione *non* è stata realizzata²³. Osservando la realtà degli accadimenti si può constatare che una “*determinata*” azione è mancata, così come eventualmente tante altre azioni nello stesso contesto spazio-temporale. È vero che quella azione è un “niente” sul piano empirico-materiale, ma nondimeno tale assenza costituisce un dato della realtà manifestatasi all’esterno e perciò se ne può attestare la verifica semplicemente osservando lo svolgersi degli accadimenti²⁴.

22. PREZIOSI, *La causalità penale all’orizzonte della “scienza nuova”*, Napoli, 2021, 115 ss.

23. Così anche GALLIANI, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980, 91, secondo il quale «l’omissione si distingue dall’azione per la mancanza di movimento muscolare, di elementi fisici, ma il momento esterno, l’elemento oggettivo, è un carattere tanto dell’azione quanto dell’omissione».

24. Secondo MARINI, *Condotta*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 17, si è in presenza di una parallela avvertibilità di fenomeni “positivi” e di fenomeni “negativi”, fermo il loro diverso essere nel naturalistico. Nell’azione si percepisce la presenza di un comportamento, nell’omissione si percepisce l’assenza di un comportamento, *rectius* di quel comportamento atteso, indipendentemente da quanto venga in concreto realizzato al suo posto, cioè l’*aliud agere*: come in una partitura musicale la pausa, pur essendo assenza di una nota, viene percepita ugualmente dall’ascoltatore, e ha un valore diverso, ma non minore, così le due tipologie di condotta generano due percezioni diverse, ma sempre presenti nella sfera sensoriale dell’interprete. Sulla notazione per cui il *non facere* concreta un dato reale dell’esperienza, DALL’ORA, *Condotta omissiva*, cit., 90 ss.; analogamente, VASSALLI, *Il contributo*, cit., 383, per il quale è «perfettamente rilevabile, constatabile da un punto di vista oggettivo, che quel soggetto non ha compiuto quella determinata azione», il che vuol dire che «è possibile rilevare oggettivamente, e sia consentito di dire *naturalisticamente*, che v’è stata una determinata condotta di quel soggetto a cui l’omissione è ascritta» (corsivo mio). Più in generale, i sostenitori della concezione normativa dell’omissione sono pronti ad ammettere comunque che se l’omissione è una «entità che trascende la realtà naturale, non ne prescinde affatto» perché «comprende un dato sostanziale consistente in un comportamento in senso stretto e negativo (attività ed inerzia che “non impediscano”)» (SPASARI, *L’omissione*, cit., 22, 88).

Non credo si possa contestare questa basilare osservazione. Il problema – piuttosto – consiste nello stabilire come e perché per identificare nella realtà una omissione si debba estrarre dal “niente” proprio *quella determinata assenza*, perché ci si dovrebbe soffermare su quel dato materiale; ma, in fondo, tale problema potrebbe attenersi alla qualificazione e alla rilevanza giuridica dei fatti, non ad una specifica intrinseca natura della condotta omissiva.

Infatti, anche tra le tante azioni che invece accadono nella realtà e si percepiscono “in positivo” attraverso i sensi vengono *estratte* quelle che assumono una rilevanza giuridica e si tralasciano le altre: da questo punto di vista – che è quello naturalistico – ciò che manca si può descrivere esattamente come ciò che è presente, perché *accade* né più e né meno. Se dalla mia finestra osservo che una persona cade a terra a poca distanza da un'altra, la quale, avvedutasi della caduta, indifferentemente prosegue nella lettura del giornale rimanendo seduta sulla panchina, posso senz'altro dire che sul piano della realtà dell'accaduto – dal mio osservatorio – lo spettatore ha omesso di soccorrere la persona infortunata. Egli ha anche omesso di compiere tante altre azioni, nella stessa circostanza, ma l'azione del soccorso viene selezionata dalla realtà, eletta a fattore in grado di designare una omissione, semplicemente perché se posta in essere avrebbe – con ogni probabilità – aumentato le chance di salvezza dell'infortunato. Il ritardo nei soccorsi, conseguente all'omissione, ha diminuito quelle chance, fermo restando che, soprattutto se chi ha omesso è un garante, occorrerà poi sincerarsi sul piano causale se un soccorso tempestivo (possibile e doveroso) avrebbe scongiurato l'evento letale, ai fini della configurabilità dell'omissione impropria.

Questa precisazione circa la “realtà” anche dell'omissione è funzionale al collegato tema della causalità, e costituisce una lucida presa d'atto che intanto il traguardo della parificazione degli standard di accertamento della causalità commissiva rispetto a quella omissiva può raggiungersi, in quanto anche in natura si colga una comune essenza di azione ed omissione, essendo invece più complicato tendere all'equiparazione dopo aver esaltato la diversità²⁵.

25. Notazioni del genere si coglievano già in SPASARI, *L'omissione*, cit., 90, il quale scriveva che: «una condotta in senso realistico, è alla base di ogni reato; [...] è possibile costruire una nozione unitaria di comportamento, costituente la base dell'illecito penale; [...] anche il nesso causale operante nell'ambito del reato omissivo costituisce un'entità ontologica».

Riflettiamo un po' più a fondo su tali spunti, cercando di chiarire la sostanza che si annida dietro l'etichetta della doppia dialettica "azione-omissione" e "fisicità-normatività".

Nella realtà, indubbiamente, alcune cose accadono, molte altre non accadono. Tra le prime annoveriamo l'azione, tra le seconde l'omissione. Sia l'accaduto che il non accaduto sono dunque dati estraibili dalla realtà, con una differenza, tuttavia: che l'accaduto si può direttamente descrivere, fotografare, filmare, e compito del narratore, del fotografo, del cameraman, è solo quello di selezionare dettagli e frammenti da tutto ciò che si è materializzato; mentre, per descrivere ed attestare il fatto non accaduto è richiesta una operazione mentale diversa e "preliminare". Occorre introdurre un "pensiero" attraverso il quale compiere la selezione.

Che si tratti di un "giudizio", come sostengono i fautori della concezione normativa dell'omissione, o – più propriamente – di una "manipolazione cognitiva", il passaggio selettivo è concettualmente distinto – perché più elaborato – da quello che richiede la descrizione dell'azione, per la quale l'intermediazione dell'intelletto riguarda solo il fenomeno percettivo.

Ma questo disallineamento corrisponde esclusivamente alla diversa identità delle due tipologie di condotta: non comporta la loro gravitazione in due mondi separati, come pretendono di sostenere i vessilliferi della fisicità dell'azione e della normatività dell'omissione. In particolare, la necessità di "pensare" all'azione mancante, estraendola dal vuoto lasciato dall'accaduto non implica di per sé l'abbandono dalla realtà e l'ingresso nel mondo delle norme. La "manipolazione cognitiva" è un peculiare strumento che l'osservatore della realtà deve mettere in campo per descrivere l'omissione, ma sempre con la realtà egli deve confrontarsi.

L'impatto con le norme avviene in un secondo tempo, esattamente nello stesso modo in cui si manifesta con l'azione. E non sto parlando di un fattore necessariamente cronologico, ma di un fattore "logico". È proprio questa la fase del "giudizio", la quale è destinata a processare ugualmente l'azione e l'omissione, a qualificarle giuridicamente²⁶.

26. Da questo punto di vista si potrebbe anche affermare che entrambe le forme di condotta hanno una pari dimensione normativa. Così, VASSALLI, *Il contributo*, cit., 386, concludeva sul punto: «legittima l'inclusione dell'azione e dell'omissione in un comune concetto normativo di condotta, non solo, ma reale e oggettivamente rilevabile l'esistenza di omissioni come un *non facere*, al punto da potersi confermare la *base naturalistica di tutti i reati* previsti dalle nostre leggi, ivi compresi i reati di pura omissione» (corsivi miei).

Tornando all'esempio del lettore del giornale seduto sulla panchina, è vero che sul piano dell'accaduto noi scorgiamo "soltanto" l'inerzia e l'*aliud facere*, ma è con *questi stessi dati fattuali*, nella prospettiva del non accaduto dalla quale ci poniamo quando vogliamo cogliere l'omissione, che ci dobbiamo confrontare per descrivere l'azione mancante del soccorso. Possiamo anche sostenere che cambia l'angolo di visuale con cui guardiamo una stessa realtà, la quale da una prospettiva ci mostra solo inerzia e *aliud facere*, dall'altra un mancato soccorso. Ciò non toglie che da entrambe le prospettive stiamo descrivendo la realtà, perché il "pensiero" che mette in luce l'azione mancante è un pensiero reale, collocato in un preciso frammento del tempo e dello spazio.

Si potrà approfondire il tema sul piano filosofico, dibattendo circa il confine dell'"essere" e circa l'essenza del "non essere", ma a noi soprattutto interessa – anche al di là delle etichette – il rilievo per il quale non occorre il "*quod debetur*" per concepire una omissione, poiché l'azione mancante, prima che nel mondo delle norme, vive nel mondo dei fatti; che l'omissione è una condotta "reale", seppure con le sue peculiarità.

4. *Connotati della causazione dell'evento tramite una omissione.* Si può dunque concordare con l'osservazione dottrinale sopra riassunta e, conseguentemente, disporci quantomeno a relativizzare il *topos* che, negando qualsiasi consistenza naturalistica all'omissione, ne conclama la sua esclusiva essenza, "al più presto", sul terreno normativo.

Il tema è indubbiamente delicato e i possibili "entusiasmi" che suscita la relativizzazione di un "dogma" vanno subito raffreddati, perché devono fare i conti con le peculiarità che offre il profilo concernente la causalità. Qui, anche il più sfrenato assertore della parificazione prestazionale dei due modelli causali, non credo possa ignorare quella che sembra una insanabile differenza pratica nella causazione per omissione al confronto con la causazione tramite azione. Il sintomo di tale differenza è ravvisabile nella preliminare difficoltà logica di stabilire con "certezza assoluta" che un evento sia stato causato da una omissione o per lo meno sempre con lo stesso grado di certezza a cui si può pervenire nel campo del reato commissivo. Per quanto si pretenda di accostare al massimo i due modelli di spiegazione causale, sotto il profilo della performance e degli strumenti operativi, l'esperienza dimostra che il "prodotto finito" del ragionamento causale non potrà mai perfettamente coincidere, e ciò discende dal

dato ontologico della sostanza inevitabilmente prognostica della causalità omissiva che la dottrina da molto tempo ha posto in luce²⁷.

Non riproduco qui il dibattito che ha attraversato la materia, lasciando peraltro pochi punti fermi e moltissime incertezze; la notazione deve valere per noi semplicemente come “spia” di un profilo peculiare dell’omissione rispetto all’azione, che ci impone un rilievo preliminare da cui partire per la nostra ricerca: anche a voler seguire la versione naturalistica “spinta” dell’omissione, quella che più ne avvicina le sembianze all’azione²⁸, si deve ammettere che una “non azione” non è mai in grado di attivare il meccanismo causale, e che dunque la dimensione naturalistica della causalità dell’omissione assume necessariamente un carattere *ancillare* rispetto ad un meccanismo altrimenti attivato (da una azione o da un fattore naturale)²⁹.

27. È questa la principale difficoltà in cui si imbatte la tesi della causalità omissiva come evitabilità dell’evento, dimostrata da formule di accomodamento quali quella della probabilità probatoria “confinante con la certezza” (GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 406 ss., il quale addirittura evita di parlare di “causalità omissiva” e impiega la formula di «equivalente tipico della causalità»; FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità per omissione*, in *Foro it.*, 1983, V, 38, che parla per tale ragione di una causalità ipotetica, determinata con un grado di attendibilità minore rispetto a quella dei reati commissivi), o quella del «controfattuale di secondo grado» che caratterizzerebbe il modello euristico della causalità omissiva (PALIERO, *La causalità dell’omissione*, cit., 843, su cui finisce per concordare anche STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L’attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1919, in nota).

28. Ad esempio, secondo PREZIOSI, *La causalità*, cit., 162, la circostanza che la causalità omissiva, a differenza di quella commissiva, non si fondi su una condotta empiricamente apprezzabile non determina «una duplicazione del *modello di causalità*, che è sempre lo stesso» (corsivo A.).

29. Cass., Sez. III, 14 novembre 2016, n. 47979, rv. 268658, nel caso di un lancio di “gavettone” con conseguenze mortali, ha ribadito che nella causalità omissiva «l’agente può solo cambiare la storia del fatto evitando che si avveri ovvero piegando il corso degli eventi verso un approdo che preservi il bene tutelato dalla lesione cui andrebbe altrimenti incontro [...] Ma se non lo fa, la condotta omessa non appartiene all’esperienza sensibile perché semplicemente non esiste “*in rerum natura*”. Sicché in questo caso, per poter attribuire l’evento all’agente è necessario che, ipotizzandosi come avvenuta l’azione doverosa ed esclusa l’interferenza di decorsi causali alternativi, si possa affermare con elevato grado di credibilità razionale che l’evento non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva [...]. Di qui la necessità di un criterio rigoroso e non meramente statistico (l’elevato grado di credibilità razionale) che guidi il giudice nella ricostruzione di un fatto mai esistito, di

Si fa l'esempio di una patologia cardiaca non grave che può essere agevolmente curata, ma che tuttavia ha portato alla morte del paziente, perché questi non si è prontamente attivato per farsi fare una diagnosi o per sottoporsi alla terapia oppure perché non è stato adeguatamente trattato da chi lo aveva preso in carico. In tal caso, è vero che la non azione dello stesso paziente o la non azione del medico con un grado di probabilità molto vicino alla certezza ha concausato l'evento, non avendolo impedito per il tramite di una condotta attiva appropriata; ma è anche vero che il meccanismo causale non intercettato che ha condotto a morte è stato messo in moto *solo* dal fattore patologico naturale e che senza siffatta attivazione non si parlerebbe neppure di una qualche omissione. Quel fattore, e non altri, è in grado dar vita anche al tema delle interferenze causali delle omissioni, e, più radicalmente, alla possibilità di configurare ipotesi di condotte omissive.

La causalità omissiva, dunque, “*accede*” alla causalità attiva, dipendendo da essa: da sola non può essere concepita. Questo è un dato insopprimibile, direttamente connesso con la peculiare qualità reale dell'omissione di cui abbiamo parlato nel paragrafo precedente; non lo si può obliterare, anche a prescindere dal più o meno preponderante ruolo che si voglia attribuire nell'omissione alla dimensione deontica.

Siamo al cospetto di un dato che incide in maniera determinante quando si ragiona di condotta tipica nel reato ad evento a forma libera. Infatti, nel reato commissivo la condotta causale può essere descritta, circostanziata e processualmente addebitata al suo autore semplicemente ricorrendo ad una sintesi verbale del comportamento da questi in concreto tenuto, siccome condizione contingentemente necessaria, attivante il dinamismo produttivo dell'evento. L'individuazione della condotta tipica commissiva consiste nella semplice *descrizione del reale*, dell'accaduto quale fattore attivante la dinamica causale.

una realtà alternativa e parallela, oltre ogni ragionevole dubbio, a quella reale». Di contro, nella causalità commissiva «l'agente è parte attiva del rapporto causale che innesca lui stesso o nel quale si inserisce indirizzandolo positivamente verso l'evento. In questo caso egli è nella storia del fatto, la sua azione è parte dell'esperienza sensibile realmente percepita come tale dai protagonisti del fatto e da chi è chiamato a ricostruirlo. Il giudice, in questo caso, non deve impegnarsi nella ricostruzione di un fatto immaginario perché mai esistito, ma deve addentrarsi nel fatto stesso, ripercorrendone ogni singolo passaggio; egli è lo storico del fatto».

Invece, nel reato omissivo, la “non azione” causale non si potrà risolvere nella semplice descrizione dell'accaduto, bensì nella descrizione dell'accaduto tenendo conto di quanto ipotizzato o “idealizzato”³⁰, secondo cadenze temporali e spaziali formulate anch'esse in via di ipotesi. Per proseguire nell'esempio di prima, posso affermare che il soccorso non c'è stato, e questo è l'accaduto; poi, però, quando mi domando che cosa sarebbe accaduto se lo spettatore si fosse tempestivamente attivato, anche solo chiamando un'ambulanza, sto già formulando delle ipotesi controfattuali o comunque non fattuali.

Infatti, il compito richiesto non è quello di completare il tabellone di un puzzle del pezzo mancante, descrivibile in concreto con la mappatura del vuoto da riempire; il pieno non è semplicemente ricavabile dalla sagoma del vuoto. È richiesto il tracciamento di una ipotesi controfattuale, il più possibile concreta e circostanziata, il più possibile aderente alla realtà, ma *frutto della sola immaginazione*. L'azione sta alla realtà come l'omissione alla fantasia, sebbene collocata nella realtà. L'omissione è un “pensiero reale”, ma pur sempre un pensiero.

La sua tracciatura si concretizza secondo una congerie di variabili confacenti al contesto, ma, in ossequio al modello del reato di evento a forma libera, opzionate tra le tante unicamente in nome della causazione dell'evento, secondo la peculiare prospettiva del suo mancato impedimento³¹. È una tracciatura in cui domina la funzione, mentre risulta recessiva la struttura.

Dunque, sul piano della pratica, la formulazione della condotta omissiva costituisce l'*output* di un lavoro *in vitro*, più o meno accurato, prodotto nel laboratorio delle ipotesi che è il processo penale.

30. Questo termine ricorre nella sentenza-trattato sul caso Thyssen (Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, rv. 261107), per illustrare il controfattuale nella causalità omissiva (§ 10).

31. Scrive PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 843, che «in assenza del modello (*ipotetico*) dell'azione impeditiva, l'omissione è un *vacuum* insignificante sia sotto il profilo giuridico che epistemologico: perde infatti la sua identità concettuale, e quindi il suo valore condizionante. Ciò discende, in ultima analisi, dall'essenza *normativa* dell'omissione; a differenza dell'azione, l'omissione è un *concetto di relazione*; assume significato e quindi efficacia condizionante solo se relata ad un modello di condotta attiva specifico» (corsivi dell'A.). Che l'omissione sia un concetto di relazione corrisponde a quanto sostenuto nel testo; ma tale connotato identitario, a mio avviso, non dipende dall'essenza “normativa” dell'omissione, bensì dal suo consistere concettualmente in una “azione mancante” da dover immaginare.

Anche chi sostiene che l'omissione «“entra” nel decorso causale a pieno titolo» come una «condizione negativa, ma realmente necessaria»³², vale a dire come un fattore che è in grado di confrontarsi con la realtà dell'accaduto, nei termini ugualmente naturalistici del «non accaduto», dovrà però riconoscere che il «cagionare» esprime quell'accaduto nel suo effettivo dinamismo, mentre il «non impedire» esprime sempre inevitabilmente una potenzialità. Se si potesse, verrebbe da dire che un “accaduto in quanto non accaduto” si trova anch'esso nella fisicità della natura, ma la sua visualizzazione parte pur sempre da un'opzione mentale.

Questo dato ontologico (non soltanto normativo) non attenua, bensì, al contrario, rende più acuto il tema della tipicità dell'omissione, riguardato sotto la lente del divieto di responsabilità per fatto altrui e del principio di materialità-legalità.

Infatti, sulla base di quanto sin qui osservato circa la connotazione “immaginarie” dell'omissione, non è certamente meno necessario che la condotta ascritta al soggetto riceva una sua descrizione in concreto, una sua precisa individuazione come fattore causativo (non impeditivo) dell'evento. Se la tipizzazione astratta del reato di evento a forma libera genera attraverso la fattispecie una tipologia di precetti del pari a forma libera come divieto («non causare l'evento!»), il rimprovero all'agente per il fatto commesso è invece pur sempre incentrato sulla condotta: «perché hai causato l'evento attraverso questa condotta?»; «perché hai tenuto questa condotta che ha causato l'evento, contravvenendo alla pretesa normativa?». Solo così si rispetta il divieto di responsabilità per fatto altrui (art. 27, comma 1, Cost.), perché solo attraverso la realizzazione della condotta l'agente infrange il precetto che gli vieta di causare l'evento; il che vuol dire che solo non compiendo la condotta si sarebbe osservato tale precetto³³.

Né il ruolo della condotta come fulcro attorno a cui ruota la dimensione precettiva della norma penale è diverso nel reato omissivo improprio. Anche qui, per stabilire se il garante ha davvero mancato di impedire un evento che si è nella realtà verificato, come succede nell'equivalente

32. PREZIOSI, *La causalità*, cit., 162; in Italia, ovviamente, il riferimento principale è a STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1252 ss.

33. Sentiamo GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 97: «se si vuol dare alla norma, come regola di condotta, un significato razionale, essa deve essere ricostruita in questo modo: “Siccome è vietato di produrre tale evento, così tu devi astenerci da ogni condotta che sia capace di produrre detto evento”».

commissivo, occorre ascrivergli una condotta (omissiva) e accertare se tale condotta abbia causato l'evento, alla stregua degli artt. 40, comma 1, e 41: «perché hai causato l'evento attraverso questa omissione?»; «perché hai mancato di compiere questa azione che avrebbe impedito l'evento?»³⁴.

Gli ingredienti della tipicità sono sempre gli stessi: un evento, una condotta e un rapporto di causalità che li colleghi.

Ecco perché sorge il problema della descrizione della condotta omissiva corrispondente alla azione non compiuta, che in astratto è funzionalmente delineata come condotta di non impedimento, ma che in concreto *deve essere individuata nel tempo, nello spazio e nelle modalità, in quanto fattore a cui riferire il tema causale*³⁵. Ed ecco il vero significato della proclamata «equivalenza», operazione giuridica che va relativizzata, perché suppone comunque una diversità “ontologica” in partenza e un medesimo trattamento in arrivo, vale a dire la “parificazione” di due entità differenti.

34. Sulla spiegazione della fattispecie omissiva impropria come costituita da una norma che comanda un'azione impeditiva, pur nella prospettiva della tutela dello stesso bene a cui mira una corrispondente norma che vieta l'azione, ravvisandosi quindi due specie di precetti accomunati dallo stesso elemento teleologico, FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 74 ss.; in precedenza, invece, prevaleva la spiegazione nei termini di norma-divieto (VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, 48 ss.). Peculiare la posizione di Grisigni, il quale, nel campo specifico dell'omissione sembra attenuare quanto sostenuto in generale per i reati di evento (v. nt. precedente), quando osserva che «nei delitti commissivi mediante omissione si viola un *divieto* e precisamente il divieto di cagionare colla propria omissione, un evento», salvo specificare che «siccome [...] è necessario che la condotta diversa sia contraria ad una norma e precisamente ad un *comando* di fare, così nei delitti omissivi impropri si ha una duplice violazione e cioè un comando di azione e un divieto di produrre l'evento» (GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., 54, corsivo dell'A. La parziale distonia si deve verosimilmente alla circostanza che l'opinione ora riferita, a differenza di quella riportata nella precedente nota, riproduce testualmente i contenuti di un lavoro risalente a qualche anno prima: cfr. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 48 s.).

35. Secondo GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 364, «l'esatta identificazione del comportamento doveroso risulta necessaria sotto un duplice profilo: anzitutto per valutare esattamente la responsabilità del garante nelle ipotesi in cui questi non sia rimasto del tutto inattivo [...]; in secondo luogo per valutare il nesso di condizionamento tra condotta omissiva ed evento». Secondo PREZIOSI, *La causalità*, cit., 162, si deve cercare «un *comportamento alternativo che avesse potenzialmente efficacia impeditiva dell'evento*. Ancor più precisamente, [...] un comportamento alternativo che, alla stregua delle leggi di copertura idonee, fosse in grado di inserirsi nel processo eziologico che effettivamente ha dato luogo all'evento, esplicando effetti potenzialmente impeditivi» (corsivo A.).

5. *Omissione e responsabilità da posizione.* La ricostruzione ora tratteggiata colloca in primo piano nello schema del reato omissivo improprio l'idea che si possa causare un evento anche attraverso una omissione, un tempo ricavata per implicito dal sistema, e ora sancita negli artt. 40 e 41 del codice. Eppure, quando il ricorso pratico al reato omissivo improprio si è fatto più frequente nei vari campi della c.d. società del rischio, a ristoro di una smisurata platea di vittime di disastri piccoli o grandi, quelle peculiarità "ontologiche" della causalità omissiva a cui ho fatto riferimento sono venute alla ribalta in vario modo.

Nella prospettiva della massimizzazione della tutela esse hanno costituito un ostacolo, poiché rappresenta una scoperta forzatura, molto dubbia sul piano del rispetto del principio di legalità, affermare che causa un evento quella mancata azione che semplicemente riduce le possibilità di evitarlo, o perché possiede la sicura capacità di deviare il corso degli accadimenti, ma senza potersi prevedere in quale direzione, o perché quella capacità non è neppure in sé certa, bensì solo eventuale; nella prospettiva della massimizzazione (invece) delle garanzie degli imputati, le stesse peculiarità hanno costituito un problema serio, perché non è affatto facile far capire alle vittime che una omissione che comporta una sicura diminuzione della possibilità di salvezza del bene non debba punirsi penalmente, vieppiù se si tratti di grave trascuratezza o negligenza³⁶.

Di fronte a tali difficoltà del reato omissivo improprio calibrato come modello a struttura causale, c'è stato chi, in dottrina, ha proposto una lettura dell'art. 40, comma 2, c.p., come fondante un modello di reato non causale, bensì "imputativo" riservato ai soggetti gravati di una posizione di garanzia.

Si è sostenuto che la circostanza che nel reato omissivo si richieda preliminarmente un soggetto qualificato («garante»: gravato dell'obbligo di impedimento) come autore della condotta implicherebbe una sorta di *by pass* sulla dimensione della tipicità, la quale si risolverebbe con la semplice constatazione che l'evento da impedire si sia verificato, salvo poi stabilire in un secondo momento se il mancato impedimento dell'evento, sempli-

36. Sulla difficoltà per i giudici di ignorare il grido di dolore delle vittime a fronte di comportamenti sicuramente negligenzi dei garanti, ma non costituenti condizione necessaria dell'evento secondo le regole generali del diritto penale, STELLA, *L'allergia alla prova della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 393 ss.

cemente attestato dalla sua verifica, sia dipeso da colpa del garante. Tale tesi, comporta il rifiuto aprioristico di impostare un problema di autonomia “causalità omissiva”, il quale non avrebbe alcun diritto di cittadinanza nel sistema a causa delle peculiarità dell’omissione, e porta con sé anche una totale evaporazione della tipicità omissiva, come momento di contrasto con un precetto che impone modalità comportamentali precise e concrete.

La responsabilità del garante dipenderebbe semplicemente dal riscontro dei singoli passaggi in cui si articola la colpa, a cominciare da quello relativo alla diligenza obiettiva, continuando con quelli relativi al collegamento tra l’evento e la violazione della regola cautelare, per finire con quello relativo alla esigibilità del comportamento diligente.

La tesi è brillantemente sostenuta; è illustrata con chiarezza argomentativa e coerenza tra obiettivi (politico-criminali) e strumenti (esegetico-dogmatici). Il fatto tipico, con la sua funzione di pietra angolare del sistema, sfuma nella semplice obiettiva constatazione che l’evento descritto dalla norma si è verificato e che colui al quale viene ascritto rivestiva il ruolo di garante, per risolversi in un “giudizio” normativo di colpa, riferito non già ad una determinata condotta, bensì ad un generico contegno³⁷. Che l’agente concreto abbia agito od omissso, in definitiva, poco importa se egli ricopriva una posizione di garanzia; che l’agente modello, nella stessa situazione, avrebbe agito o omissso, e come avrebbe agito e che cosa avrebbe omissso, poco importa sul piano del fatto commesso: è invece decisivo il rilievo che nella situazione concreta era disponibile per l’agente un’alternativa comportamentale che egli non ha percorso, così violando una misura obiettiva di diligenza connessa all’evento, in quanto

37. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1701: «il soggetto dovrà rispondere per un evento da lui “non impedito” non perché egli abbia “causato” l’evento attraverso una condotta omissiva”, bensì perché egli non ha attivato i doveri e poteri impeditivi connessi alla sua posizione di “garante” del bene, o di “custode” di una determinata fonte di pericolo» (corsivi A.). In precedenza, sul ruolo dell’art. 40, comma 2, come regola di imputazione che prende atto della impossibilità di concepire la causalità dell’omissione e si fonda esclusivamente sul possesso della posizione di garanzia, si era espresso ANGIONI, *Note sull’imputazione dell’evento colposo con particolare riferimento all’attività medica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1282 ss., il quale scrive che «data una posizione di garanzia, ciascun evento rientra fra quelli coperti dalla posizione di garanzia e per ciò solo rilevante, senza bisogno di aggiungere un’indagine fattuale di tipo causale».

la sua osservanza avrebbe ragionevolmente deviato il corso degli accadimenti in senso favorevole alla vittima.

Nella sostanza sparisce la stessa urgenza di distinguere l'azione dall'omissione, così come sparisce l'illusione di rintracciare un effettivo rapporto di causalità tra il contegno dell'agente e l'evento; la condotta è il mancato comportamento diligente, la causalità è il collegamento tra la violazione della diligenza e l'evento che si è verificato, secondo un giudizio «strutturalmente eterogeneo rispetto a quello sulla causalità dell'evento»³⁸.

Quest'ultimo è il punto pratico di ricaduta più importante, poiché alla liberazione concettuale dal problema della causalità dell'omissione tiene dietro l'affermazione – questa più ricorrente in dottrina – che ai fini della causalità della colpa ci si accontenta di qualcosa di molto meno impegnativo, grosso modo corrispondente ad un aumento del rischio, vale a dire in termini omissivi ad una diminuzione di chance di salvezza del bene³⁹.

Non si può negare che la tesi sia coraggiosa e coerente, innanzitutto, con il dichiarato scopo contingente di evitare «la *pratica impossibilità* di accertare i presupposti di una responsabilità *ex art. 40, comma 2, c.p.*, in una quantità enorme di casi»; in secondo luogo, con la constatazione della netta differenza tra la spiegazione causale volta a stabilire come sono andate le cose e la prognosi su «come le cose sarebbero andate se», corrispondente alla pari enorme differenza tra l'agire e l'omettere.

E, sotto questo profilo, si fa maggiormente apprezzare rispetto al discorso di chi sbandierando il traguardo miracolistico della “certezza pro-

38. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1697. In termini sostanzialmente analoghi, PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della “diminuzione di chances”*, in *Arch. pen. (web)*, 2018, fasc. II, 24 ss.

39. Questo è l'aspetto che divide la tesi di Angioni da quella di Viganò, poiché il primo sostiene che la causalità dell'azione *ex art. 40* e la causalità della colpa *ex art. 43*, dal punto di vista sostanziale, non divergono, in particolare quanto alla impossibilità di far ricorso nell'uno come nell'altro caso al criterio dell'aumento del rischio in ordine all'evitabilità dell'evento (ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1287 ss., 1308 ss.), anche contro la tesi di chi lo ritiene invece applicabile nel quadrante della colpa commissiva. Secondo tale ultima tesi, la garanzia del collegamento effettivo in termini di alta credibilità razionale tra condotta ed evento sul piano causale è ricondotta all'art. 40, comma 1 (cfr. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione “per aumento del rischio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 76 ss., per il quale tuttavia ciò non vale per la colpa omissiva dove la prova della causalità oltre ogni ragionevole dubbio si sovrappone del tutto a quella della evitabilità; in senso adesivo, VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 223).

cessuale” evocato dalla sentenza Franzese ritiene sussistente la causalità omissiva sulla base di circostanze peritali che consentirebbero al più di concludere che la condotta diligente avrebbe *probabilmente* evitato l'evento e di chi, volendo ricercare anche in questo campo il canone codicistico dell'oltre ogni ragionevole dubbio pretende però di tener fermo il distinguo tra azione e omissione, collocando quest'ultima in un territorio esclusivamente normativo.

Il principale punto debole della tesi in parola consiste piuttosto nella sua problematicissima compatibilità con il diritto positivo vigente. Essa sembra dimenticare che l'art. 40, comma 1, riferisce il tema causale sia all'azione che all'omissione, sicché anche in relazione a tale tipologia di condotta il giudice deve accertare se sussiste in concreto un suo legame causale con l'evento.

Dimentica altresì che il successivo comma 2, ci dice che il non aver impedito l'evento «equivale» ad averlo causato (attraverso una azione); ciò significa che non basta il riscontro della qualità di garante in capo all'omittente, ma occorre pur sempre che si possa stabilire che egli – in tale qualità – nelle circostanze date di tempo e di luogo *non abbia attraverso la propria omissione impedito l'evento*. La circostanza che un soggetto sia gravato da un dovere di garanzia e l'altra circostanza che un evento del tipo di quelli che il garante doveva impedire si è verificato costituiscono non la conclusione del discorso, ma la sua premessa: il programma prevede di accertare se le due circostanze possano essere poste in collegamento tra loro attraverso la “non azione” da parte del garante, quale fattore (con) causale dell'evento.

L'equivalenza con il cagionare non è calibrata esclusivamente sull'obbligo giuridico di impedimento, bensì sul fatto-risultato del mancato impedimento dell'evento da parte dell'obbligato: la norma ci dice non che «causa l'evento chi ha obbligo di impedirlo», ma che «può anche causare l'evento chi ha l'obbligo di impedirlo e non lo abbia impedito».

A questi possibili argomenti si replica che «né il legislatore, né tantomeno l'interprete possono *inventarsi* un nesso causale tra un *non facere* e un evento, laddove un tale nesso non esista in *rerum natura*»⁴⁰, tanto è vero che lo stesso legislatore, dopo aver parlato nondimeno di un «rapporto di causalità» tra l'omissione e l'evento (art. 40 c.p.) sarebbe stato «costretto» a

40. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1716.

stabilire i requisiti puramente giuridici di siffatto rapporto, non altrimenti reperibile in natura, fissandoli unicamente nella esistenza di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento in capo al soggetto e nel mancato impedimento dell'evento da parte sua⁴¹.

Non mi pare, però, che la replica colga nel segno, semplicemente perché, se è vero che l'art. 40, comma 2, detta le condizioni giuridiche in presenza delle quali il legislatore – riconoscendo evidentemente le peculiarità della causalità omissiva – equipara il causare al non impedire, è del tutto arbitrario da tale premessa trarre la conclusione che per tale via faccia anche a meno dall'ascrivere al soggetto di aver tenuto una *condotta*, risolvendosi il fatto del “mancato impedimento” nella mera “venuta ad esistenza dell'evento”. La venuta ad esistenza dell'evento, a sua volta, è la premessa fattuale da cui si deve partire per stabilire poi se ciò sia dipeso dall'omissione del garante o da altre cause al garante non ascrivibili, ed è su questi temi che si profila la dimensione della tipicità omissiva⁴².

Quanto alla «inesistenza *in rerum natura*» della causalità omissiva, senza entrare nel merito delle opposte conclusioni a cui parte degli studiosi sono pervenuti, basti dire che se il diritto vivente da almeno un secolo “costruisce” tale peculiare rapporto causale tra un *non facere* e un evento, anche nei sistemi nei quali manca o è mancata la positivizzazione della clausola di equivalenza, invocare un “ritorno alla natura” in questa materia non ha alcun senso, poiché reale o costruito che sia l'interprete odierno è chiamato a stabilire non *se* si possa parlare di un siffatto rapporto, ma soltanto – e non è compito agevole – *quando* esso possa essere riconosciuto esistente.

La tesi in discussione non ha avuto un grande seguito, ma essa, da un lato, si è alimentata dalla difficoltà di raggiungere punti fermi in tema di

41. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1717. L'A. propone l'esempio del bambino piccolo annegato in mare come caso che già di per sé completa la fattispecie dell'art. 40, comma 2, nei confronti della madre, sostenendo che la norma non richiede invece espressamente l'ulteriore requisito «implicito nella pre-comprensione abituale» che la madre fosse concretamente nelle condizioni di compiere un'azione impeditiva dell'evento.

42. Molto chiaro al riguardo quanto scriveva DALL'ORA, *Condotta omissiva*, cit., 107 ss., precisando che l'art. 40, comma 1, tratta il tema della «causalità del fatto», mentre il comma successivo il tema della «tipicità del fatto», logicamente concorrente con il primo. VASSALLI, *Il contributo*, cit., 382, parla della «categoria dei reati con evento, perpetrabili indifferentemente con condotta positiva o negativa, *salva l'ulteriore restrizione legislativa (art. 40 cpv.) delle condotte causali nei casi in cui si tratti di condotte negative*» (corsivo mio).

causalità omissiva sul fronte della possibile sua equiparabilità alla causalità commissiva, d'altro lato, rappresenta l'espressione più spinta della versione tutta normativa dell'omissione.

L'aspirazione è quella di risolvere le fattispecie omissive improprie in figure contrassegnate da responsabilità da posizione, nelle quali il disvalore di evento rappresenta il fattore che fa emergere una sorta di colpa d'autore alla cui stregua verificare gli estremi di una responsabilità penale "semplificata". Il metodo che la alimenta, però, non è affatto condivisibile, poiché l'interprete non deve preliminarmente prefissarsi un traguardo pratico da raggiungere (assicurare condanne per comportamenti negligenti che sottraggono indebitamente chance di salvezza alle vittime) e poi studiare l'argomento giuridico adeguato allo scopo; deve invece ricostruire quale è il risultato che scaturisce dal diritto positivo, impiegando gli usuali strumenti esegetici, per poi eventualmente denunciare manchevolezze o vuoti di tutela. I problemi teorici e pratici segnalati in premessa sono reali e pressanti, ma non si può pensare di risolverli con un colpo di scena ad effetto.

6. *Omissione tipica come "non azione" doverosa.* Superate le "suggestioni" della tesi che pretende di cancellare la condotta omissiva come fulcro del "fatto commesso" nel reato omissivo improprio, occorre tornare alla ricerca degli estremi che rendono tipica quella condotta.

L'obiettivo è di delineare una azione impeditiva che in concreto risulta non compiuta, la quale non è descritta previamente dalla legge (come nei reati omissivi propri) né ricavabile direttamente dalla realtà (come nei reati commissivi di evento) perché appunto non è stata compiuta, ma che al contempo sia nella stessa realtà individuabile come *causale, doverosa e possibile*.

Fatto e diritto si mischiano nella composizione della materia e, in linea di principio, non è detto che il metodo per tentativi a cui l'esperienza ricorre richieda un ordine logico da rispettare in ogni caso. Può accadere, per esempio, che una condotta attiva certamente doverosa per il garante sia stata omessa, ma al contempo che essa debba essere scartata come omissione tipica poiché altrettanto sicuramente realizzandola l'evento non sarebbe stato impedito; così come può accadere che una condotta attiva che certamente avrebbe evitato l'evento non sia tuttavia doverosa per il garante, in quanto da questi inesigibile o nel mondo dei fatti o in quello giuridico.

Tuttavia non si deve credere che l'alternativa metodologica costituisca un'opzione indifferentemente risolvibile caso per caso dal giudice, a seconda dell'ispirazione del momento. In ossequio alla tradizione del *non facere quod debetur* – come già rilevato – il procedimento per individuare la condotta omissiva tipica si sviluppa dalla premessa che intanto sussiste una omissione in quanto sussiste l'obbligo di compiere un'azione a carico del soggetto. Il criterio designato per “immaginare” l'azione mancata è quindi quello del *dover essere*, sicché la condotta dovrebbe sempre affiorare a tutta prima dal mondo delle norme (intese in senso lato)⁴³.

In questa prospettiva, in presenza della verifica di un evento che il soggetto garante doveva impedire, per stabilire quale azione era attesa da parte sua occorre scrutinare regole cautelari valide nella situazione concreta, le quali, come risulta nel terzo alinea dell'art. 43 c.p., potrebbero essere scritte in una qualche fonte normativa che disciplina l'attività pericolosa, ovvero potrebbero ricavarsi dalla misura della diligenza obiettiva, ricostruibile *ex post facto* con la matita della prevedibilità ed evitabilità dell'evento e con il flessibile apporto dell'agente modello⁴⁴, ovvero, secondo altre versioni, più attente all'esigenza della certezza e della riconoscibilità *ex ante*, tenendo solo conto della pregressa esperienza che ha formato regole consuetudinarie, usanze, abitudini, protocolli, linee guida⁴⁵.

43. Ad es., in Cass., Sez. IV, 22 dicembre 2008, n. 47490, rv. 242568 (ma diversamente massimata), si legge che «nel caso di comportamento omissivo, è solo con riferimento alle regole cautelari inosservate che può formularsi un concreto rimprovero nei confronti del soggetto e verificarsi, con giudizio controfattuale ipotetico, la sussistenza del nesso di causalità».

44. Letteratura sterminata per il c.d. indirizzo deontico tradizionale: sintesi in PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. X, Milano, 2017, 227 ss., nonché in CASTRONUOVO, *Colpa penale*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 221 ss.; per l'affermazione che negligenza, imprudenza, imperizia non sono qualifiche normative astratte, ma criteri comportamentali di cautela rimessi alla concreta gestione di un agente libero di agire nell'ambito della sua sfera di competenza, sicché il problema della genesi e del rinvenimento delle regole cautelari da parte del giudice è di per sé estraneo al principio di legalità, CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 501 ss.; per la persistente validità dell'impiego dell'agente modello, anche nel settore sanitario, CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 51 ss.

45. Da ultimo, a favore del c.d. indirizzo prasseologico positivisticò, avviato da GIUNTA, *Illicietà e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 242 ss., con particolare incisività, MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, 105 ss.

In altri termini, occorre pescare “al più presto” l’azione dovuta all’interno del materiale della colpa. Lì dentro si cerca ciò che avrebbe fatto l’agente modello (garante) nella stessa situazione concreta in cui versava quello reale, così scrivendosi i connotati del comportamento lecito (eventualmente alternativo o diverso). L’ommissione consisterebbe allora nel non aver compiuto l’azione obiettivamente diligente, determinandosi una ineliminabile “anticipazione” della colpa nel fatto tipico.

Non disponiamo, a proposito dell’ommissione, di uno statuto normativo separato e distinto da quello cautelare che fonda la colpa, perché le fonti giuridiche da cui discendono le posizioni di garanzia non stabiliscono anche che cosa debba fare il garante designato in ogni circostanza pericolosa e, soprattutto, refluiscono nelle fattispecie del reato omissivo improprio semplicemente perché assolvono al compito di delineare il suo presupposto⁴⁶. La conseguenza, come osserva la dottrina, è quella che «si deve ritenere che sul piano strutturale omissione e colpa finiscono nella sostanza per assimilarsi»⁴⁷.

Di per sé tale “semplificazione” non dovrebbe costituire un problema; rimane però la differenza funzionale tra l’azione mancante nello schema dell’art. 40, comma 2, e quella doverosa secondo l’art. 43, terzo alinea. Nel primo caso, infatti, al garante è richiesto di impedire l’evento e quindi l’azione attesa deve possedere la capacità di deviare il corso degli avvenimenti al punto da scongiurare l’accaduto, almeno modificandone dati rilevanti; nel secondo caso, invece, la colpa prende in considerazione una congerie di regole, molte delle quali semplicemente destinate a disciplinare una situazione di rischio, nella prospettiva di contenerlo entro limiti di accettabilità, o comunque prescrittive di comportamenti prudenziali. E poiché un conto è ridurre il rischio, utilizzando la massima diligenza possibile, un altro azzerarlo, come ha ben descritto la dottrina, l’interprete che voglia tracciare i connotati dell’azione doverosa ai fini dell’art. 40, comma 2, dovrebbe proporsi di “selezionare” all’interno del mondo delle cautele quelle rilevanti in funzione dell’impedimento, scartando tutte le altre.

46. Non sembra dunque esatto il concetto che esprime SUMMERER, *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, in *Leg. pen.*, 2022, 2, 143, quando afferma che «nel reato omissivo è l’obbligo giuridico del garante a indicare la condotta alternativa necessaria a impedire l’evento».

47. BARTOLI, *Il problema*, cit., 91.

Si tratta, all'evidenza, di un lavoro non semplice e soprattutto condannato a sortire esiti opinabili, poiché la collocazione del confine tra le cautele utilizzabili per impedire l'evento e quelle invece destinate solo a ridurre le probabilità di verifica entro limiti socialmente accettabili è espressione di una scelta pressoché arbitraria, poco compatibile con l'atmosfera di legalità (prevedibilità, certezza del diritto) che dovrebbe ispirare i discorsi in tema di tipicità.

Del resto, calare l'omissione al più presto nella dimensione deontica, senza distinguere se l'azione (giuridicamente) attesa era doverosa perché funzionale all'impedimento dell'evento o perché semplicemente volta ad innalzare gli standard di sicurezza, significa accomunare tra loro tipologie di pretese comportamentali per il tramite di un filo conduttore del tutto privo di significato sostanziale. Se diverge l'obiettivo in funzione del quale il dovere è imposto, ravvisare come tratto identitario del profilo dell'omissione proprio la contrarietà ad un qualunque dovere equivale a privilegiare una sistematica organizzata su aspetti formali, più adatta alla speculazione fine a se stessa che alla materia del confine tra lecito ed illecito.

Ora, poiché l'art. 40, comma 2, basa l'estensione-equiparazione di tipicità sull'impedimento dell'evento, è evidente che l'unico profilo deontico che interessa nel reato omissivo improprio corrisponde a quello funzionale a tale obiettivo; ciò significa che l'impostazione tradizionale che pretende una sequenza metodologica incentrata sul non compimento di un'azione doverosa, impone in linea di massima all'interprete di scartare preliminarmente quel tipo di cautele riferibili unicamente ad una riduzione del rischio, grosso modo corrispondenti alle c.d. regole cautelari improprie⁴⁸.

48. Così, infatti, scrive VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 42: «l'obbligo che incombe in capo al garante non è [...] quello di ridurre il rischio (nella misura possibile), ma di prevenire l'esito lesivo [...]. Tradotto secondo la distinzione tra regole cautelari proprie ed improprie, questo significa che il garante deve avere la possibilità di attivarsi evitando con una probabilità confinante con la certezza l'evento: e che tale possibilità è data solo se esiste una regola cautelare propria cui conformare la condotta attiva "osservante" del comando». Più di recente, per non mettere fuori gioco le regole cautelari improprie rispetto all'area della rilevanza penale e sul presupposto che nelle fattispecie di omissione impropria il giudizio ipotetico-prognostico rappresenta solo l'*ultimo passo* del riscontro di tipicità della condotta, si è tornati a proporre che al posto del giudizio di evitabilità dell'evento ai fini della imputazione dell'evento ci si possa accontentare della dimostrazione che l'omissione abbia prodotto diminuzione di chance di salvezza (cfr. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per*

È bene però chiarire che siffatta cernita, oltre che dar luogo a profili di arbitrarietà, viene sviluppata necessariamente in una *dimensione astratta*, soprattutto allorché si tratti di colpa specifica; in tal modo, infatti, l'esame circa la doverosità dell'attivarsi non può essere svolta su una azione immaginata con quei caratteri di *specificità e concretezza* di cui la norma è per sua natura priva. Ciò incide sulla precisa individuazione della condotta omissiva, la quale, se confrontata con la irripetibile concretezza dell'azione del reato commissivo, appare qui con contorni molto più sfumati, potendo comprendere spesso una grande varietà di alternative modali.

Si è già accennato che nel modello del reato di evento a forma libera, mentre l'individuazione dell'azione suppone una semplice capacità descrittiva dell'accaduto, nei termini della possibile rilevanza causale, l'individuazione della omissione postula capacità di immaginazione, dovendosi pensare la realtà contro i fatti. Se, dunque, si procede con una formulazione dell'ipotesi di lavoro che pesca sin da subito sulla sfera del dover essere, privilegiando fonti giuridiche o extragiuridiche da cui estrarre "regole" di comportamento, il difetto di concretezza e precisione appare inevitabile⁴⁹.

omissione impropria, cit., 24 ss.). Il tema del ruolo delle regole cautelari improprie nella causalità omissiva e la correlata riproposizione dell'impiego del criterio dell'aumento del rischio al posto di quello condizionalistico ipotetico è emerso da ultimo con riguardo agli studi sui profili penalistici del contagio da Covid-19, poiché la mancata adozione degli strumenti e delle regole volti a prevenire il contagio, di per se sola, non consente di pervenire alla conclusione che oltre ogni ragionevole dubbio l'evento non si sarebbe verificato se gli strumenti fossero stati utilizzati e le regole fossero state rispettate (cfr. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in www.sistemapenale.it, 20 aprile 2022, 7 ss.; CARRIERO, *La morfologia della responsabilità penale datoriale per l'infezione da Covid-19*, in *Leg. pen.*, 2022, 2, 329). Si veda anche Cass., Sez. IV, 4 maggio 2021, n. 20416, cit., che recepisce la motivazione della ordinanza impugnata secondo la quale non è da escludere che qualora l'indagato avesse integrato il documento di valutazione dei rischi e valutato il rischio biologico, ex art. 27 d.lgs. n. 81/2008, la propagazione del virus sarebbe comunque avvenuta per fattori causali alternativi (come ad esempio per la mancata osservanza delle prescrizioni impartite nel DPCM per le case di riposo quali di indossare le mascherine protettive, del distanziamento o dell'isolamento dei pazienti già affetti da Covid, ovvero a causa del ritardo negli esiti del tampone). Sul possibile ruolo svolto dai c.d. Protocolli condivisi, ex art. 29 bis d.l. 8 aprile 2020, n. 23, ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro al tempo del covid-19*, Torino, 2022, 133 ss. Nel testo ho scritto che ciò vale in linea di massima, perché naturalmente si possono dare casi in cui la violazione di una regola cautelare impropria in una prospettiva *ex ante*, possa rivelarsi come decisiva in una prospettiva *ex post*, tenendo conto delle peculiarità del caso concreto.

49. A proposito della necessità di riequilibrare l'astratto con il concreto in caso di colpa generica, nell'ambito della metodica tradizionale, si può leggere la massima di

Infatti, proprio perché non si ha a che fare “subito” con un comportamento ben specifico collocato nel tempo e nello spazio, bensì con regole che ne tracciano i connotati, per quanto possibile dettagliati, ma in una dimensione inevitabilmente astratta, l’individuazione di ciò che è mancato nella situazione concreta richiederebbe un passaggio ulteriore.

Si prendano, ad esempio, le norme in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro. Esse impongono al datore di lavoro l’obbligo di formare e di informare il lavoratore circa i rischi ai quali può andare incontro nella sua attività, attraverso la partecipazione a corsi e nella formazione di specifici documenti a ciò deputati⁵⁰; gli impongono altresì di compilare un documento in cui si esterna la valutazione dei rischi che incombono sui lavoratori nello svolgimento dell’attività produttiva, secondo i vari profili di competenza⁵¹. Ebbene, se per individuare i contorni della condotta omissiva si parte da tali obblighi, si dovrà prescindere da riferimenti alla peculiarità del caso concreto, quali il tipo di incidente verificatosi secondo quel determinato decorso causale, le specifiche qualità e conoscenze personali della vittima, il contesto lavorativo di fondo. Conseguentemente il tema della causalità dell’omissione sarà per forza impostato in termini generali e consisterà semplicemente nel chiedersi – ad esempio – se la formazione del lavoratore e l’informazione circa i rischi lavorativi sarebbero stati in grado di prevenire comportamenti imprudenti del lavoratore o se una corretta e completa mappatura di rischi avrebbe facilitato il disinnescamento del fattore causale che ha prodotto l’evento.

Ma la causalità “generale” nulla ci dice circa il pronostico nel caso concreto in ordine alla evitabilità dell’evento *hic et nunc*. Quindi, nella migliore delle ipotesi, il passaggio immediato dal dover essere si presenta prematuro.

Oltre a questi profili di criticità, a me pare che sul piano della resa pratica la metodica “tradizionale” che scruta subito dal dover essere ciò che è mancato, comporti un prodotto particolarmente incline alla moltiplicazione della responsabilità, e quindi si presti ad operazioni poco attente alle garanzie costituzionali, per almeno due ragioni:

Cass., Sez., IV, 2 aprile 2007, n. 21597, in *Cass. pen.*, 2008, 1858: «la condotta doverosa che avrebbe potuto in ipotesi impedire l’evento deve essere rigorosamente descritta, definita con atto immaginario fondato precipuamente su *ciò che accade solitamente* in situazioni consimili, ma considerando anche le *specificità del caso concreto*» (corsivi miei).

50. Artt. 36 e 37 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

51. Art. 28 d.lgs. n. 81/2008.

- a) innanzitutto perché il riscontro che il garante ha mancato ai propri doveri spesso nella prassi giudiziaria rischia di condizionare, anche in maniera indiretta, lo stesso giudizio causale, autorizzando il giudice a ritenere provato il nesso tra omissione ed evento pur sulla base di criteri vagamente probabilistici, se non – addirittura – a sostituire interamente la prova del rapporto di causalità con la ricognizione della doverosità dell'azione omessa⁵²;
- b) in secondo luogo perché, come ha notato la dottrina, la stessa posizione di garanzia, corrispondendo all'imperativo "categorico" di impedire l'evento quale che sia la condotta strumentale a tale obiettivo, «fomenta il rimprovero colposo, consentendo l'emersione (o si potrebbe dire anche la creazione *ex novo*) di regole di comportamento sempre nuove [...] che, in quanto inadempite, producono l'addebito colposo»⁵³. Questo fenomeno di "iperproduzione" può essere agevolato dal "contatto" tra posizione di garanzia e regola cautelare, quando ci si muove da tale regola per tracciare la condotta mancante, favorendo quindi la scorciatoia che collega direttamente la posizione di garanzia alla responsabilità penale.

7. *Omissione tipica come "non azione" causale.* Quanto precede ci suggerisce di verificare più a fondo se si possa parlare di condotta omissiva sganciandola dalla sua giuridica doverosità e configurandola soltanto come possibile "non azione" causale, in quanto impeditiva dell'evento. Ciò perché si è già visto che il dogma del *non facere quod debetur* possiede più la forza che deriva dalla tradizione che un solido reale fondamento. In altri termini, vediamo se nel laboratorio nel quale si deve individuare l'azione omessa si

52. Un sintomo di questa criticità mi sembra riflesso nell'espressione «fallimento della regola cautelare» con cui i fautori della metodica tradizionale illustrano i casi in cui la regola che imponeva un certo comportamento non ha funzionato in concreto, con conseguente disconoscimento del rapporto di causalità (per tutti, VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 60 ss.): dover legare l'esclusione della causalità al fallimento di una regola, segnala come "eccezionale" o "patologico" siffatto accadimento, tale, dunque, da esonerare il giudice in tutti gli altri casi da una positiva dimostrazione o ricostruzione del legame causale tra condotta ed evento, presunto sino a prova contraria dalla mera vigenza della regola.

53. CONSULICH, *Errare commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in *Leg. pen.*, 2022, 1, 360, il quale sostiene che più si allarga il contenitore (garanzia) più si amplia il contenuto (cautela doverosa).

possa invertire l'ordine degli addendi e dare la priorità al criterio fattuale, per rinviare ad un successivo momento l'esame circa la doverosità dell'azione impeditiva, costruendo una preliminare *nozione di omissione come semplice non azione causale*.

Secondo la tesi tradizionale, non avrebbe senso porsi un problema di causalità dell'omissione se prima non si sia accertata l'esistenza di una omissione tipica: la condotta in relazione alla quale si può formulare il giudizio sull'esistenza del nesso eziologico dovrebbe essere solo quella risultante dal mancato compimento dell'azione doverosa in presenza di una situazione tipica di obbligo⁵⁴. Dal punto di vista ontologico, tuttavia, l'obiezione non ha fondamento, poiché i termini del problema causale, anche nella prospettiva del mancato impedimento dell'evento, non cambiano in funzione dell'obbligatorietà o no della azione immaginata⁵⁵.

Infatti, la "mancanza di senso" viene precisata più che altro in relazione al diritto positivo, sostenendosi che un'anticipazione del tema causale comporterebbe riconoscere all'art. 40, comma 2, la funzione di restringere la sfera di rilevanza di omissioni causali e già tipiche, le quali perciò, in mancanza di tale norma sarebbero punibili senza condizioni. Tale conclusione – si osserva – sarebbe tuttavia contraddetta dall'esperienza di diritto comparato e da quella del nostro paese, prima dell'entrata in vigore del codice del 1930, nelle quali non si annovera la punizione delle semplici omissioni causali senza condizioni.

L'argomentazione – così come precisata – non mi sembra stringente. Infatti, quale che sia la funzione che si voglia assegnare all'art. 40, comma 2, a me sembra che il testo di quella norma proietti, seppure restringendolo al solo garante, la dimensione tipica della sua condotta sul mancato impedimento dell'evento. L'anticipazione della sfera deontica riguarda soltanto il presupposto giuridico della tipicità omissiva, vale a dire le condizioni alle quali l'omissione causale rileva in diritto penale, concernenti i requisiti del soggetto dell'azione mancante; ma non antepone necessariamente la ricerca della doverosità dell'azione omessa alla sua qualità impeditiva dell'evento.

54. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 120.

55. Tanto è vero che GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 120, subito dopo aver perentoriamente affermato di condividere l'opinione di Grisignani, secondo la quale «non esiste una causalità dell'omissione al di fuori della violazione di un obbligo giuridico», si affretta a precisare che tale espressione non va però intesa nel senso che l'obbligo concorre a determinare il valore causale dell'omissione.

Semmai, se una indicazione può provenire dal tenore della norma è nel senso inverso a quello preteso. Infatti, la norma descrive appunto i requisiti soggettivi che deve possedere il (mancato) agente in funzione del collegamento con l'evento: è garante chi deve impedire l'evento e non chi deve realizzare una certa condotta, sicché può corrispondere ad un armonico sviluppo logico che, dopo aver riscontrato quei requisiti, si debba passare a stabilire se ciò che non è stato realizzato dal garante coincide proprio con ciò che gli era richiesto in quanto tale, vale a dire *una azione che avrebbe comunque impedito l'evento*. Operazione, questa, che consente di lasciare al successivo passaggio la verifica della specifica esigibilità di tale azione sul piano normativo.

Non ci possiamo, tuttavia, nascondere, che con siffatto percorso, non solo si rovescia il programma proposto nell'ambito della tesi esaminata nel paragrafo precedente⁵⁶, ma si prendono le mosse da una vera e propria eresia rispetto alla stessa tradizione ortodossa della materia. Sappiamo, infatti, che – a prescindere dalla formulazione dell'art. 40, comma 2 e dalla sua funzione – l'opinione comune vede nell'omissione sempre e immancabilmente un *non facere quod debetur* e che, dunque, non concepisce la possibilità di scorgere tale condotta già in natura, al più presto sul piano fattuale, perché ritiene che ciò che non esiste non può avere una dimensione naturalistica, mentre è solo con l'aiuto di una “norma” o di una qualunque “regola” che quel niente prende consistenza e affiora dalla realtà, che di essa ci si può “accorgere”.

Vediamo allora nondimeno di testare la possibilità di indicare un percorso che prefiguri una condotta omissiva già “tipica” – o, se si vuole, “pre-tipica” – semplicemente perché causale dal punto di vista logico-naturalistico, salvo poi sottoporla a successivo controllo circa la sua illiceità al confronto con i doveri che gravano sul garante nella situazione concreta in uno qualunque dei gradini successivi che portano al giudizio di responsabilità penale per il fatto commesso.

56. VIGANÒ, *Riflessioni*, cit., 1697. Nella prospettiva dell'A. è logico sostenere che «per poter effettuare il giudizio sull'efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa, è [...] necessario preliminarmente ricostruire quale condotta l'imputato avrebbe dovuto compiere, alla stregua delle norme cautelari che lo vincolavano nella situazione concreta», mentre «soltanto una volta ricostruita tale condotta doverosa – ed accertato, così, che l'imputato non si è conformato ai doveri cautelari imposti dall'ordinamento –, avrà senso formulare una prognosi su cosa sarebbe accaduto se l'imputato si fosse invece conformato a tali doveri» (corsivi A.).

È, dunque, pensabile che nel reato omissivo improprio si possa concepire una “non azione” causale perché impeditiva dell’evento sul piano naturalistico, quale omissione già tipica (o candidata all’esserlo)⁵⁷, così come, nel reato commissivo, si parla di una azione causativa dell’evento *hic et nunc* come di una azione tipica (o candidata all’esserlo)? Possiamo affidare al criterio (naturalistico) causale il compito di conferire contrassegni di tipicità ad una non azione, così come accade – pur con le segnalate differenze ontologiche tra causalità attiva ed omissiva e tra azione ed omissione – nel campo del reato commissivo?⁵⁸

È vero che mentre «se io compio un’azione, di regola compio *quella* azione, e non altre» e che invece «in una unità di tempo, potenzialmente ometto *infinite* azioni»⁵⁹; ma qui è in discussione proprio il criterio attraverso il quale isolare “dapprima” quelle azioni omesse, selezionarle dal novero di quell’infinito numero: se impiegare necessariamente il criterio “normativo”, per cui sono solo le norme che impongono al soggetto quelle azioni ad assegnare rilievo alla loro omissione («è dalla norma che scaturirà la fisionomia della mia omissione»⁶⁰), ovvero – come nel reato commissivo – spetta al criterio naturalistico causale delimitare quel numero e descrivere la non azione in funzione della sua capacità di impedire l’evento che si è verificato⁶¹.

57. PREZIOSI, *La causalità*, cit., 129, la definisce come quella «condotta realmente, ancorché potenzialmente (reale-potenziale), esplicante, *nel processo eziologico effettivamente prodottosi e causalmente efficiente rispetto all’evento considerato*, un effetto impeditivo, che può prospettarsi [...] sia come potenziale al massimo grado – ove si assuma la sua *efficacia impeditiva certa* –, sia come potenziale in grado minore, ove se ne assuma una *efficacia impeditiva in termini probabilistici più o meno elevati*» (corsivi A.).

58. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 643: «il fatto tipico nel reato omissivo improprio [...] va ricostruito nel suo complesso, tenendo conto che l’omissione penalmente rilevante è individuata esclusivamente in base alla sua efficacia impeditiva, in modo esattamente speculare rispetto alla determinazione dell’azione commissiva nei reati causalmente orientati, tipizzata in funzione della sua idoneità causale».

59. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 180.

60. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 180.

61. Si potrebbe obiettare che il metodo naturalistico-causale presuppone la verifica dell’evento e, dunque, non funziona nei casi di *tentativo di delitto omissivo improprio*, nei quali sul piano oggettivo c’è solo l’inizio di una condotta omissiva, contraria alle norme. Tuttavia, a prescindere dal rilievo che si tratta di casi rarissimi, pressoché sconosciuti in giurisprudenza e in dottrina compendiate solo dal classico esempio della madre che decide di far morire il

Non ci proponiamo – come abbiamo cominciato a vedere – di svolgere un mero esercizio stilistico o di sciogliere un dilemma retorico. Invero, potrebbe sembrare che – come vuole l'ortodossia – mettersi subito alla ricerca di ciò che prescrivono le norme di comportamento nella situazione concreta per profilare sulla base di esse i connotati della condotta omissiva (*quod debetur*) consenta sul piano della prassi giudiziaria di evitare inutili questioni sul tema causale nella maggioranza dei casi. Tuttavia, la “rinuncia” ad aprire il capitolo sulla causalità della condotta è corretta solo allorché le norme (in senso ampio) escludano il dovere di agire del garante nella situazione concreta; in questi casi la non configurazione sin da subito dell'ipotesi accusatoria assicura risparmio di energie processuali rassicuranti. Ma esiste anche l'altra possibilità, vale a dire che il quadro delle norme non escluda un dovere di agire, magari – come si è visto – raffigurandolo in termini non precisi, rarefatti, generici, come mera implicita correlazione dell'obbligo di garanzia: a parte la difficoltà di quantificare statisticamente l'incidenza di tale opposto esito, un siffatto riscontro sul piano deontico *non sempre consente di impostare correttamente il successivo interrogativo causale*, che presupporrebbe una descrizione specifica dell'azione mancante, una sua chiara collocazione nel tempo e nello spazio (qui e ora, come nella causalità commissiva)⁶².

bambino e omette di allattarlo sino a spingerlo ad avere i segni patologici della malnutrizione (cfr. l'ampia indagine di RISCATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, 159 ss., che, sottolineando la marginalità della casistica, ritiene che la combinazione degli artt. 40, comma 2, e 56 c.p. costituisca una inopportuna forzatura), l'obiezione non sarebbe decisiva. Infatti, poiché comunque nel tentativo occorre che l'omissione si materializzi in uno stadio del decorso causale in cui il bene giuridico è esposto a pericolo concreto, si potrà prendere in esame come evento non impedito proprio tale situazione di pericolo (ad es. la patologia derivante dalla malnutrizione), fermo restando che l'evento non realizzato per l'intervento di un fattore esterno (ad es. servizi sociali che allertati dai vicini di casa riescono a evitare la morte del bambino), non previsto dal garante, dovrà comunque essere al centro della volontà come quello che lo ha determinato a non agire, potendolo fare.

62. Osserva, infatti, BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010, 266, che «nella causalità omissiva il giudizio controfattuale presenta una caratteristica particolare: per verificare il rilievo condizionante dell'omissione, nella macchina immaginativa del giudizio controfattuale occorre inserire non un'azione concreta ma un'astratta, categoriale. Ciò rende senza dubbio diversa e un po' più astratta, appunto, l'indagine». Naturalmente, però, il problema viene accentuato se, invece di partire dal concreto decorso causale ricostruito all'esito del giudizio esplicativo, nella macchina si immette un'azione (immaginaria) estratta dalle norme.

Sembra, in altri termini, che l'ipotizzata priorità del tema causale nella individuazione della condotta omissiva in grado di impedire l'evento possa meglio assicurare, sul piano pratico, l'auspicata (dai più) assimilazione tra causalità attiva e causalità omissiva, mettendo altresì al riparo il giudice dai condizionamenti e dalle precomprensioni che il preliminare passaggio sul profilo del dover essere rischia di generare.

Tali considerazioni – salvo approfondimenti – già dovrebbero escludere che la questione da affrontare sia priva di risvolti pratici.

8. *L'omissione nei reati omissivi propri.* Posta dunque la rilevanza non solo teorica della questione, vorrei verificare l'ipotesi sul piano sistematico, poiché, ferme restando le virtualità esplicative dei modelli differenziati di reato che nella odierna metodologia di una “dogmatica senza dogmi” ha ormai preso il sopravvento, in linea di massima sembrerebbe ragionevole preferire una soluzione che privilegi una nozione unica di omissione penalmente rilevante, contrassegnata dai medesimi segni distintivi, quale che sia il modello di reato a cui essa afferisce. Mentre potrebbe apparire meno lineare e più impegnativo concepire forme differenziate di omissione tipica, in funzione della loro diversa collocazione nelle fattispecie criminose: in particolare, da un lato, una non azione (semplicemente) causale, dall'altro una non azione (però) giuridicamente doverosa; una tutta nel modo dell'essere, l'altra tutta nel mondo del dover essere.

Siffatta distinzione neppure nell'atmosfera “disincantata” e “iconoclasta” favorevole alle costruzioni separate dei modelli di fattispecie ha mai trovato alimento, e ciò poiché l'implosione del concetto unitario di azione (inteso come condotta) non ha trainato anche la frantumazione del concetto nucleare di “omissione”.

Il controllo da effettuare ci impone, innanzitutto, un passaggio nel campo dei reati omissivi propri, rispetto ai quali è pacifico che la non azione è tipica “al più presto” solo in quanto doverosa sulla base della stessa norma penale incriminatrice che espressamente la descrive. Al contatto con tale campo, si potrebbe pensare che l'ipotesi di una omissione tipica innanzitutto perché naturalisticamente causale avvicina i reati omissivi impropri a quelli commissivi di evento a forma libera, ma li allontana dai reati omissivi propri.

Tuttavia, a ben guardare, il meccanismo che conferisce tipicità alla condotta omissiva nei reati omissivi propri è di per sé perfettamente so-

vrapponibile a quello che funziona in qualunque reato di mera condotta e nei reati di evento a forma vincolata: il comportamento umano deve essere conforme al tipo secondo la descrizione che ne fa la norma penale, sia esso un'azione o un'omissione. Il giudice confronta i suoi concreti connotati con quelli descritti dalla norma e se c'è conformità concluderà che la condotta è tipica (prevista dalla legge come reato). Anche in caso di azione, allorché si infrange il precetto penale che impone l'astensione, nondimeno si parla di azione tipica a prescindere dalla sua antidoverosità e soltanto perché quel comportamento è sussumibile all'interno della fattispecie.

Quindi, nei reati di mera condotta omissivi o nei reati di evento a forma vincolata omissivi, l'omissione tipica corrisponde alla non azione descritta dalla legge. Si può anche parlare di un *non facere quod debetur*, che, però, è perfettamente sovrapponibile al *facere quod non debetur* dell'azione tipica.

Rimane, sì, la contrapposizione "logica" tra azione e omissione, ma entrambe sono dotate della stessa naturalistica consistenza, la prima come dato empiricamente apprezzabile, la seconda come mancanza di tale dato, mentre al confronto con il tipo legale sono *ugualmente rilevanti* nella loro giuridica dimensione di infrazione al precetto penale⁶³.

Se vi è pertanto una distonia sistematica tra omissione nei reati omissivi impropri e omissione nei reati omissivi propri, essa deriva semplicemente dal diverso operare dei modelli di reati a forma libera e dei reati a forma vincolata quanto al metodo di costruzione della tipicità: in un caso il confronto con la descrizione legale, nell'altro il rimando al concreto riscontro come fattore causale.

63. Lo notava già DALL'ORA, *Condotta omissiva*, cit., 72: «si tratterà di stabilire quando ad un determinato *facere*, cioè a un comportamento umano attivo, possa idealmente attribuirsi l'apposizione *quod non debetur*, e, analogamente, quando, ad un determinato *non facere*, cioè ad un comportamento umano negativo, si possa altrettanto idealmente attribuire l'apposizione *quod debetur*. Tale questione, indubbiamente notevolissima, *non si risolve ineluttabilmente nella concezione normativa*. È invece una questione di rilevanza della condotta umana ai fini penali» (corsivo mio). Dunque, la contrapposizione "logica" di cui parlo nel testo si riflette unicamente sul piano normativo nella diversa (opposta) conformazione del precetto penale, il divieto e il comando (così, VASSALLI, *Il contributo*, cit., 382 s.). Sul punto, invero, non è neppure mancata l'opinione di chi rigetta anche tale contrapposizione, rilevando che la legge non comanda mai di fare qualcosa, ma semmai vieta non di non farla, e quindi esprime sempre un divieto, sia nei reati commissivi che in quelli omissivi (SPASARI, *L'omissione*, cit., 30 s.).

La dimensione o la “consistenza” deontica, in questa prospettiva, non sarebbe un connotato specifico dell’omissione come nota distintiva dell’azione, né nei reati di evento a forma vincolata (omissivi propri), né nei reati di evento a forma libera (omissivi impropri). Essa emergerebbe per la prima volta soltanto “dopo” che la condotta – quale che sia – abbia assunto una consistenza naturalistica, come conformità alla descrizione legale o come fattore causativo di un evento conforme alla descrizione legale.

Questa obiezione è stata esaminata dai sostenitori della concezione normativa dell’omissione, quando hanno dovuto difendersi dall’accusa di confondere nei reati omissivi propri la condotta omissiva con la sua “antigiuridicità”. In proposito, però, la replica non sembra convincente. Vediamo.

Si osserva, infatti, che «la “norma” cui deve vita il concetto di *Unterlassung* non deve essere necessariamente giuridica»⁶⁴, potendo anche consistere in una qualunque regola morale o di costume, sociale o consuetudinaria, tecnica o di etichetta, sicché un conto è la “antigiuridicità” penale dell’omissione, un altro la sua natura necessariamente normativa.

Sembra, dunque, che anche nei reati omissivi propri la norma penale descriva come omissione una condotta che già si trova qualificata come tale, essendo l’azione comunque imposta da una fonte non penale e non necessariamente giuridica. Infatti si spiega: «anche la norma *penale* dovrà [...] *comandare* una certa azione, e dunque anche nella norma penale si rifletterà quel momento normativo che connota lo stesso concetto di omissione», sicché «tendenzialmente [...] l’omissione *penalmente rilevante* presuppone *due norme*; l’una che dà corpo alla stessa dimensione pre-tipica dell’omissione, e l’altra che coincide con la norma penale stessa»⁶⁵.

Tuttavia, si precisa che questo connotato è in definitiva solo tendenziale perché «la norma penale potrà comandare un’azione che *non* è coman-

64. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 175; il concetto è ripreso da NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. pen.*, 2004, 4297: «la particolarità nei reati omissivi è nel presupporre due di norme: una prima norma che, imponendo l’obbligo di agire, consente di definire l’omissione; una seconda norma che, qualificando di illiceità penale quell’omissione, la vieti [...] mentre nella condotta commissiva è sufficiente che abbia natura prescrittiva la sola norma penale, nella condotta omissiva deve avere natura prescrittiva anche la norma che impone l’obbligo la cui violazione è prevista come reato dalla norma penale ed è la natura prescrittiva della norma impositiva dell’obbligo a distinguere la condotta omissiva dalla colpa per omissione».

65. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 176, corsivi dell’A.

data da alcuna altra norma», trattandosi di casi di «vera e propria “creazione”, da parte del legislatore penale, della norme di comando», sicché «in questa ipotesi le “due norme” di cui si è detto verrebbero a coincidere»⁶⁶.

Questi passaggi, a mio avviso, dimostrano la scarsa efficacia della replica. Se alle volte le “due norme” coincidono, perché quella penale fa le veci di quella extrapenale nella dimensione pre-tipica, ciò significa che il requisito della previa antidoverosità non è costitutivo, bensì semplicemente una variabile del caso concreto.

È evidente che nella scelta di comandare penalmente il compimento di azioni il legislatore penale vada a pescare a preferenza nel campo di ciò che è già socialmente o moralmente o finanche giuridicamente imposto eventualmente da norme extrapenali, limitando al massimo la “creazione” dal nulla di obblighi penalmente rilevanti di fare⁶⁷. Ma ciò attiene alle scelte politico-criminali, non alla struttura dei reati che quelle scelte hanno prodotto.

Invece che fornire il disegno di “due norme” che coincidono o – meglio – si identificano in una sola, occorrerebbe prendere atto che l’omissione tipica nei reati omissivi propri è niente altro che quella delineata dalla norma penale incriminatrice, la quale, come seleziona dal “sociale” le azioni

66. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 177 e nt.103.

67. È appena il caso di notare come la questione possa avere un’incidenza sul tema dell’oggetto del dolo nei reati omissivi propri, che secondo l’opinione comune (cfr. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, cit., 1024 s.), non si può estendere sulla circostanza della doverosità dell’azione omessa, poiché un errore al riguardo viene trattato come errore sul precetto (art. 5 c.p.) e non su legge extrapenale (art. 47, comma 3, c.p.), rimanendo limitato nella sua dimensione rappresentativa alle circostanze fattuali che compongono la situazione tipica. Viceversa, se la normativa extrapenale o extragiuridica costituisse un elemento che contrassegna la condotta omissiva, diverso e autonomo rispetto al precetto penale, sarebbe logico farla rientrare nell’oggetto del dolo. Per questa ragione, la dottrina più sensibile al rispetto del principio di colpevolezza ha provato a sostenere che nelle ipotesi in cui la estrema normativizzazione del *facere* imposto rende impossibile la sua conoscibilità “fattuale” senza la mediazione della norma stessa, così determinando una saldatura tra fatto e anti giuridicità, si dovrebbe consentire in via interpretativa una deroga all’irrelevanza dell’*error iuris* nei reati omissivi propri (DONINI, *Il delitto contravvenzionale. “Culpa iuris” e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, 278 ss., il quale evidenzia che diversamente, nella sostanza, si realizza una truffa delle etichette, imputando a titolo di colpa nei delitti elementi costitutivi del dolo). È chiaro che tale necessità non discende dal carattere omissivo della condotta ma dalla natura “artificiale” o di mera creazione legislativa del delitto per la quale si propone il correttivo.

che si vogliono vietare (in quanto lesive di beni giuridici), allo stesso modo si rivolge alla comunità per stabilire comandi di agire su cui può cogliere un soddisfacente grado di consenso sociale. Ma l'omissione pre-tipica è una eventualità, non un contrassegno ontologico.

Ne esce confermato che l'omissione, sotto questo profilo, non si distingue dall'azione; nasce insieme con la norma penale incriminatrice che ne sancisce la penale rilevanza.

Ciò ci consente anche di verificare la tenuta della vulgata secondo la quale, nella prospettiva dell'omissione come *non facere quod debetur*, nei reati omissivi propri l'obbligo di *facere* deriva direttamente dalla norma penale incriminatrice, mentre in quelli impropri da altre fonti giuridiche.

Il raffronto non è di per sé sbagliato, a patto, però, che si evidenzi che siamo di fronte a un parallelismo – per così dire – disallineato. Nel primo caso questa rilevanza “normativa” è del tutto corrispondente a quella che connota l'azione tipica, potendosi osservare che anche la fonte del divieto di agire sta nella norma penale incriminatrice; nel secondo caso, le “altre fonti giuridiche” che invece caratterizzano l'omissione a differenza dell'azione, quale sia la loro natura e il loro contenuto, operano su un piano diverso da quello del precetto penale.

9. *Omissione e reati di condotta-risultato*. Dunque, per il momento, si può davvero cominciare ad ipotizzare che l'omissione tipica consista semplicemente nel non compiere un'azione, così contravvenendo ad una norma penale che la impone (o perché la descrive o perché il suo compimento da parte del garante avrebbe evitato l'evento). Approfondiamo però il controllo sistematico chiedendoci se si possa identificare una peculiare categoria di reati omissivi, da collocare all'incrocio tra quelli propri e quelli impropri, e quali caratteristiche possa presentare in tali casi la condotta tipica omissiva.

Stiamo parlando di figure nelle quali la norma penale descrive un comportamento apparentemente attivo, ma che – secondo alcune prospettazioni, anche recepite in giurisprudenza – potrebbero prestarsi a conferire tipicità anche ad un contegno omissivo⁶⁸.

68. Per la denominazione di tali reati come «omissivi propri “non esclusivi”», estranei all'operatività dell'art. 40, comma 2, c.p., MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013, 235.

Innanzitutto ciò si può verificare allorché il legislatore descriva una condotta il cui compimento necessariamente comporta che l'agente raggiunga un mutamento del quadro fattuale. Li ho denominati in altra sede “*reati di condotta-risultato*”⁶⁹.

Come esempio si possono prendere “condotte” indicate dal legislatore attraverso l'impiego di verbi come «*sottrarre*», «*distrarre*», «*costringere*», «*avvelenare*», «*produrre*», «*installare*», «*procurarsi*», «*rivelare*». In tali casi, infatti, la tipizzazione del contegno umano si incentra sul risultato che esso determina, non sulla modalità comportamentale che viene esibita dall'agente; sul dinamismo che si proietta nel mondo esterno e che in quanto tale modifica la realtà. Evidente, ad esempio, la differenza tra la condotta di «*divulgare*» e quella di «*rivelare*»: nella prima non occorre che il soggetto entri in relazione con altri soggetti e che dunque ottenga il risultato che qualcuno conosca l'oggetto della divulgazione; la seconda si realizza, invece, solo se in collegamento con la condotta diffusiva è possibile individuare un soggetto “ricevente” che abbia appreso il contenuto di ciò che si è proplatato.

Quando il legislatore guarda al risultato di tale comportamento, l'analogia con i veri e propri reati di evento prende corpo. La differenza con tali ultime figure – come ha ben chiarito la dottrina⁷⁰ – consiste nella autonomia-separabilità dell'evento che le caratterizza, potendosi in esse apprezzare un compimento della condotta senza il verificarsi del risultato (tentativo compiuto). Ma se si valorizza la qualità del disvalore espresso, la differenza tende ad affievolirsi, sino al punto che si potrebbe finanche prospettare che la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, possa essere impiegata per tale tipologia di reati come per quelli di evento a forma libera.

Tanto per fare un esempio, la considerazione che «*distrugge una cosa*» non solo colui che investa la cosa con una condotta attiva violenta, ma anche colui che, ricoprendo una posizione di garanzia (eventualmente di natura pubblica), ometta di intervenire per conservarne l'integrità, discenderebbe, non dalle virtualità semantiche del verbo «*distruggere*», ma dall'operatività in proposito dell'art. 40, comma 2⁷¹.

69. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*³, Torino, 2019, 56 ss.

70. M. ROMANO, *Commentario*, cit., 317.

71. Rimanderei per approfondimenti sul punto a BRUNELLI, *Il diritto penale*, cit., 64 s.

Sembra una operazione perfettamente plausibile, una volta che si consideri come, in fondo, «*distruggere una cosa*» corrisponde a «*cagionare la distruzione di una cosa*». Occorre solo riscontrare se, per caso, l'equivalenza non sia espressamente esclusa dalla formulazione normativa. Per esempio, a proposito del reato di distruzione o deturpamento delle bellezze naturali (art. 734 c.p.), è stato sostenuto che l'indicazione meramente esemplificativa delle "modalità" con le quali si consegue il risultato tipico («*mediante costruzioni, demolizioni, o in qualsiasi altro modo*») sia volta proprio ad escludere tutte le modalità non analoghe rispetto a quelle menzionate e quindi le modalità meramente omissive, con la conseguenza che il sindaco che omette di adottare i provvedimenti di competenza e con ciò contribuisce al deturpamento dei luoghi non sarebbe punibile in base a tale norma, per l'inoperatività della clausola di equivalenza⁷².

Altro esame da compiere è quello circa la compatibilità tra la descrizione della condotta e la possibile sua realizzazione per il tramite di una non azione. Ad esempio, casi di palese incompatibilità sono quelli del reato di istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), in cui la condotta è descritta nei termini di una «*offerta o promessa*» di danaro o altra utilità, o del reato di falsità materiale (artt. 476, 477 c.p.), in cui si parla di «*formazione o alterazione*» dell'atto: le condotte-risultato qui delineate dal legislatore non si prestano a ricomprendere contegni meramente omissivi, giacché appare assurdo ipotizzare che si possa offrire o promettere danaro ovvero formare o alterare un atto semplicemente astenendosi dal compiere un'azione.

In altri casi ancora solo grazie alla sfrenata fantasia dei giuristi si può immaginare l'omissione al posto dell'azione. Per esempio, si è prospettata una realizzazione per omissione anche delle percosse (art. 581 c.p.: cagiona sensazione dolorosa chi non avvisa, dovendolo fare, colui che sta per ricevere in testa un'asse rotante) e del vilipendio alla bandiera (art. 292 c.p.: ingiuria la bandiera chi in una pubblica manifestazione mantiene ostentatamente le mani in tasca nel momento dell'alzabandiera).

Interessante anche la figura di abbandono di minori o incapaci (art. 591 c.p.), connotata da una condotta-risultato che si presta certamente ad ospitare la versione omissiva⁷³. La sua peculiarità consiste nel fatto che

72. Non è d'accordo la giurisprudenza, che invece non vede ostacoli nella realizzazione del reato anche in forma omissiva (Cass., Sez. III, 20 novembre 2014, n. 48004, rv. 261154).

73. Cfr. Cass., Sez. I, 3 gennaio 2022, n. 5, rv. 282481, secondo cui la condotta di "abbandono" è integrata da qualunque azione od omissione contrastante con il dovere giuridico

l'operatività della clausola di equivalenza dell'art. 40, comma 2, è nella sostanza inglobata attraverso il requisito di fattispecie che limita il novero dei soggetti attivi a coloro che sono stati incaricati di «custodia» o «cura» della persona abbandonata⁷⁴, quasi a designare il modello come una sorta di reato omissivo improprio tipizzato.

In definitiva, dunque, in relazione ai *reati di condotta-risultato*, nei limiti in cui per queste figure può legittimamente operare la clausola di equivalenza, assistiamo ad una dilatazione del novero dei reati omissivi impropri oltre la più ridotta sfera dei reati di evento a forma libera.

Sin qui incontriamo una materia “friabile”, che pone questioni di tipicità a cui la dottrina si è mostrata particolarmente sensibile, ma nulla di nuovo con riguardo alla verifica sistematica che stiamo conducendo.

10. *Omissione e reati di condotta-modo*. Il discorso sembra diverso in relazione ai *reati di condotta-modo*, per i quali neppure in astratto si può ipotizzare l'operatività della clausola dell'art. 40, comma 2, e quindi non si può parlare di analogia con i veri e propri reati di evento a forma libera. Infatti, certamente, i modelli criminosi in questione sono caratterizzati da una descrizione normativa della condotta che finisce con la manifestazione della modalità comportamentale, senza che conti il risultato che essa produce o può produrre: ad esempio, la fattispecie di pornografia minorile (art. 600 *ter*, comma 3, c.p.), punisce chiunque «*distribuisce, divulga, diffonde o pubblicizza*» materiale pornografico realizzato impiegando minori, a prescindere dalla circostanza materiale (risultato) che qualcuno abbia ricevuto, recepito, consultato il prodotto del comportamento⁷⁵.

di cura o di custodia che grava sul soggetto agente e da cui derivi uno stato di pericolo, anche meramente potenziale, per la vita o l'incolumità del soggetto passivo. Ad esempio, per Cass., Sez. I, 11 febbraio 2009, n. 5945, rv. 243372, risponde del reato colui che, pur non allontanandosi dal soggetto passivo, ometta di far intervenire persone idonee ad evitare il pericolo per la sua incolumità.

74. V. Cass., Sez. V, 19 giugno 1995, n. 7003, rv. 201797, che assolve un soggetto il quale non aveva già in custodia o in cura il minore e si era rifiutato di prenderlo in carico, benché vi fosse legalmente tenuto (la Corte ha ravvisato il diverso reato di cui all'art. 570 c.p., avendo la moglie rifiutato di accogliere il marito affetto da sclerosi multipla, dimesso dall'ospedale ed accompagnato dal fratello e da un amico, sicché l'uomo veniva ospitato dalla madre).

75. Secondo Cass., Sez. un., 15 novembre 2018, n. 51825, rv. 274087, ora anche a prescindere dal pericolo concreto di diffusione del materiale.

In queste fattispecie, la condotta ha una consistenza materiale, fisica, la si può vedere e descrivere in concreto, ma non in quanto determini un risultato diverso da quello esprimibile da tale consistenza. Qui la condotta sembra saldamente ancorata alla descrizione di una azione, mentre spazi per la “torsione” verso una omissione non possono sicuramente ricavarsi – a differenza di quanto frettolosamente affermato talvolta in giurisprudenza – dalla clausola dell’art. 40, comma 2, c.p., proprio perché nessun risultato o conseguenza è presente nella fattispecie criminosa.

Nondimeno, secondo diffuse opinioni anche tali modelli possono in taluni casi prestarsi a punire una condotta omissiva. L’operazione dovrebbe fondarsi, allora, semplicemente sull’*ampiezza semantica* del verbo utilizzato dal legislatore per designare la condotta tipica, che potrebbe spingersi sino a comprendere forme di contegno omissivo, a fronte di taluni presupposti.

Potremmo designare questi casi come “*reati omissivi in concreto*”. Uno degli esempi più “coloriti” era riferito alla ormai superata figura criminosa degli atti osceni in luogo pubblico (art. 527 c.p.), in cui il compimento della condotta-modo descritta come «*atti osceni*» potrebbe manifestarsi anche attraverso una non azione, come nel caso di una persona che non faccia nulla per coprirsi dopo che un colpo di vento abbia fatto volare via i suoi abiti⁷⁶.

Esistono però altri casi più attuali e anche di più frequente osservazione. Per esempio si discute se la condotta di «*compimento di atti sessuali*» con minorenni (art. 609 *quater* c.p.) si presti ad una versione in concreto “omissiva”, proponendosi l’esempio in cui, a fronte dell’iniziativa spontanea della persona minorenni, il maggiorenne semplicemente si astenga dal porre in essere comportamenti volti a sottrarsi a tale iniziativa, respingendola, e rimanga passivo durante l’estrinsecazione sessuale dell’intraprendente partner⁷⁷.

76. Tale opinione, piuttosto diffusa in dottrina (ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*⁵, I, Milano, 1966, 398; VENDITTI, *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, Milano, 1963, 64), collide con una indicazione contraria espressa nella Relazione ministeriale al Progetto definitivo del codice (cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. II, Roma, 1929, 313).

77. Per l’integrazione del reato anche attraverso un contegno meramente passivo, Cass., Sez. III, 9 marzo 2012, n. 9349, rv. 252492; Cass., Sez. III, 4 ottobre 2007, n. 36389, rv. 237558.

Se si possono compiere «atti osceni» o «atti sessuali» mediante una non azione dipende però dall'ampiezza di significato da assegnare alla condotta descritta dalla norma penale, non da un preesistente obbligo extrapenale di agire, sicché tali esempi non aggiungono nulla ai reati omissivi propri, in cui – come abbiamo visto – la dimensione deontica dell'omissione sorge insieme con la sua rilevanza penale.

Un po' diverso, semmai, è il discorso in un'altra costellazione di casi. Si consideri, ad esempio la figura del *favoreggiamento personale* (art. 378 c.p.) e si assuma come fondato l'indirizzo prevalente che considera tale reato come di mera condotta pericolosa, escludendo così dallo schema della fattispecie la effettiva verifica di un concreto sviamento delle indagini⁷⁸: «aiutare taluno» inteso come condotta-modo e non come condottarisultato. Ciò posto, per punire colui che, sentito dalla polizia giudiziaria, tenga un atteggiamento reticente allo scopo di favorire qualcuno, non si potrebbe richiamare la clausola dell'art. 40, comma 2, c.p., la quale può venire in considerazione solo nei reati di evento; occorre allora chiedersi se, attraverso la tipizzazione della condotta di «aiuto», il legislatore abbia escluso per incompatibilità semantica ogni aiuto *per omissionem* e pensato a comportamenti concreti inevitabilmente attivi, ovvero se una simile restrizione non sia imposta dalla scelta lessicale. Sul punto, come è noto, la giurisprudenza offre ampia disponibilità alla risposta affermativa⁷⁹.

Vi è poi il caso più importante tratto dal novero dei *reati di evento a forma vincolata*, che pure – per definizione – dovrebbero rifuggire dal meccanismo

78. Ad esempio, Cass., Sez. I, 9 giugno 2010, rv. 247405, per la quale ai fini della configurabilità del delitto di favoreggiamento personale non rileva l'effettività dello sviamento delle indagini nel caso concreto, essendo sufficiente che la condotta dell'agente abbia l'attitudine, sia pure astratta, ad intralciare il corso della giustizia. Analogamente Cass., Sez. VI, 9 giugno 2015, rv. 264125. Di recente si tende a distinguere l'ostacolo, anche se limitato o temporaneo, allo svolgimento delle indagini, con conseguente negativa alterazione del contesto fattuale all'interno del quale le investigazioni si svolgono (asseritamente necessario) dalla (invece non necessaria) dimostrazione dell'effettivo vantaggio conseguito dal soggetto favorito (Cass., Sez. VI, 7 marzo 2016, n. 9415, rv. 267276; Cass., Sez. VI, 6 aprile 2022, n. 13143, rv. 283109).

79. Per Cass., Sez. I, 10 febbraio 1995, n. 1378, rv. 201415, la genericità della locuzione «aiuto» consente di concepire la condotta illecita, nelle sue più svariate manifestazioni, purché si sostanzi in un atteggiamento, commissivo od omissivo, che favorisce l'elusione delle investigazioni; è irrilevante, pertanto, che la condotta del favoreggiatore si sia espressa con il silenzio. Analogamente Cass., Sez. VI, 22 ottobre 2010, n. 37757, rv. 248603.

dell'equivalenza di cui all'art. 40, comma 2. Si tratta del tema della truffa *per omissionem*, che si avrebbe quando una controparte contrattuale mantenga il silenzio su circostanze determinanti ai fini della conclusione dell'atto, così inducendo in errore l'altra parte. Si discute da sempre se tale condotta senz'altro omissiva possa integrare gli estremi dell'artificio nella truffa (art. 640 c.p.), come nel caso di chi venda un immobile tacendo il fatto che il mutuo per l'acquisto dello stesso era stato stipulato da soggetto coinvolto in reato di corruzione con il rischio di possibile confisca per equivalente dell'immobile stesso⁸⁰.

Dottrina e giurisprudenza sono insanabilmente divise, pur se non mancano soluzioni "mediane"⁸¹. Sulla materia ha inciso l'inserimento nel sistema della norma che incrimina la problematica figura dell'indebita percezione di erogazioni pubbliche (art. 316 *ter* c.p.), diffusamente letta come una ipotesi di "truffa minore" deprivata del risultato intermedio dell'«induzione in errore» della vittima. In tale fattispecie, la condotta di artifici o raggiri è specificata nei termini alternativi di una azione («utilizzazione o presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere») e di una omissione («di informazioni dovute»).

Come spesso capita, dalla norma speciale si possono trarre indicazioni equivoche sul contenuto della norma generale, a seconda che si colga nella prima una conferma o una deroga della portata della seconda, sicché, in particolare, può darsi che l'art. 316 *ter* consenta ora di punire una condotta omissiva prima non rientrante nella sfera applicativa dell'art. 640, ma può anche darsi che la sua portata innovativa (non agevolmente rintracciabile dalla stessa zelante giurisprudenza) consista soltanto in qualche altro aspetto (ad esempio quello dell'automatismo nella produzione dell'evento conseguito).

Al di là delle discussioni non risolte su tali aspetti, interessa per il momento rilevare come questa ultima costellazione di casi, quale che sia la sua ampiezza, "assomigli" ai reati omissivi propri⁸², per l'inoperatività del-

80. Cass., Sez. II, 30 ottobre 2009, n. 41717, rv. 244952.

81. A favore dell'operatività dell'art. 40, comma 2, tra gli altri, MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970, 87 ss.; PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, 218. Il punto sul dibattito in VALENZANO, *Il rilievo dell'omissione nella truffa*, in *Studi in onore di A. Fiorella*, a cura di Catenacci, D'Ascola e Rampioni, vol. II, Roma, 2021, 1431 ss.

82. Ad avviso di VALENZANO, *Il rilievo*, cit., 1435, questa sarebbe una conclusione «paradossale», mentre l'inoperatività dell'art. 40, comma 2, discenderebbe dalla non configurabilità degli obblighi contrattuali di informazione come espressivi di una posizione di garanzia.

la clausola dell'art. 40, comma 2, ma si avvicini anche ai reati omissivi impropri, nel senso che l'interprete deve "immaginare" la condotta omissiva, piuttosto che leggerla direttamente nella norma penale incriminatrice.

In funzione del discorso problematico che stiamo conducendo, si pone l'interrogativo se, ai fini della tipicità omissiva, occorre richiamare al più presto un dovere extrapenale di agire, ovvero se anche rispetto a tali figure si potrebbe parlare di condotta tipica consistente in una non azione a prescindere da siffatto dovere.

Dunque, mentre nel caso degli atti osceni o degli atti sessuali per omissione l'obbligo di coprirsi e l'obbligo di non prestarsi all'atto deriverebbe direttamente dalla norma penale, nel caso del favoreggiamento e della truffa l'obbligo di informare il contraente o la polizia giudiziaria sorge prima e fuori della norma penale, da una qualche preesistente fonte extrapenale che configura intanto la non azione come illecita o *contra jus*. Nel primo gruppo di casi ci troviamo a che fare con altrettanti reati omissivi propri, estratti per via interpretativa dal testo della norma; nel secondo, stante l'inoperatività della clausola dell'art. 40, comma 2, si dovrebbe parlare di un *tertium genus* di reati omissivi, che potrebbe mettere in discussione l'ipotesi che stiamo testando. Infatti, in questi casi, l'ommissione sarebbe tipica solo se *contra jus* e, dunque, la dimensione deontica sembrerebbe condizionare al più presto la stessa tipicità della condotta.

In proposito, però, occorre rilevare che, indubbiamente, in assenza di un obbligo extrapenale di agire non si potrebbe neppure prospettare la rilevanza penale dei fatti in questione, ma altra cosa è sostenere che in questi casi (favoreggiamento e truffa) si possa parlare di una condotta omissiva solo in quanto sussista tale obbligo extrapenale.

A me pare piuttosto che esso costituisca il necessario presupposto affinché la condotta omissiva posta in essere in concreto possa qualificarsi alla stregua della descrizione normativa, quindi come condotta di artificio, di aiuto e così via. Può anche darsi che il contraente ometta informazioni non dovute, ma ciò configurerà un fatto penalmente irrilevante; mentre, se le informazioni sono dovute in base alle norme civilistiche, la condotta concretamente omissiva potrebbe integrare gli estremi dell'artificio, perché il contraente poteva fare affidamento sulla completezza delle informazioni ricevute, sapendo che la controparte aveva l'obbligo di fornire anche quelle mancanti. E allo stesso modo, una informazione reticente da parte della persona sentita dalla polizia giudiziaria potrebbe integrare gli estre-

mi dell'aiuto a sottrarsi alle investigazioni, solo se l'omissione è riferita a elementi che la persona aveva l'obbligo di fornire.

Dunque, è corretto che in tali casi la non azione risulti connessa ad un presupposto obbligo di agire che ne condiziona la possibile penale rilevanza, ma ciò *non dipende dalla impossibilità di configurare una condotta omissiva in assenza di tale presupposto*, bensì dalla diversa circostanza che, altrimenti, quella non azione non potrebbe essere apprezzata secondo il parametro offerto dalla fattispecie criminosa («artificio», «aiuto», nei nostri esempi).

Del resto, questa notazione risulta plasticamente nell'art. 316 *ter*, dove la modalità omissiva di quella figura di truffa (minore) è espressamente menzionata. Il legislatore fa riferimento non a una qualunque omissione di informazioni, ma all'omissione di informazioni «dovute»: una specificazione ultronea se la doverosità delle informazioni fosse di per sé estraibile dalla stessa idea di omissione. Con la cautela che impone una tecnica di scrittura normativa solitamente sciatta, la formula impiegata sembra dunque confermare che in linea generale per il legislatore si potrebbe parlare di una condotta omissiva anche a prescindere dalla doverosità dell'azione non compiuta.

In conclusione, questo rapido *excursus* sistematico non ha offerto controindicazioni rispetto all'ipotesi che stiamo vagliando, quella cioè di poter parlare di una omissione come semplice mancata azione, empiricamente verificabile nel mondo esterno.

CAPITOLO 2

Sulle tracce della condotta omissiva tipica

SOMMARIO: 1. La causalità come fattore tipizzante della condotta omissiva: pregi. - 2. Causalità del fatto e causalità del dovere. - 3. Azione o omissione nei casi problematici. - 4. L'interruzione del salvataggio. - 5. La costruzione dell'omissione tipica come omissione causale: le due variabili del pronostico. - 6. La costruzione dell'omissione tipica come omissione causale: la legge della legalità. - 7. Tipicità omissiva e violazione del dovere di agire. - 8. Omissione e dolo. - 9. Omissione e dolo eventuale.

1. *La causalità come fattore tipizzante della condotta omissiva: pregi.* Sembra dunque plausibile, o quantomeno non concettualmente errato, che anche nei reati omissivi impropri comincino a profilarsi i contorni di una condotta omissiva da parte del garante, a prescindere dalla previa valutazione della (specifica) doverosità di ciò che egli ha omesso di fare (azione mancante). Si potrebbe, quindi, muovere al più presto dal rilievo che tale condotta sia potenzialmente causale, nella versione della sicura incidenza nel decorso causale in atto da interrompere o deviare, senza doversi necessariamente riferire in prima battuta a ciò che era prescritto al garante – dalle norme e/o dalla diligenza obiettiva – nella situazione concreta.

Se una omissione vive ed è individuabile in concreto anche a prescindere dalla dimensione deontica, l'interprete e l'operatore possono impostare il tema causale senza preliminarmente interrogarsi circa la doverosità dell'azione immaginata, rimandando tale controllo ad un successivo passaggio¹.

L'azione "immaginaria" con cui fare i conti ai fini della costruzione della tipicità, allora, non è quella prescritta dalle norme (giuridiche, sociali) o dalla diligenza obiettiva, ma quella che, in base alle circostanze concrete e al decorso causale effettivo – così come accertato in un c.d. giudizio esplicativo che tenga conto dei singoli anelli o passaggi causali² –, se posta

1. Secondo PREZIOSI, *La causalità*, cit., 135, «solo successivamente [...] si dovrà stabilire se l'agente modello e quello concreto potessero e dovessero porre in essere la condotta impositiva» (corsivo A.).

2. Molto chiara in proposito Cass., Sez. IV, 12 luglio 2005, n. 25233, rv. 232013, secondo cui «nella ricostruzione del nesso eziologico tra la condotta omissiva del sanitario

in essere avrebbe evitato l'evento, almeno intercettando e deviando tale decorso causale, o svolgendo una qualche influenza su di esso³.

Del resto, partire dalla domanda circa la disponibilità in capo al garante di una azione dotata di siffatti requisiti, a prescindere da una norma o di una qualunque regola che la prescriva come doverosa, così estrapolando dalla realtà la condotta omissiva, salvo poi verificarne la rilevanza giuridica, è percorso da tempo naufragato nel salotto buono della dottrina; mentre non è del tutto sconosciuto sul terreno della pratica giudiziaria, che mostra invece come talune volte il p.m., laddove non disponga di norme scritte che prescrivano la cautela, preferisca coltivare i semi dell'accusa proprio ricavandone le sembianze dalla realtà del fatto, per poi sostenere che da qualche parte nel mondo esistono figure di modelli virtuosi o impeccabili, in grado di compierla, magari attraverso elucubrazioni a tavolino sganciate dall'esperienza e dalla realtà di tutti i giorni.

Da questo punto di vista, il metodo che stiamo proponendo potrebbe destare qualche perplessità proprio quanto al suo utilizzo nella pratica: in linea di principio più coerente con il modello del reato di evento, ma sul piano pratico suscettibile di derive poco raccomandabili sul piano delle garanzie e del rispetto dei principi costituzionali di legalità e colpevolezza, pressoché al pari – come abbiamo visto – del metodo tradizionale anta-

e l'evento lesivo non si può prescindere dall'individuazione di tutti gli elementi concernenti la "causa" dell'evento (morte o lesioni del paziente), giacché solo conoscendo in tutti i suoi aspetti fattuali e scientifici il momento iniziale e la successiva evoluzione della malattia è poi possibile analizzare la condotta omissiva colposa addebitata al sanitario per effettuare il giudizio controfattuale e verificare, avvalendosi delle leggi statistiche o scientifiche e delle massime di esperienza che si attagliano al caso concreto, se, ipotizzandosi come realizzata la condotta dovuta (ma omessa), l'evento lesivo "al di là di ogni ragionevole dubbio" sarebbe stato evitato o si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva». La sentenza è annotata da BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post*, in *Cass. pen.*, 2006, 3553 ss. Più di recente, negli stessi termini, *Cass.*, Sez. IV, 7 settembre 2022, n. 32870, in *www.njus.it* e *Cass.*, Sez. IV, 14 maggio 2020, n. 15080 (inedita).

3. Per la descrizione della causalità omissiva come *influenza sul decorso causale*, piuttosto che sull'impedimento dell'evento, BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 418, il quale sostiene che «nei contesti nei quali l'azione ha solo la probabilità di evitare l'evento, la stessa probabilità rappresenterà il punto di riferimento, lo standard per vagliare se le contingenze offerte dal processo consentissero il dispiegarsi della favorevole influenza sull'andamento del processo eziologico tipicamente implicata nell'azione sottesa all'obbligo di agire».

gonista. Si potrebbe dire che bypassare la sfera deontica e accedere subito alla dimensione fattuale dell'omissione comporta una valorizzazione della logica *ex post* a scapito di quella *ex ante*, accentuando le criticità di una responsabilità per colpa troppo spesso tributaria delle distorsioni da *bias* cognitivi⁴.

Tuttavia, tale possibile inconveniente, sembra limitato al solo terreno della colpa generica, spesso popolato da superagenti modello dai quali si pretendono disumane prestazioni, sia nella previsione dell'evento sia nella scelta della condotta più appropriata per scongiurarlo; mentre, nel campo della colpa specifica, non sembra aver ragione di porsi, perché l'azione individuata in concreto come impeditiva dell'evento dovrà in quel caso essere espressamente prevista nella regolamentazione cautelare, e in mancanza non potrà essere pretesa.

È vero che la colpa generica è spesso concepita come un "mastiche" chiamato a riempire i buchi cautelari della normativa scritta, sicché non basta per l'agente attenersi ad essa per porsi al riparo dalla responsabilità; però, nei settori ad alta normazione cautelare siffatte integrazioni costituiscono rare eccezioni, soprattutto tenendo conto che si discute di comportamenti non espressamente previsti, ma decisivi perché in grado di impedire l'evento.

Dunque, l'insidia di una deriva estensiva della responsabilità non si può negare, ma non coinvolge tanto il tema dell'omissione, essendo invece tutta riconducibile all'interno degli incerti confini della colpa, che non distinguono in proposito tra reato commissivo e reato omissivo.

2. *Causalità del fatto e causalità del dovere.* Abbiamo accennato come l'approccio tradizionale costituisca una costante giurisprudenziale soprattutto in materia di infortuni sul lavoro, materia largamente battuta da regole e prescrizioni minuziose a carico del garanti della sicurezza. Basta riprendere la fitta trama motivazionale della sentenza Thyssen della Cassazione, per scorgere come, pur nell'ambito di un discorso molto attento e approfondito circa i singoli passaggi del percorso che conduce alla dichiarazione di responsabilità per reati omissivi impropri, la mappatura della condot-

4. Letteratura molto vasta. Una sintesi efficace sui rilievi effettuati e sui rimedi ipotizzati, in S. GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 583 ss.

ta omissiva si risolva in fondo nella elencazione di una serie di obblighi inadempiti, e come il successivo profilo causale prescindendo da qualsiasi collocazione concreta, risolvendosi in una “evidenza” indotta dalla “moltiplicità” delle soluzioni e dalla univoca “destinazione” preventiva degli obblighi infranti.

Vediamo nel dettaglio. «Aver proceduto nelle lavorazioni senza aver ancora ottenuto il certificato di prevenzione incendi. Non aver correttamente valutato i rischi e provveduto alla loro eliminazione o riduzione. Non avere il datore di lavoro, in collaborazione con il RSPP, valutato adeguatamente i rischi per la sicurezza dei lavoratori ed adottato un documento di valutazione dei rischi con l’indicazione delle misure di tutela appropriate, fra cui il sistema di rivelazione e spegnimento automatico delle fiamme. Non aver dato istruzioni ai lavoratori di mettersi immediatamente al sicuro in caso di pericolo grave. Non averli allertati attraverso una adeguata informazione sui rischi specifici cui erano esposti. Non averli adeguatamente formati in materia di sicurezza ed in particolare non aver curato che quelli incaricati della prevenzione e lotta antincendio fossero adeguatamente formati attraverso corsi durante l’orario di lavoro. Non aver fornito attrezzature idonee ai fini della sicurezza, sottoposte a verifiche periodiche. Non aver definito la linea [...] a rischio elevato di incendio. Non aver valutato il rischio di incendio alla luce del d.m. 10 marzo 1998».

Questo è l’elenco delle condotte omissive ascrivibili agli imputati, quasi tutte riconducibili ad obblighi di formazione, informazione e valutazione dei rischi. Quanto alla causalità, la Cassazione si limita a riprodurre la convinzione del giudice di merito, ad avviso del quale «il tragico parallelismo fra le cause di produzione e l’elenco delle norme appena citate non potrebbe essere più netto nell’indicare un chiaro nesso causale fra le omesse condotte doverose e gli eventi», una volta rammentato che «la verifica del nesso causale potrà ritenersi raggiunta anche sulla base della prova di apprezzabili, significative probabilità che le condotte doverose avrebbero [hanno] avuto di scongiurare il danno»⁵.

Il “catalogo” delle riscontrate violazioni – al netto delle ripetizioni – può sembrare suggestivo, quasi che la “quantità” implichi o surroghi il profilo della “qualità”, rendendo la prova del nesso causale financo superflua, scontata, implicita. Ma l’evidenza del passaggio, a rigore, non tiene

5. Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit., §§ 22 e 27.

nel dovuto conto che quando ci si pone un problema di accertamento causale la moltiplicazione dei fattori non facilita affatto il riscontro, poiché lo standard probatorio richiesto non si può raggiungere attraverso il semplice cumulo dei fattori, se per ciascuno di essi il risultato è insoddisfacente, a meno che non si voglia addebitare all'omittente una colpa per insensibilità ai doveri, per la nessuna attenzione ai profili della sicurezza nella conduzione dell'azienda, insomma una specie di colpa per la condotta di vita.

Un conto sono le dosi di veleno somministrate alla vittima negli esempi di scuola, che ben possono dar luogo alla causalità cumulativa, trattandosi di fattori omogenei; un altro sono gli obblighi di formazione, informazione, valutazione, che non possono sommarsi gli uni agli altri in quanto disomogenei tra loro, la violazione complessiva dei quali può portare ad un giudizio fortemente negativo circa la cultura prevenzionistica del datore di lavoro, circa la sua scarsa sensibilità e attenzione, ma che ancora poco dice circa la possibilità nella situazione concreta di impedire l'evento *hic et nunc* attraverso il loro scrupoloso rispetto⁶. La molteplicità di fattori disomogenei complica anziché semplificare il tema causale, lo svolgimento del quale – infatti – nella sentenza Thyssen è dato per “evidente”, sebbene non lo sia affatto, oltretutto perché si svolge nella dimensione psichica della prevenzione di un comportamento imprudente e non in quella di un accadimento naturalistico.

Occorreva meglio formare i lavoratori, meglio informarli, meglio valutare i rischi sulla linea di produzione; ma nessuna legge scientifica o financo nessuna massima di esperienza è in grado di spiegare cosa sarebbe in concreto successo se gli obblighi fossero stati adempiuti o a fronte di quale comportamento adempiente i lavoratori avrebbero evitato la fatale esposizione al pericolo. Sarebbe stato “bene” rispettare quegli obblighi, ma non sappiamo se fino al punto che l'evento sarebbe stato evitato.

Dalla sommatoria di regole cautelari “improprie” non può discendere una regola cautelare “propria”, come del resto dimostra la circostanza che la ricerca dello strumento migliore per contenere il rischio dell'evento nasce vieppiù laddove non si disponga di uno strumento per scongiurarlo del tutto.

6. Scrive MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 141, che tali regole, proprio per il loro carattere «pre-modale» non potranno mai considerarsi per sé stesse “causa” dell'evento *ex art.* 43, «essendo per esempio impossibile da stabilire se la loro osservanza avrebbe o meno consentito di prevenire l'offesa senza tener presente la regola cautelare autenticamente modale che ci si prefiggeva di individuare o di diffondere».

In definitiva, ci accorgiamo che ad una condotta omissiva tratteggiata nei termini fumosi ma suggestivi di una complessiva “insensibilità” prevenzionistica tiene dietro un decorso causale implicito, che scambia la causalità con l’idoneità (o la “causabilità”), l’impedimento dell’evento con l’aumento del rischio, la prospettiva *ex post* con quella *ex ante*.

Ma per la soluzione del problema causale nei reati omissivi impropri non ci si può accontentare di una generica riconducibilità dell’evento concretamente verificatosi a quelli che la norma cautelare mirava a prevenire; non si può scambiare lo *Zweckschutzzusammenhang* con il rapporto di causalità. La considerazione indubbia che chi ha imposto quegli obblighi avesse avuto presente l’obiettivo di minimizzare comportamenti imprudenti o incoscienti dei lavoratori non attesta ancora che il rispetto degli stessi avrebbe con ogni probabilità – secondo la versione più spinta con un grado di probabilità vicino alla certezza o con alto grado di credibilità razionale – impedito l’evento *hic et nunc*.

La “casualità del fatto” non può essere scambiata con la “causalità del dovere”, una volta scartata – come abbiamo visto – la spiegazione dell’art. 40, comma 2, in termini di liquidazione del problema causale e affidata alla dimensione della colpa l’indagine sul collegamento tra la condotta e l’evento. Del resto, quando gli studiosi raffrontano il rapporto di causalità di cui agli artt. 40 e 41 c.p. con la c.d. causalità della colpa, di cui all’art. 43, terzo alinea, c.p. tendono a collocare il primo in una rigorosa dinamica diagnostica *ex post*, il secondo nella più rassicurante prospettiva della prognosi *ex ante* circa la creazione o un innalzamento del rischio⁷. In questo senso non è fondato il timore – sopra evocato – che una logica *ex post* faciliti le distorsioni dell’*hindsight bias* nell’accertamento della colpa, una volta distinto il momento rigorosamente causale da quello deontico.

Non credo che il metodo della anticipazione dell’accertamento causale partendo dalla descrizione dell’evento *hic et nunc* e del decorso che l’ha generato, per posporre il riscontro della doverosità dell’azione individuata, porti con sé una rivoluzione copernicana nella soluzione dei tanti casi di reati omissivi impropri che affollano le aule di tribunale, e soprattutto di quelli sulla materia sensibile degli infortuni sul lavoro e sui disastri. Tut-

7. DONINI, *Imputazione oggettiva dell’evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 109 ss.; MASSARO, *Omissione e colpa*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 883 ss.

tavia, mi sembra che l'adozione di tale metodo consenta di impostare i termini del problema causale "in purezza", liberandolo dalla cortina fumogena e "moraleggiante" in cui viene collocato nella dimensione del dover essere⁸, nonché arginando «il costante pericolo di slittamento della spiegazione causale verso la colpa»⁹.

Il disvalore di evento si collega al disvalore di condotta nel modo più armonico e dal loro coordinamento emerge con maggiore limpidezza la pretesa precettiva che l'ordinamento rivolge al garante.

3. *Azione o omissione nei casi problematici.* Non solo. L'impiego del metodo che stiamo sperimentando sembra possa assicurare che anche il problema "a monte" dell'alternativa azione-omissione – spesso rilevante nella pratica giudiziaria – venga incanalato in maniera più corretta e meno fluttuante.

Come noto, infatti, sul dilemma circa la qualificazione del fatto alla stregua del modello commissivo o di quello omissivo, con le conseguenze che si determinano sui temi della posizione di garanzia e sull'accertamento del nesso causale con l'evento, pesa il c.d. momento omissivo della colpa¹⁰, vale a dire la possibilità di ravvisare sempre un contegno omissivo allorché si raffronti la condotta dell'agente concreto con quella dell'agente modello; pesa altresì, di contro, la possibilità che anche la scena di una omissione sia "inquinata" da comportamenti attivi del garante, eventualmente poco appropriati e poco adeguati. La qualificazione più corretta della condotta come attiva o omissiva – secondo la nostra prospettiva – deve prescindere

8. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 830 ss., aveva denunciato, sebbene in una prospettiva non coincidente con quella del testo, una sorta di «fuga in avanti» all'interno della struttura della fattispecie omissiva impropria, «con progressivi appiattimenti di ciascun nucleo tipizzante sul nucleo successivo fomentata e legittimata anche dalla razionalizzazione dottrinale», con un «sovertimento dell'ordine logico-sistematico degli elementi» e «un tendenziale dissolvimento degli elementi naturalistici (condotta, nesso di causalità)», a scapito di quelli normativi (posizione di garanzia, dovere di diligenza).

9. CANZIO, *A vent'anni dalla sentenza "Franzese"*, in www.sistemapenale.it, 12 settembre 2022, 10.

10. Tra gli altri, GIUNTA, *Illicietà e colpevolezza*, cit., 92 ss.; MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora riprodotto in *La colpa. Studi*, Milano, 2013, 77 s.; per la notazione che la distinzione tra azione ed omissione non si pone invece nel caso di reati dolosi, essendo in stretta connessione con l'universo della colpa, SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 159.

dai profili della colpa e del tipo di regola cautelare violata, che vengono in campo solo in un secondo momento, per calibrarsi piuttosto sul ruolo dalla stessa giocato rispetto al decorso causale.

Una volta verificatosi l'evento e ricostruita la serie causale che l'ha determinato, se risulta che il comportamento dell'agente *ha inciso su tale decorso causale reale*, anche solo apportandovi deviazioni apprezzabili in relazione all'evento come descritto *hic et nunc*, si sarà in presenza di una *azione*; poi si tratterà di capire, ma solo in un secondo momento, se compiendo l'azione che ha creato o innalzato o modificato il rischio dell'evento, l'agente abbia ommesso eventualmente cautele doverose o condizioni che avrebbero neutralizzato quel rischio o lo avrebbero contenuto sotto l'asticella del consentito.

Se, viceversa, faccia difetto un tale apporto reale al dinamismo causale ci si potrà porre nella prospettiva dell'*omissione*, qualora il soggetto sia investito del ruolo di garante competente per l'evento che si è verificato; e ciò anche se il garante non sarà stato completamente inerte, ma avrà compiuto attività del tutto ininfluenti o comunque irrilevanti sul decorso causale in atto, come ad esempio nel caso del medico che per imperizia somministra il farmaco sbagliato, ma innocuo: ciò che conta in questi casi è che la possibile azione salvifica non sia stata posta in essere¹¹.

I casi controversi sono quelli di condotte articolate, che mostrano profili attivi ed omissivi, rispetto alle quali la giurisprudenza tende ad usare il non meglio definito "*criterio della prevalenza*", secondo cui il giudice di volta in volta, a fronte di contestazioni "multiple" dovrebbe verificare quale frammento di condotta (attiva od omissiva) abbia avuto maggiore significatività o preponderanza nella spiegazione dell'evento¹².

Posta l'estrema labilità del criterio, è tuttavia evidente che l'accesso "privilegiato" e prioritario sul territorio dei doveri non adempiuti, a scapito di quello naturalistico dell'accaduto, rischia in effetti di compromettere o di condizionare l'indagine, indirizzando la bilancia sul fattore omissivo che contrassegna il momento della colpa. La dottrina, invero, ha da tempo avvertito come «l'acquisita normatività della colpa non legittima in alcun

11. A favore del criterio naturalistico della c.d. "reale efficacia condizionante", cfr. anche AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 2799 s.

12. *Cass.*, Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.

modo a utilizzare [...] l'argomento del c.d. momento omissivo della colpa come uno strumento di surrettizia trasformazione delle fattispecie colpose in corrispondenti delitti omissivi»¹³. Cogliendo tale spunto si potrebbe in linea di principio e al contrario osservare che, invece, l'accentuazione del profilo "naturalistico" dell'omissione qui proposta garantisce un più profondo distacco tra la condotta autenticamente omissiva e la condotta colposa, normativamente contrassegnata.

In questa prospettiva, il criterio che solitamente si considera "dominante" e che consiste nel verificare la natura di divieto o di comando della regola cautelare violata¹⁴, da un lato, appare del tutto fuorviante perché debitore dell'approccio "normativo" alla condotta omissiva e, dunque, sta e cade con esso¹⁵; d'altro lato, più che costituire un criterio solutore l'enunciato si risolve in un fattore meramente descrittivo, in grado di raffi-

13. GIUNTA, *Illicietà e colpevolezza*, cit., 94. Altrove e più di recente, l'A. ha però sostenuto che il criterio naturalistico non è affidabile quando si ha a che fare con un soggetto che riveste una posizione di garanzia rispetto al quale si fonda l'aspettativa di un comportamento volto ad impedire l'evento, sostenendo che in tali casi vi è sempre un'omissione anche a fronte di un comportamento attivo (GIUNTA, *Culpa, culpa*, in *Criminalia*, 2018, 596: l'esempio è quello del rilascio o del rinnovo del porto d'armi da parte dell'ufficio competente a soggetti pericolosi, che poi hanno usato l'arma per uccidere). Farebbe eccezione il caso in cui l'evento sia stato causato attivamente dal garante stesso (es. il medico che, avendo in cura il paziente, lo avvelena nel sonno); ma non è chiaro come tale eccezione si discosti dagli altri casi, una volta che si esclude rilievo al criterio naturalistico per distinguere l'azione dall'omissione.

14. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 55 ss.; in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, rv. 247015; Cass., Sez. IV, 11 marzo 2008, n. 10795, rv. 238957 (entrambe massimate per altro aspetto).

15. Si veda, ad esempio, il ragionamento proposto da PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., 20, il quale, criticando il metodo c.d. naturalistico, sostiene che il caso del guardiano del passaggio a livello che lascia le barriere aperte invece di chiuderle, così causando un incidente è uguale al caso del guardiano che inavvertitamente le apre prima del passaggio del treno, poiché in entrambi i casi ciò che conta è la *ratio* del posto di guardia (il suo scopo di protezione), consistente nel fare in modo che non si verifichino collisioni fra i mezzi in transito (treno e auto), la quale mostra che in entrambi i casi «il guardiano non si attiva allo scopo di bloccare il decorso causale contemplato dal proprio dovere di controllo e (prevedibilmente) sfociante in un evento lesivo» (corsivo dell'A.). È chiaro che nella nostra prospettiva non rileva alcuno scopo delle norme, poiché la distinzione tra azione ed omissione deve essere fatta preliminarmente sulla ricostruzione del decorso causale reale, mentre con un ragionamento siffatto il c.d. momento omissivo della colpa la farebbe da padrone nella qualificazione in termini omissivi di qualunque mancato adempimento dell'obbligo cautelare.

gurare solo “a valle” della soluzione la differente dimensione normativa dell’azione e dell’omissione¹⁶.

Proprio in materia di infortuni sul lavoro, il rischio di “surrettizia trasformazione” della colpa in omissione si palesa con evidenza, poiché le omissioni di cautela che connotano la colpa possano in prima battuta tinggiare la scena in ambiente omissivo, anche se per il garante il debito di cautela discende da una sua stessa scelta d’azione¹⁷.

A fronte di casi come quello delle lavorazioni con l’amianto o dell’immissione in commercio di protesi o medicinali pericolosi, la questione dell’alternativa tra azione ed omissione non dovrebbe neppure porsi, anche se le azioni causali sono state realizzate da imprenditori senza scrupoli, che hanno eventualmente commesso già prima dell’azione, omissioni di controlli sulla qualità del prodotto o di intervento sul ciclo produttivo per scongiurare o ridurre i rischi da contaminazione o da malattia.

Stabilire che in casi come questi all’imputato debba essere ascritta un’azione causativa dell’evento non discende dal problematico criterio della prevalenza, bensì dal banale impiego del controfattuale rispetto all’azione – prossima o remota che sia – che causa l’evento¹⁸.

16. Rilievi critici analoghi svolge SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d’impresa tra “inerzia” e “induzione al reato”*, Napoli, 2012, 131.

17. Per la svalutazione del criterio causale-naturalistico, pur in ambito concorsuale, e per un sostanziale ridimensionamento dell’importanza della distinzione tra azione ed omissione, in un’ottica rigidamente normativa, G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Studi in onore di A. Fiorella*, a cura di Catenacci, D’Ascola e Rampioni, vol. I, Roma, 2021, 521 ss. V. anche EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, cit., 1064 ss. Notazioni critiche al riguardo in SELVAGGI, *La tolleranza*, cit., 49 ss., il quale evidenzia come dietro la rinuncia alla distinzione tra commissione e omissione, e dunque ad una verifica stringente del significato penalistico riconoscibile nel comportamento, presentata come una rinuncia soltanto a passaggi “formali”, si realizzino invece fenomeni espansivi del penale non corrispondenti alla logica del sistema, che si riflettono negativamente anche sulla fruibilità delle garanzie all’interno del processo.

18. La giurisprudenza è invece fluttuante in proposito. Nella celebre sentenza “Cozzini” in materia di esposizione alle fibre di amianto (Cass., Sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786, in *Cass. pen.*, 2011, 1679, con nota di BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*) ha optato per la versione commissiva, assegnando rilievo alla prospettiva dell’avvelenamento mediante dosi quotidiane di sostanza, piuttosto che alla mancata predisposizione nell’ambiente di lavoro delle misure necessarie per eliminare o attenuare i rischi di malattia; a opposta conclusione è pervenuta invece Cass., Sez. IV, 27 agosto 2012, n. 33311, in *Ind. pen.*, 2013, 143, con nota di CAVALLINI

In un caso molto noto, la Cassazione, doveva ricostruire in termini di causalità commissiva od omissiva il fatto di alcuni imputati accusati di aver fabbricato e successivamente commercializzato protesi valvolari cardiache senza il rispetto della normativa comunitaria, così aprendo il rischio per la salute pubblica e in particolare imponendo a taluni pazienti di sottoporsi a pericolosi interventi di sostituzione, con causazione di eventi lesivi. La Corte ha correttamente giudicato irrilevante il criterio della prevalenza, stabilendo che la condotta causale era quella attiva di fabbricazione e successiva commercializzazione¹⁹. I ricorrenti lamentavano che tale ricostruzione avrebbe precluso alla difesa l'eventuale dimostrazione controfattuale di cosa sarebbe successo alle vittime qualora fossero stati impiantati loro, sin dall'inizio, dispositivi a norma e non difettosi, ma tale doglianza prescinde dalla natura attiva od omissiva della condotta ascritta, e attiene semplicemente al merito della ricostruzione causale.

In linea di principio, infatti, la causalità commissiva non preclude l'indagine controfattuale, ma anzi la impone quando la spiegazione scientifica sia formulata in termini soltanto probabilistici, mentre semmai è la causalità omissiva che finisce per accreditare più facilmente ipotesi ricostruttive puramente probabilistiche nel giudizio controfattuale²⁰.

e PONZONI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa* (sul caso "Fincantieri"). Tale oscillazione tende a riprodursi anche in seguito (v. il quadro giurisprudenziale riportato da ZIRULLA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018, 62 ss.).

19. Cass. Sez. IV, 13 aprile 2011, n. 150021, rv. 250268: «il criterio della prevalenza [...] non ha ragion d'essere avendo rilevanza quella condotta che ha determinato il concreto innescarsi della progressione causale che ha prodotto l'evento».

20. La vicenda processuale inscenata per più di un decennio sul caso della morte di Ayrton Senna dimostra eloquentemente la maggiore duttilità accusatoria dell'omissione rispetto all'azione. Come noto, inizialmente il p.m. aveva ascritto, tra gli altri, ai responsabili della scuderia Williams (il direttore tecnico e il progettista) di aver sostituito, poco prima della gara, il piantone dello sterzo nella vettura guidata dal campione brasiliano, su sua sollecitazione; piantone che aveva ceduto, a causa di una forte decelerazione laterale, prima dell'impatto mortale rendendo l'auto priva di guida. A fronte della difficoltà di provare chi avesse materialmente ordinato e/o provveduto a sostituire il pezzo poi dimostratosi malamente assemblato e/o montato, nel corso del giudizio di primo grado il p.m. ruota sul "quadrante" omissivo, ascrivendo sempre ai due imputati di non aver adeguatamente controllato le operazioni nell'ambito delle loro rispettive competenze e nella prospettiva di garantire la sicurezza del pilota. Non era dunque importante stabilire se i due avessero partecipato all'ideazione e alla realizzazione della modifica, dato che ad entrambi spettava comunque il

In un altro caso la “prevalenza” omissiva ha portato la Cassazione ad una conclusione sicuramente errata. Un automobilista, pur conducendo l’auto a velocità consentita e senza violare norme del codice della strada, giunto al termine di un rettilineo perdeva il controllo del mezzo che, sbandando sul lato destro e urtando una grossa pietra, finiva la sua corsa con un ribaltamento. Il passeggero posto sul sedile anteriore non aveva allacciato le cinture di sicurezza e, a causa di ciò, veniva sbalzato fuori dall’abitacolo in seguito all’impatto, riportando lesioni con conseguenze mortali. L’automobilista è stato condannato per omicidio colposo perché, pur non essendo rimproverabile per la condotta di guida, ha omesso – contro le norme – di far sì che il passeggero indossasse la cintura, o, comunque, ha omesso di verificare tale circostanza, così realizzando una condotta omissiva causale, in qualità di garante obbligato all’impedimento dell’evento.

La Cassazione non si è avveduta che avrebbe potuto evitare la problematica individuazione in capo al guidatore di una posizione di garanzia da mancato allacciamento di cintura di sicurezza da parte del passeggero, se avesse ricondotto il fatto al modello del reato commissivo: qui è l’azione della guida che causa l’evento, né si può dire che si sarebbe trattato di un’azione neutra sul piano del rischio illecito, proprio perché, la mancata verifica e/o pretesa dell’allaccio della cintura avrebbe realizzato – in ipotesi, tutta da verificare – la violazione di una regola cautelare che, pur a fronte di una conduzione corretta dell’auto, rende nondimeno quell’azione causale intollerabilmente rischiosa

compito di istruire i propri collaboratori, di dare indicazioni sui rischi da fronteggiare e sui controlli di sicurezza da effettuare. Come noto, anche la torsione omissiva dell’accusa non aveva portato alla condanna in primo grado dei due imputati, poiché era emerso che il lavoro era stato assegnato all’ufficio competente e che i tecnici incaricati erano del tutto idonei allo scopo e adeguatamente formati, con ciò potendo operare in pieno il principio di affidamento (Pret. Faenza, 16 dicembre 1997, inedita). Ma il lungo iter processuale si concluse con una seconda sentenza della Corte d’appello di Bologna (27 maggio 2005, inedita), poi confermata in Cassazione (Cass., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 15050, inedita), che dichiarò prescritto il reato a carico di uno dei due imputati (il direttore tecnico Patrick Head), la quale comunque stabilì che la causa dell’incidente era effettivamente riconducibile alla rottura del piantone dello sterzo e questa era stata causata dalle modifiche, mal progettate e mal eseguite, e che tali errori andavano ricondotti al comportamento colposo del direttore tecnico. Su tale comportamento, la Corte d’appello scrive: «in una fattispecie così complessa non è tuttavia possibile separare i profili commissivi da quelli omissivi ed anche qualora si volesse ritenere che Head non abbia direttamente partecipato alla progettazione e realizzazione del nuovo piantone installato sulla vettura di Senna, non vi è alcun dubbio che si debba ritenere ugualmente responsabile della morte del pilota sotto il profilo omissivo».

rispetto all'evento occorso²¹. Non ci sarebbe alcuna differenza se il conducente fosse uscito di strada a forte velocità e il passeggero, regolarmente agganciato, fosse morto per l'impatto violento: anche in questo caso, come nell'altro, è l'azione colposa che alza il rischio oltre il consentito e causa l'evento.

4. *L'interruzione del salvataggio*. L'osservazione dell'incidenza effettiva sul dinamismo causale consente di risolvere in modo univoco anche i casi di c.d. *interruzione del decorso salvifico*, che la dottrina prova a spiegare con varietà di soluzioni, affidandosi a criteri non sempre rigorosi. Vengono proposti casi di incerta catalogazione, perché, da un lato, somigliano all'omissione, dal momento che a causa della condotta attiva che ha "impedito l'impedimento" dell'evento il decorso causale principale non subisce deviazioni o interferenze, sicché, se ci si interroga su cosa sarebbe successo se l'azione di disturbo non fosse stata posta in essere, ci si affida – come nella causalità omissiva – ad una ipotesi controfattuale, facendo un pronostico sulle probabilità di successo del fattore salvifico impedito o deviato²².

Ma, d'altro lato, non manca la somiglianza con la causalità commissiva perché la condotta umana ha *effettivamente* deviato il corso degli accadimenti incidendo su un fattore causale in atto e potendosi ravvisare l'infrazione ad un precepto di divieto di azione nella causazione dell'evento («è vietato interrompere un decorso salvifico o interferire con esso attraverso un impiego di energia»)²³.

La dottrina ha sfoderato grande fantasia nella formulazione dei casi²⁴. Si va dal salvagente lanciato al naufrago che viene danneggiato o sottrat-

21. Cass., Sez. IV, 28 gennaio 2010, n. 3585, in *Cass. pen.*, 2010, 4326, con nota di BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, il quale concorda con la Corte sulla qualificazione in termini omissivi del comportamento del conducente, impiegando il criterio della natura della norma violata, ma critica la sentenza nella parte in cui individua in capo al conducente l'obbligo di impedire l'evento da mancato allacciamento della cintura di sicurezza.

22. La differenza è che nei casi di omissione impropria "classici" è in atto il decorso causale che provoca l'evento, mentre in questi è in atto il decorso causale che evita l'evento.

23. La differenza è che nei casi commissivi "classici" l'azione attiva il meccanismo causale che provoca l'evento, mentre in questi l'azione attiva un diverso meccanismo causale che impedisce l'impedimento dell'evento.

24. Per una vasta panoramica, GIMBERNAT ORDEIG, *Una terza maniera di realizzare il reato: l'interruzione di serie causali di salvataggio*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1559 ss., che propone anche casistica di cui si sono occupati tribunali spagnoli, dunque tratta dalla realtà e non costruita a tavolino.

to da qualcuno, al casellante che viene legato alla sedia per impedire che abbassi le sbarre del passaggio a livello, al depistaggio del medico accorso per salvare la vita posto in essere da terzi, sino a immaginare un soccorso deliberatamente o colposamente ritardato ad opera dello stesso soccorritore, il quale, ad esempio, alla guida dell'ambulanza sbaglia strada per recarsi all'ospedale e allunga il tragitto.

Il criterio della effettiva incidenza sul decorso causale che abbiamo valorizzato porta a catalogare *tutti questi casi nel novero dei reati omissivi*, poiché l'incidenza dell'azione ostacolatrice sul fattore salvifico fa sì che l'evento venga causato dal fattore originale e che il garante abbia fallito il suo impedimento. La conseguenza è che il fatto sarebbe tipico (salvo poi valutare il dolo o la colpa) solo se l'intervento salvifico impedito sia riferibile ad un garante, o, quantomeno, se appartenga ad un garante l'azione di ostacolo, non potendo operare l'art. 40, comma 2, se entrambi i fattori provengano da soggetto non obbligato ad impedire l'evento: ad es. il bagnante che si sta per gettare in mare a salvare una persona in pericolo, ma viene trattenuto da altro bagnante contrario a che egli rischi la vita.

Tale limitazione ha scoraggiato la dottrina italiana dal seguire il criterio della causalità effettiva e l'ha indotta a proporre un criterio parzialmente diverso, di taglio "normativo", che consiste nel verificare di volta in volta se «le cose siano procedute per conto loro, senza peggioramento della situazione per il bene protetto» (in questo caso: omissione), ovvero se «il "facere" abbia condotto ad un maggior pericolo per il bene protetto» (in questo caso: azione). In tal modo gran parte della casistica del c.d. impedimento dell'impedimento sarebbe riconducibile all'azione²⁵.

25. M. ROMANO, *Commentario*, cit., 314 ss., per il quale il criterio della causalità non sempre porta a risultati accettabili. Analogamente, SPINA, *Il "caso Vannini". Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, in *Arch. pen. (web)*, 2020, fasc. III, 30 s.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 338, che propone come esempio di azione il caso dell'allontanamento volontario di eventuali soccorritori da parte dell'agente con il proposito di lasciar morire dissanguato il ferito. Secondo altri studiosi la soluzione è ibrida, nel senso che i casi in questione sarebbero da ricondurre ad una terza forma di realizzazione del tipo, diversa da azione ed omissione, e che mutua le sue caratteristiche da ognuna di queste, in quanto «l'interruzione di tali serie causali è un'azione che non costituisce un reato di azione, perché il soggetto non causa materialmente l'evento, e neppure uno di omissione impropria, perché il soggetto non si limita a non fare, ma, al contrario, fa un qualcosa al quale è riconducibile l'evento» (GIMBERNAT ORDEIG, *Una terza maniera di realizzare il reato*, cit., 1565). La dot-

Siffatto criterio non convince: non solo perché non sembra avere alcuna base legale, ma soprattutto perché si presta ad applicazioni controverse. Infatti, non è chiaro cosa si debba intendere per «maggior pericolo» a fronte di casi in cui l'azione di salvataggio è appena iniziata, o, prima ancora, sia in fase di preparazione, o addirittura, in fase di ideazione.

Ad esempio, è ancora un'azione quella del bagnante "prudente" che ostacola la preparazione del bagnante "coraggioso", il quale ha deciso di buttarsi in mare e sta prendendo le pinne; ovvero quella dello stesso bagnante che convince l'altro a desistere. In questi due casi è sufficiente il «peggioramento» per parlarsi di un'azione, o in forza del principio di materialità occorre che l'azione salvifica sia quanto meno iniziata (se non giunta quasi a compimento)?

La risposta dovrebbe essere questa: se l'azione di salvataggio non è ancora stata messa in campo, se il salvagente non è stato lanciato, se il medico non è mai stato in grado di apprestare strumenti di soccorso efficaci allora il rischio di lesione non si è mai attenuato e dunque non deriva dalla «azione» interruttrice dell'agente. Al contrario, se l'azione di salvataggio è già in corso, il soggetto che la interrompe riespone il bene all'originario fattore di rischio²⁶. Si tratta però di una distinzione imprecisa e poco chiara, nel senso che se anche il salvagente non è stato lanciato può darsi che una volta lanciato esso avrebbe consentito con ragionevole probabilità al naufrago di salvarsi, mentre se è stato già lanciato è anche possibile la dimostrazione che le chance di salvezza sarebbero state molto limitate, con un «peggioramento» delle sorti del bene del tutto impercettibile²⁷.

trina tedesca è in gran parte orientata a classificare questi casi all'interno della causalità commissiva (ad es. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*⁴, t. I, München, 2006, 367 ss., li considera come una semplice eccezione alla regola che nella causalità commissiva non influisce alcun processo causale ipotetico).

26. In questi termini, SPINA, *Il "caso Vannini"*, cit., 31, il quale sostiene che per aversi «azione» in senso tecnico il rischio deve mutare qualitativamente, ossia risultare "nuovo" agli occhi dell'osservatore, perché il mero incremento quantitativo, potendo correre su scale centesimali, può prestarsi a distorsioni. Pertanto, soltanto l'interruzione di un soccorso già efficace potrebbe corrispondere normativamente ad una azione. In altri termini, per l'A., ciò che davvero conta è che l'azione salvifica sia in corso, non tanto perché quella non ancora iniziata non possa risultare, ipoteticamente, persino di maggiore efficacia, ma perché muta in concreto il quadro di rischio nella situazione di riferimento.

27. È chiaro, invece, che se il salvagente viene sottratto al naufrago una volta che egli l'ha afferrato, si rinviene un'azione causale che incide sull'evento finale, non perché "peg-

Invero, in questi casi, senza distinzione tra le fasi della esecuzione, preparazione o ideazione dell'iniziativa di salvataggio, ritenere che l'evento sia stato causato dall'azione (naturalistica) di chi vi ha interferito significa assegnare all'azione una efficacia potenziale non effettiva sull'evento e, quindi, scambiare la causazione con l'aumento del rischio²⁸. E questa sembra, sempre e senza distinzioni, una forzatura non accettabile²⁹.

È chiaro, tuttavia, che se l'azione di salvataggio è compiuta con successo, qualunque nuova iniziativa volta ad incidere sul risultato introduce un fattore causale diverso da quello neutralizzato e se produce l'evento va spiegato in termini commissivi: così il caso del guardiano del passaggio a livello, che inavvertitamente apre le sbarre prima del passaggio del treno e causa una collisione fra il treno e l'auto che attraversava i binari, è ricostruibile nei termini di reato commissivo piuttosto che come interruzione di un decorso salvifico³⁰. È un'azione qualunque rimozione di cautele già adottate³¹; è omissione qualunque intervento su decorsi salvifici in atto.

giora" le sorti del bene, ma perché cambia il decorso effettivo degli accadimenti. Mentre, non si può distinguere tra azione ed omissione a seconda della "vicinanza" del salvagente al naufrago al momento dell'insorgenza dell'ostacolo al salvataggio.

28. Infatti, per GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 415 s., qui si avrebbe un reato commissivo in cui la struttura del legame tra comportamento e risultato è sostanzialmente identica a quella propria dei reati omissivi nel senso che essa presenta un carattere ipotetico, con l'avvertenza che però in questo caso ci si domanda come si sarebbero svolti gli avvenimenti se l'azione interruttiva non fosse stata compiuta, e non cosa sarebbe accaduto se l'azione doverosa fosse stata compiuta. Poiché l'A. sottolinea in modo particolare la differente natura della causalità omissiva rispetto a quella commissiva, al punto tale da mettere in discussione per la prima l'appropriatezza del riferimento stesso alla "causalità", e di proporre come preferibile la formula di «equivalente tipico della causalità», ci si sarebbe aspettati che egli preferisse perciò ricondurre i casi di interruzione di una catena causale di salvataggio alla fattispecie omissiva.

29. Un invito alla differenziazione dei casi, sotto il profilo dell'efficacia interruttiva del fattore sopravvenuto, si coglie in MEZZETTI, *Autore del reato e "divieto di regresso" nella società del rischio*, Napoli, 2021, 265 ss.

30. Così invece, PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., 24.

31. Mi rendo conto che tale criterio, in astratto chiaro, potrebbe prestarsi a qualche dubbia applicazione nella pratica. Ad esempio: Tizio non sa nuotare e finisce in acqua; se il bagnino Caio gli lancia il salvagente e Tizio vi si appoggia, Tizio rimane comunque in acqua; in teoria, finché non è sul molo, non si potrebbe dire che non stia ancora rischiando di morire annegato. In questo caso, riterrei concluso il salvataggio con il raggiungimento del salvagente nelle mani del suo destinatario, senza attendere che egli arrivi alla terra ferma, perché una volta afferrato il salvagente Tizio non è più

Su questa ultima base obiettiva di tipo omissivo, andrebbe poi verificata la possibile operatività del modello di realizzazione concorsuale, che può dipendere sia dal momento in cui interviene la condotta interruttiva o ostacolatrice, sia dalla natura dolosa, colposa o incolpevole dei contributi. Sotto il primo profilo, intanto si può parlare di condotte obiettivamente concorsuali in quanto l'interruzione avvenga prima o durante l'azione impeditiva, poiché se interviene dopo il suo compimento (ad es. dopo che è stato lanciato il salvagente) lo schema concorsuale non può operare. Sotto il secondo profilo, si possono immaginare casi di errore determinato dall'altrui inganno (art. 48 c.p.)³², o casi di costringimento fisico o psichico (artt. 46 e 54, comma 4, c.p.), ovvero casi di concorso doloso nel fatto colposo o di vera e propria cooperazione colposa³³. Tali variabili, però, non incidono sulla necessità che – come si è visto – almeno uno dei due contributi provenga dal garante (*intranseus*), secondo lo schema dell'art. 40, comma 2: la natura del contributo commissivo all'omissione dell'impedimento dell'evento viene comunque eclissata nella sua rilevanza giuridica.

5. *La costruzione dell'omissione tipica come omissione causale: le due variabili del pronostico.* Siamo ora in possesso di tutti gli elementi per focalizzarci sulla omissione tipica, la quale, come è ormai chiaro, non risulterà innanzitutto dalla tavola delle norme che indirizzano al garante precetti di fare, ma da ciò che al garante si può immaginare di chiedere per impedire l'evento nella situazione in cui si trovava. Questo significa che il tema causale da affrontare non ha già apparecchiata una determinata azione rispetto alla quale ci si domanda *se* sia o no impeditiva dell'evento, ma

in pericolo (corre solo un rischio consentito e normalmente accettato, a meno che il salvagente non risulti insufficiente a sopportare il suo peso o il suo stato di agitazione ancora non si sia stabilizzato).

32. Ad es. SPINA, *Il "caso Vannini"*, cit., 33, ipotizza che nel caso giudiziario oggetto di commento l'operatore sanitario sia stato tratto in inganno in ordine all'eziogenesi del malessere del ferito, sicché potrebbe aver compiuto, sul piano obiettivo, un fatto di reato, che consiste nell'aver trasportato il paziente invece che in ospedale per il necessario intervento chirurgico, presso un ambulatorio di pronto intervento, struttura del tutto inadeguata a trattare feriti di quel genere.

33. Ad esempio, un passante fornisce un'informazione sbagliata al conduttore dell'ambulanza, il quale, senza controllarne l'attendibilità, finisce in un luogo sbagliato, ritardando irrimediabilmente il soccorso.

è rivolto ad individuare *quale* (o quali³⁴) tra le tante azioni immaginabili possa essere fornita di tale qualità: il criterio prognostico da utilizzare non si applicherà, pertanto, su materiale già scrutinato, ma dovrà servire per individuarlo.

L'operazione comporta, innanzitutto, l'esatta ricostruzione degli avvenimenti che hanno portato alla verifica dell'evento, *in primis* del decorso causale che lo ha reso possibile. È quello che ora la giurisprudenza chiama "giudizio esplicativo" e che richiede una conclusione in termini di certezza.

Una volta stabilito come sono andate le cose, l'individuazione della condotta omissiva presuppone – come abbiamo detto – che attraverso un giudizio prognostico o "predittivo", formulato con tutti gli elementi disponibili *ex post*³⁵, si possa immaginare un'azione da parte del garante in grado di influire in modo rilevante su una qualsiasi articolazione del decorso causale in atto per deviarlo nella direzione di un impedimento dell'evento o della causazione di un evento diverso da quello che si è verificato, in ipotesi meno grave.

Questa costruzione presuppone che si stabilisca la "quantità" rilevante di tale influenza, sotto due distinti profili:

34. Anche nella prospettiva deontica le azioni doverose potrebbero essere più d'una, previste da fonti differenti, con il garante che può scegliere tra esse: per Cass., Sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2536, rv. 265796, quando un obiettivo di sicurezza può essere soddisfatto con l'adozione di diverse strategie, la scelta dell'una o dell'altra da parte del soggetto titolare della posizione di garanzia rimane indifferente e l'obbligo può essere adempiuto anche con l'adozione di cautele diverse da quelle "specifiche", quando si adottino interventi evoluti dal punto di vista tecnico e scientifico ed efficienti almeno quanto quelli prescritti dalla regolamentazione ufficiale della materia.

35. Nella metodica che proponiamo, non interessa la prospettiva *ex ante*, la quale presuppone che si sia già individuata la regola cautelare che impone la condotta e che richiede di stabilire se l'evento appartenesse al novero di quelli che la regola cautelare mirava a prevenire e se lo stesso non rappresenti per ipotesi il risultato di una serie causale del tutto estranea rispetto a quelle prese in considerazione per elaborare tale regola. Per la descrizione di siffatta metodica, che affida ad una successiva fase la verifica *ex post*, BARTOLI, *Il problema*, cit., 90 ss.: «l'individuazione in astratto del comportamento dovuto non può esaurire l'accertamento del decorso causale ipotetico, perché costituisce una mera ipotesi (a struttura ipotetica) che necessita comunque di una verifica», il che a mio avviso renderebbe particolarmente laborioso l'itinerario del giudice, il quale a questo punto dovrebbe aver già ricostruito oltre ogni ragionevole dubbio il reale andamento delle cose attraverso il giudizio esplicativo.

- a) *il livello accettabile della differenza tra il causato e il pronosticato;*
- b) *l'attendibilità del pronostico.*

I due aspetti non sono necessariamente autonomi; infatti, in taluni dei casi problematici, meno si amplia la forbice ammissibile tra il causato e il pronosticato, più il pronostico dovrà esprimersi con percentuali di successo particolarmente elevate. Nel senso che se si prendono in considerazione azioni che possano avere un'incidenza causale anche ridotta e non solo quelle indispensabili per la definitiva salvezza del bene, ma anche quelle soltanto in grado di modificare le condizioni e le modalità del suo sacrificio, tale livello di incidenza dovrà quantomeno essere assicurato.

Se l'azione omessa è – ad esempio – in grado di spostare solo per qualche tempo la verifica dell'evento, rendendo quindi poco appetibile il risultato, per considerarla nondimeno come azione impeditiva la stessa dovrà presentarsi con una capacità di conseguimento del ridotto obiettivo pronosticabile nei termini di probabilità vicino alla certezza, altrimenti dovremo giudicare l'evento inevitabile e rinunceremo alla costruzione della condotta omissiva; se viceversa l'azione omessa è immaginata come in grado di scongiurare una volta per tutte l'evento (non solo quello *hic et nunc* strettamente inteso), o quanto meno di generare un evento sensibilmente diverso e assai meno grave (la forbice della pretesa si amplia), allora, in base al senso comune, si potrebbe anche maggiormente considerare una disponibilità a ridurre di qualche decimale le percentuali di successo dell'operazione, e considerare l'evento evitabile attraverso quella azione.

Ciò significa, ragionando al contrario, che se teniamo fermo che ai fini dell'art. 40, comma 2, si devono prendere in considerazione – come vuole la dottrina più garantista – solo percentuali di successo prossime al 100%, poiché una siffatta performance può essere assicurata solo da azioni che non hanno come obiettivo l'impedimento *tout court* dell'evento si impone la necessità di capire se e quale discostamento si ritenga ammissibile tra il causato e il pronosticato. Immaginare, invece, un'azione salvifica definitiva con probabilità elevatissime, vicine alla certezza, significherebbe contrarre sensibilmente la sfera della rilevanza penale, data la tendenziale estrema difficoltà di tale cimento.

Nel campo della responsabilità medica si possono formulare molteplici esempi. Prendiamo in prestito un caso proposto in dottrina che ben si att-

glia al nostro scopo³⁶. Riguarda un paziente che, ricoverato per essere sottoposto ad operazione chirurgica ricostruttiva del tessuto osseo a seguito di un incidente stradale, nonostante la tempestività dell'intervento abbia perso l'uso delle gambe, per lesione irreversibile del tessuto muscolare. La perizia accerta che la perdita di funzionalità del tessuto muscolare è stata conseguenza di una lesione nervosa a sua volta causata dal trauma, lesione non individuata dai medici che hanno effettuato l'operazione, neppure in occasione della visita di controllo a cui hanno sottoposto il paziente dopo alcuni giorni dall'intervento.

La stessa perizia stabilisce che se tempestivamente diagnosticata e tempestivamente curata la lesione si sarebbe potuto evitare il danno alla funzione deambulatrice solo a determinate condizioni non accertabili facilmente *ex post*, ma molto probabilmente si sarebbe evitato quantomeno il totale deperimento del tessuto muscolare.

Dunque: se teniamo fermo il criterio della probabilità vicino alla certezza, l'evento *hic et nunc* appare evitabile poiché l'azione immaginata ragionevolmente lo impedisce (danno alla deambulazione, ma non totale perdita del tessuto muscolare): il successo è parziale, ma si può e (in ipotesi) si deve raggiungere perché comunque rende la situazione meno grave di quella che si è verificata. Se, viceversa, abbiamo di mira un obiettivo più ambizioso, ma molto meno raggiungibile, per ritenere nondimeno tipica l'omissione dovremmo aprire per l'accertamento dell'evitabilità dell'evento a percentuali di successo meno importanti (non è escluso che si possa ritenere evitabile questo "macroevento", sia pure con un po' o con molta fortuna).

La conclusione è che si può ritenere tipica l'azione omessa immaginata (tempestiva diagnosi e tempestiva cura) concretizzando il più possibile l'evento *hic et nunc* verificatosi (totale deperimento del tessuto muscolare); ma, se vogliamo ri-describirlo in modo da dilatare (generalizzare) talune sue caratteristiche dobbiamo ridurre contemporaneamente le percentuali accettabili di successo.

Ecco perché la dottrina, a tale proposito, ha osservato che nello specifico settore dell'attività medico-chirurgica «qualora [...] si voglia ricostruire il nesso causale in termini di certezza, o quasi certezza [...] è chiaro che tale certezza, o quasi certezza, sarà (perlomeno) più facile da raggiungere,

36. PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria*, cit., 11, 43 s.

se rapportata ad un obiettivo (cui si assuma tendere il comportamento alternativo lecito) più limitato e circoscritto»³⁷.

6. *La costruzione dell'omissione tipica come omissione causale: la legge della legalità.* Le condizioni offerte dal “mercato della penalità” sono allora piuttosto chiare: chi pretende, in linea con le più affascinanti opinioni della dottrina, l'equiparazione tra causalità attiva e causalità omissiva quanto al livello probatorio del collegamento tra condotta ed evento (“elevato grado di credibilità razionale”) deve accettare che nel paradigma causale venga descritto l'evento concreto-concretissimo, con tutte le circostanze fattuali rilevanti del suo invero; chi dovesse, invece, ritenere che il diritto penale non sia interessato a punire soggetti che, di fronte ad un bene ormai compromesso, possano al massimo con la loro azione spostare di poco nel tempo l'evento lesivo o modificare per qualche aspetto le sue caratteristiche concrete, prendendo invece di mira incidenze causali più importanti, se non definitivamente salvifiche, è maggiormente disposto a derogare dai criteri di accertamento della causalità paragonabili a quelli del reato commissivo.

Tale rilievo è stato opportunamente segnalato dalla dottrina, osservando che il maggior livello di astrazione nella ridefinizione dell'evento a cui si assiste nel settore del reato omissivo rispetto a quello del reato commissivo (dove rileva la causazione di qualsiasi modificazione dell'evento concreto), favorisce il ricorso al criterio dell'aumento del rischio, mentre il riferimento all'evento concreto anche nell'omissione «consentirebbe di giungere ad un giudizio di certezza o di probabilità confinante con la certezza», e aggiungendo che «secondo il comune sentire la ragione della diversità è da ravvisare nel diverso concetto di evento utilizzato (*concreto* nel reato commissivo, *astratto* nel reato omissivo)»³⁸. La considerazione parte dalla premessa che «mentre per l'imputazione dell'evento nel reato commissivo è sufficiente *qualsiasi modificazione* dell'evento concreto, nel

37. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”*, cit., 130 s., per il quale l'assumere ad oggetto di indagine l'evento *hic et nunc* realizzatosi, oltre che opportunamente “ri-descritto”, può consentire di non restringere in maniera eccessiva la sfera della responsabilità penale.

38. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 93 ss., la quale sottolinea anche che «il problema dell'anticipazione o accelerazione dell'evento non è un problema causale, ma un problema di definizione dell'evento».

reato omissivo è necessaria una *modificazione rilevante* dell'evento, nella misura in cui è richiesto l'impedimento dell'evento», escludendosi di regola l'imputazione «quando l'azione doverosa non avrebbe impedito con certezza l'evento o non avrebbe determinato apprezzabili vantaggi per il bene tutelato»³⁹.

Nell'indagare su tali questioni, si deve premettere che le formule impiegate raffigurano una sintesi impropria dei dilemmi, che non si pongono mai con le caratteristiche di un'alternativa radicale (evento concreto o evento astratto; criterio dell'elevata credibilità razionale o criterio della probabilità vicino alla certezza⁴⁰), ma assumono la problematicità di fattori variamente graduabili (dal concreto all'astratto; dall'elevata credibilità razionale alla probabilità vicino alla certezza).

Ciò posto, se davvero il diritto vivente ha creato un abisso nel concetto di evento come punto terminale del rapporto di causalità, nel reato commissivo (evento *hic et nunc*) e nel reato omissivo (“evento tipologico”), la circostanza non credo possa dipendere dalla diversa natura giuridica delle due forme di condotta, né dalla possibile diversa *ratio* politico-criminale a cui esse rispondono, come ad esempio dalla supposta natura eccezionale o residuale della responsabilità omissiva⁴¹. Questa affermazione è piuttosto da ritenersi in stretta connessione con il tradizionale procedimento di “estrazione” della condotta omissiva, che pesca a tutta prima nel mondo delle norme di comportamento e delle regole cautelari.

39. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 90 s., la quale aggiunge che «secondo il comune sentire la ragione della diversità è da ravvisare nel diverso concetto di evento utilizzato (*concreto* nel reato commissivo, *astratto* nel reato omissivo)» (corsivi dell'A.).

40. Sull'abuso delle formule della probabilità logica e credibilità razionale intese, dopo la sentenza Franzese, nel senso di accreditare una «credibilità personale del giudice, fondata sull'intuito di quest'ultimo», STELLA, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 29 ss.; sulla pratica coincidenza tra le formule della “elevata credibilità razionale” e della “probabilità logica confinante con la certezza”, D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche*, cit., 345. Chiarisce BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, 135, che mentre la “probabilità logica” designa lo strumento di conoscenza (criterio), la “elevata credibilità razionale” designa il risultato della ricerca (esito).

41. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 92, formula questa ipotesi, ragionando sul fatto che diversamente non si spiega perché l'ordinamento dovrebbe rinunciare a punire azioni impeditive dell'evento *hic et nunc*, colposamente realizzate (perché nel caso del dolo sembra ci sia consenso sulla punibilità), nei casi disperati in cui comunque il bene giuridico non appare più salvabile.

Infatti, se il punto di partenza della ricerca della tipicità consiste nel quadro normativo che impone al garante una serie di comportamenti, è naturale per l'interprete, così come assumere per ipotesi tipica l'azione descritta da quelle norme, considerare l'evento che esse tendono ad evitare o comunque a neutralizzare in una dimensione astratta o "collettiva" (per classi di tipi di eventi). Come si è visto, in questa prospettiva, la realtà concreta del fatto commesso affiora solo in un secondo momento per verificarne la sussumibilità sotto il quadro astratto (azione-evento) tracciato dalle norme.

Mutando metodo e angolo visuale, nel senso sopra proposto, non preesiste alcuna ragione per tralasciare anche nel mondo dell'omissione una descrizione dell'evento con le caratteristiche contingenti dell'*evento concreto*, avveratosi secondo un accertato decorso causale (giudizio esplicativo), e mettersi all'arbitraria ricerca di eventi analoghi, ottenuti dalla generalizzazione dei connotati di quello concreto. L'art. 40, comma 2, quando si riferisce all'impedimento dell'evento non prende in considerazione *una nozione di evento diversa* da quella del comma 1 e del successivo art. 41, in mancanza di qualunque indicazione al riguardo; né potrebbe farlo, in mancanza di qualunque ragione "ontologica" che si imponga allo stesso legislatore. L'evento da impedire è quello che è già stato ridescritto nel corso del giudizio esplicativo: qualunque "differenza" o "distanza" con tale evento rappresenterebbe una inammissibile confusione di piani, che, in barba al principio di legalità, ogni interprete potrebbe costruire a suo piacimento.

La *legge della legalità* impone che si mettano al bando ricerche discrezionali da parte del giudice, dai confini mobili e nebulosi, soprattutto quando – come nell'omissione – la condotta è frutto della sola immaginazione. Non è consentito "approfittare" dell'irrealtà del controfattuale, per perdere ogni riferimento con la regola della fattispecie. E poiché qui si ha a che fare con il modello del reato di evento a forma libera, in cui la tipizzazione avviene attraverso l'indicazione legale di *questo unico estremo*, essendo rimessa la condotta dal piano astratto delle norme al piano concreto del brano di vita, *costituirebbe un attentato alla riserva di legge costruire la fattispecie utilizzando due tipologie di eventi*: uno, quello del giudizio esplicativo, estratto dalle macerie dell'accaduto, sia pure opportunamente ridescritto e ripulito; l'altro, quello del giudizio predittivo, tratteggiato a esclusivo piacimento del giudice nella camera di consiglio.

Se il tema della causalità omissiva – come oramai riconosce anche la giurisprudenza – richiede il preliminare accertamento di ciò che è naturalisticamente accaduto⁴², questo stesso oggetto del giudizio esplicativo deve costituire il punto di riferimento di ciò che sarebbe accaduto secondo il giudizio predittivo: altrimenti avremmo un predittivo senza il preliminare esplicativo e l'ancoraggio al reale, piuttosto che una necessità logica della causalità omissiva, costituirebbe niente altro che un mero adempimento formale⁴³.

Solo la distorsione che produce l'accesso immediato dal dovere essere può comportare un simile disastro concettuale, oltre che prasseologico;

42. Così, da ultimo, ad esempio, in materia di responsabilità medica, Cass., Sez. IV, 11 gennaio 2022, n. 416, rv. 282559, nonché Cass., Sez. IV, 7 settembre 2022, n. 32870, cit.

43. La necessità della preliminare ricerca di come siano andate effettivamente le cose allorché si deve costruire la condotta omissiva (su cui in particolare, MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica*, cit., 523 ss.) è stata di recente sottoposta a critica, nel senso che si è posto in evidenza come tale procedura, più che espressione di una necessità logica, costituisce semplicemente un «procedere spontaneo», però a volte anche integrante un «errore logico» (PREZIOSI, *La causalità*, cit., 156 ss.). Si sostiene, in particolare, che la causa ipotetica rappresentata dal comportamento alternativo possa anche entrare in gioco sin da subito nell'ambito del giudizio esplicativo e quando ancora non è noto il decorso causale eziologico, proponendosi l'esempio della morte di un operaio all'interno di un capannone industriale, colpito da un carrello in movimento. Si ipotizza che la movimentazione potrebbe aver prodotto l'evento solo se le guide del carrello fossero bagnate, avendo un grande quantitativo di acqua neutralizzato l'effetto del freno automatico d'emergenza, e che, in effetto, ciò sia accaduto perché l'addetto alla chiusura della tettoia mobile non si è attivato come avrebbe dovuto a fronte della minaccia di un temporale. Rispetto a tale caso, si osserva che l'evento è conseguenza dell'investimento dovuto alla mancata chiusura della tettoia, la quale costituisce quindi una condizione negativa integrante il giudizio esplicativo al pari delle condizioni positive, «nel senso che la causalità omissiva non segue l'accertamento dell'effettivo decorso causale, ma lo precede, ponendosi come suo punto di partenza seppure in chiave ipotetica». L'eccezione critica, come riferita al proposto esempio, non mi sembra però convincente. Infatti, in quel caso il giudizio esplicativo si può esaurire senza tener conto della condizione negativa specifica consistente nella mancata azione di chiusura della tettoia: è sufficiente pervenire in sede di giudizio esplicativo alla conclusione che l'investimento da parte del carrello è stato determinato dal mancato funzionamento del freno di emergenza a sua volta causato dal fatto che il carrello e le guide erano stati investiti da una grande quantità d'acqua caduta dal cielo; mentre, nella successiva sede del giudizio predittivo è altrettanto agevole immettere la variante del comportamento attivo dell'addetto, consistente nella ipotizzata (e doverosa) chiusura della tettoia, per pervenire alla conclusione che l'omissione ha (con) causato l'evento.

il metodo che abbiamo sopra tracciato consente invece di operare anche sotto questo profilo con maggior rispetto della legge della legalità.

Al primo quesito che abbiamo formulato all'inizio di questo paragrafo, si deve dunque rispondere che *nessuna discrepanza* è ammessa tra il “causato” e il “pronosticato”, poiché altrimenti il garante sarebbe chiamato a rispondere per un fatto “diverso” da quello “commesso”, essendo quest'ultimo niente altro che quello ricavato dal giudizio esplicativo⁴⁴.

Peraltro, le obiezioni al criterio dell'evento *hic et nunc* nel reato omissivo – come noto – non sono mancate. A possibile dimostrazione della sua irrilevanza (o della sua fallacia) viene spesso citato il caso c.d. del “sottotetto”, realmente accaduto in Germania⁴⁵. Nella soffitta di un edificio che ha preso fuoco si trovano un padre e i suoi due bambini in preda al panico. Il padre, sollecitato dai soccorritori a lanciare i figli dalla finestra che si trova a circa 6 metri e mezzo dal suolo, non ha il coraggio di farlo, nonostante la loro assicurazione, poiché teme che gli stessi possano perdere la vita. Quando il fuoco ha ormai invaso la stanza, l'uomo si getta da solo dalla finestra e riesce a salvarsi. Non così i bambini che rimangono avvolti dalle fiamme, prima dell'arrivo dei pompieri.

Il caso, tra i molteplici profili di interesse, è trattato dai giuristi sotto il profilo della descrizione dell'evento, poiché si ipotizza che l'azione omes-

44. Ad esempio, Cass., Sez. IV, 4 maggio 2021, n. 16843, rv. 281074, si è interrogata sul ruolo causale dell'omessa diagnosi di un infarto e ha stabilito che il ricovero in ospedale avrebbe certamente evitato la morte del paziente per aritmia, stante la presenza nel nosocomio di un reparto di terapia intensiva coronarica, ma correttamente evitando di valutare se anche in quel contesto l'aritmia si sarebbe potuta presentare di lì a poco con inarrestabili effetti mortali. Per la possibile rilevanza penale di un ritardo di sei mesi nel compimento dell'azione (diagnosi e conseguente terapia) in presenza di una malattia tumorale pancreaticca, ben difficilmente curabile anche con diagnosi e terapia tempestiva, Cass., Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 5800, rv. 280924; analogamente, per Cass., Sez. 31 ottobre 2008, n. 40924, in *Il diritto penale della medicina*, a cura di Giunta, Micheletti, Piccialli e Piras, Pisa, 2009, 38), «il rapporto causale dovrà riconoscersi, non solo nei casi in cui sia provato che l'intervento doveroso omissivo (o quello corretto in luogo di quello compiuto nella causalità commissiva) avrebbe evitato il prodursi dell'evento in concreto verificatosi, o ne avrebbe cagionato uno di intensità lesiva inferiore, ma altresì nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente (non minuti od ore) più lontani».

45. Il primo autore a menzionarlo in Italia è stato GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 405 ss.

sa dal padre, di lanciare i figli dalla finestra, non avrebbe evitato la loro morte, seppure per altra causa⁴⁶.

L'impostazione corretta per la soluzione parte, a mio avviso, dalla considerazione che il padre, con la propria condotta omissiva ha certamente causato l'evento *hic et nunc* (morte per incendio): non occorre procedere ad alcun confronto con quello che sarebbe potuto accadere se avesse agito come richiesto dai soccorritori e senza bisogno di comparare il rischio aperto con quello che sarebbe sorto in caso di lancio dalla finestra (morte per la caduta a terra). Non aver lanciato i figli dalla finestra ne ha causato la morte per combustione, perché se li avesse lanciati quella morte sarebbe stata evitata.

Una volta, dunque, individuata la condotta omissiva, occorre comprendere se la stessa era dovuta dal garante, ed è (solo) nell'ambito di tale giudizio che si dovranno svolgere argomenti a proposito del bilanciamento oggettivo tra i due confliggenti doveri, valutazioni sulla effettiva utilità della condotta, dato il ridotto o poco rilevante spostamento sul decorso causale in atto che essa avrebbe comportato, ed eventualmente, sul piano soggettivo, valutare se era esigibile dal padre (che potrebbe essersi rappresentato un pericolo superiore a quello reale) l'azione mancante. Non si deve confondere il criterio della causalità, che consente di costruire l'omissione, con la sua doverosità oggettiva e soggettiva.

Nessun rischio di punire mancati interventi di scarso o nessun interesse per il bene giuridico: il sistema consente di espungere dal "mercato della penalità" siffatti esiti.

Piuttosto, il problema politico criminale, già tante volte evocato anche in dottrina, è – al contrario – quello di lasciare impuniti mancati interventi che invece potrebbero avere interesse per il bene giuridico, poiché ne aumentano le chance di salvezza o, quanto meno, possono garantire traguardi accettabili.

Su tale questione sono ormai state scritte intere biblioteche, sicché non occorre aggiungere altro in questa sede. Ma restano ferme due proposi-

46. La sentenza del BGH che ha ritenuto che i bambini si sarebbero salvati a fronte dell'azione omessa con un'alta probabilità confinante con la certezza è stata sul punto molto criticata G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 406, il quale illustra il caso a proposito della sostituzione del criterio di causalità con quello di aumento del rischio.

zioni potenzialmente antagoniste: da un lato, il connotato peculiare della causalità omissiva di cui abbiamo fatto cenno, dovuto alla natura non empirica, ma immaginaria sebbene reale, dell'antecedente; d'altro lato, la necessità costituzionale, ma anche culturale e morale, che impedisce sul piano del diritto sostanziale di trasformare il reato causale di evento in reato a condotta (omissiva) pericolosa⁴⁷.

Posta, quindi, la natura ontologicamente probabilistica del criterio di verifica della causalità omissiva e, al contempo, la necessità che solo la condotta che “*non ha impedito l'evento*” (*hic et nunc*) possa essere immaginata e descritta come tipica, il grado di attendibilità del pronostico deve necessariamente coincidere con il parametro della *certezza processuale* che dalla sentenza Franzese in avanti si pretende (almeno nelle formule) come connotato di qualunque ragionamento causale⁴⁸. Sul piano del diritto sostanziale, la condotta omissiva è causale solo quando è condizione realmente necessaria dell'evento, sicché è tipica solo se, sulla base delle circostanze presenti al momento del fatto e senza tener conto di possibili ulteriori condizioni o fattori devianti, essa avrebbe certamente

47. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica*, cit., 528 ss.

48. La “processualizzazione” del parametro della certezza impeditiva è intesa spesso dalle sentenze successive alla Franzese come una sua “flessibilizzazione” o “relativizzazione”, con conseguente marginalizzazione del criterio della sussunzione sotto leggi scientifiche con frequenze vicine a 100 (PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 209, rileva un «ossequio formale» alla sentenza, anche con ripetizione delle formule consuete, ma un sostanziale «affievolimento del criterio della certezza dell'impedimento»; sull'«ossequio formale» alla sentenza, v. anche DELL'OSSO, *Probabilità logica e “logiche” giurisprudenziali della mera probabilità: la Cassazione ribadisce i “veri” principi della sentenza Franzese*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 867 ss.): è chiaro che la soluzione dei casi singoli si gioca proprio sul modo di intendere la prova della causalità da parte del giudice, oramai svincolato dal rispetto di criteriologie effettive e libero di usare a proprio piacimento le formule estratte e rese “topiche” da quel famoso precedente. Per il punto critico sul post-Franzese in giurisprudenza si possono vedere, tra i tanti, con opposte valutazioni, BARTOLI, *Il problema*, cit., 39 ss. e D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche*, cit., 331 ss.: il primo, trova nella giurisprudenza, al di là delle formule, la conferma della necessità di differenziare il modello di causalità (tra azione ed omissione); per il secondo, «il frutto maggiormente apprezzabile di questa pronuncia può individuarsi, nonostante tutte le problematichità spesso segnalate dagli interpreti, nella capacità di gettare un ponte tra una fondamentale categoria sostanziale del diritto penale, quale la causalità, e la concreta dinamica di verifica processuale della stessa, secondo le cadenze tipiche del modello accusatorio a struttura antagonistica» (334).

impedito l'evento *hic et nunc*, come ridescritto ai fini del giudizio esplicativo⁴⁹.

7. *Tipicità omissiva e violazione del dovere di agire*. Giunti a questo punto, possiamo pertanto con convinzione seguire l'opzione metodologica che

49. Sulla esclusione dei fattori che ipoteticamente potrebbero a loro volta impedire o deviare l'impedimento, PREZIOSI, *La causalità*, cit., 136 ss. Sulla certezza processuale in ambito medico, giungendo alle medesime conclusioni, ma partendo dalla dimensione normativa della regola cautelare, VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1989 ss. Sul procedimento di eliminazione delle cause alternative anche nella causalità omissiva, SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 394 ss. La distinzione tra fattori puramente ipotetici di azzeramento dell'efficacia salvifica dell'azione omessa e circostanze concrete da tenere in dovuta considerazione nell'elaborazione del pronostico circa l'efficacia salvifica è lucidamente tracciata da Cass., Sez. IV, 31 maggio 2019, n. 24372, rv. 276292, nel processo a carico di tre medici in conseguenza della morte nel campo di gioco del calciatore Piermario Morosini. Essi erano accusati di non aver fatto uso del defibrillatore nel soccorrere il calciatore, ma dalle perizie è risultato che lo stesso era affetto da cardiomiopatia aritmogena, e secondo la Cassazione in presenza di tale pregresso quadro patologico (fattore non ipotetico, ma reale) non sarebbe stato sufficiente constatare che il tempestivo impiego del defibrillare nella situazione concreta non avrebbe dato esiti certi, dipendendo questi dalle variabili connesse con la patologia originaria, né che comunque si sarebbe potuto guadagnare tempo per consentire di esperire ulteriori interventi mirati appropriati, dato che la defibrillazione non corregge la causa della patologia né le conseguenze tissutali anossiche, collegate alla mancanza di perfusione. Sulla stessa linea Cass., Sez. IV, 18 novembre 2020, n. 33230, rv. 280074, che, in relazione al caso del decesso di un paziente per arresto cardiaco, ha considerato irrilevante la mancata tempestiva diagnosi della patologia cardiaca di cui soffriva l'uomo, perché la stessa non avrebbe evitato l'evento mortale, dato che, stante il momento del suo arrivo al pronto soccorso, il tempo necessario per eseguire gli esami strumentali e diagnostici, nonché la distanza chilometrica con il più vicino centro sanitario attrezzato, l'intervento coronarico percutaneo necessario ad evitare l'insorgenza dell'aritmia fatale avrebbe comunque avuto luogo in epoca significativamente successiva a quella richiesta per avere un effetto salvifico; Cass., Sez. IV, 16 marzo 2020, n. 10175, rv. 278673, che, in relazione al caso del decesso di una paziente per embolia polmonare conseguente alla omessa somministrazione di adeguata terapia antitrombotica, ha escluso la responsabilità dei sanitari fondate esclusivamente sulla mera valutazione di alcune situazioni astratte, indicate dalle linee guida, a cui si associa il rischio emorragico, in mancanza di valutazioni circa le particolari condizioni in cui versava la paziente. Analogamente richiamo alla concretezza della verifica causale per giungere alla conclusione che l'evento lesivo si sarebbe evitato oltre ogni ragionevole dubbio in Cass., Sez. IV, 14 maggio 2020, n. 15080, cit. e in Cass., Sez. IV, 21 luglio 2021, n. 28182, rv. 281737.

rinuncia all'approccio deontico in materia di condotta omissiva, dati i molteplici vantaggi sul piano della tenuta della legalità che esso presenta. Il passaggio ulteriore da compiere, poiché – come taluno ha osservato e come è evidente nella pratica⁵⁰ – l'ambiente “naturale” di elezione del reato omissivo improprio è quello della colpa, consiste nel rintracciare – ma solo in un secondo momento – nei meandri del dovere di diligenza l'eventuale doverosità, per il garante, della azione che avrebbe impedito l'evento. È in questo passaggio che si pone il dilemma sistematico se attribuire alla dimensione della colpa per l'evento un rilievo come fattore di tipicità-illiceità sul piano oggettivo, o se collocare l'intero capitolo direttamente nell'ambito della colpevolezza.

Siamo di fronte a passaggi che coinvolgono profili impegnativi di dogmatica e sistematica del reato, su cui tanto si è dibattuto anche più in generale. Ma, se il ragionamento che abbiamo svolto sinora è corretto, se cioè ci si può “accorgere” di una omissione anche prima di interrogarsi sui doveri che incombevano sul garante e semplicemente formulando un giudizio sul valore causale della mancata azione, l'interrogativo dogmatico concerne allora la configurazione di siffatta omissione causale come “tipica” ovvero soltanto “pre-tipica”. Il che, tutto sommato, ridimensiona la portata dell'alternativa, collocandola più sul versante estetico che in quello operativo.

In proposito, mi interessa osservare comunque, che, quale che sia la risposta che si preferisca dare a tale quesito, esso non presenta caratteri peculiari con riferimento ai reati omissivi, poiché la risposta non potrebbe dipendere dalla pretesa natura normativa dell'omissione. Basta considerare, infatti, che anche sul terreno del reato commissivo ci si può domandare se abbia senso porsi un preliminare problema di tipicità-causalità per un'azione che non risulti aver attivato una sfera di rischio superiore al consentito, non realizzando violazione di regole cautelari, perché – come noto – si può pensare che l'espressa previsione di un fatto *commesso per colpa* tragga seco sin dentro la tipicità il complesso delle regole cautelari come parametro oggettivo⁵¹. Sfera dell'essere e sfera del dover essere po-

50. Nella pratica, lo fa notare, ad esempio, BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, cit., 39; come conseguenza di ragionamenti restrittivi sul dolo, EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, cit., 1094 s.

51. Lo spiegano molto bene sia coloro che collocano anche la colpa generica in una sfera autenticamente “normativa”, forgiata su precetti astratti comunque riconoscibili *ex*

trebbero collaborare anche con riguardo alla tipicità dell'azione, e dunque da questo punto di vista sarebbe confermata la comune condivisione di azione ed omissione di contrassegni appartenenti alla categoria di genere.

Ciò significa che la risposta al quesito che ho formulato dipenderebbe esclusivamente dalle preferenze che si ritengono di accordare alle costruzioni di teoria generale del reato, più che ad uno specifico *imprinting* normativo dell'omissione. Ad esempio, si può considerare già causale e tipica la condotta del noleggiatore di un'automobile che consegna la vettura al cliente, il quale, postosi alla guida, cagiona un incidente stradale, salvo poi verificare se quel cliente era o no in possesso dei requisiti formali e sostanziali per poter guidare l'auto; oppure si può sostenere che quella condotta, pur naturalisticamente causale, sin dall'inizio non interessa il circuito penale se risulta la regolarità della consegna dell'auto, trattandosi di condotta che attiva soltanto un rischio perfettamente consentito. Allo stesso modo si può considerare causale e tipica la condotta del medico del pronto soccorso che omette il ricovero di un paziente recatosi al pronto soccorso per una ferita tamponata in ambulatorio, quando di lì a poco lo stesso paziente, recatosi a casa, viene colto da infarto; oppure anche qui si può sin dall'inizio sgomberare il campo ed escludere qualunque omissione tipica (seppure naturalisticamente causale), dal momento che l'infarto era del tutto imprevedibile nella situazione concreta e il ricovero non era in quel momento doveroso.

Del resto, la "battaglia" che la dottrina ha condotto per attrarre la colpa nell'orbita della tipicità, pur con le varie sfumature di chi ritiene che la fattispecie del reato colposo sia una fattispecie aperta alla necessaria integrazione normativa delle regole cautelari, con ciò che ne consegue in termini di reperibilità astratta di tali regole e di sufficiente determinazione delle relative prescrizioni⁵², e chi invece distingue tra "disposizione" e "norma" come fattori della tipicità penale e assegna alla colpa il ruolo di «componente soggettiva tipica del fatto», espressione di una "tipicità ermeneutica" che si sottrae ai rigori della legalità e si affida ad un margine di discrezionalità giudiziaria nel forgiare il parametro per il riconoscimen-

ante (sintesi: GIUNTA, *Culpa, culpae*, cit., 580 ss.), sia coloro che sono propensi a scrivere la regola cautelare della diligenza anche impiegando la penna *ex post* dell'agente modello, con i parametri tradizionali della prevedibilità ed evitabilità dell'evento (FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 149 ss.).

52. Sul punto, da ultimo, MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 105 ss.

to della condotta tipica⁵³, non ha mai attraversato la distinzione tra reato commissivo e reato omissivo, o si è avvalsa della “normatività” dell’omissione per giustificare l’operazione.

Sul punto, semmai, si può riconoscere che, mentre una impostazione “normativistica” spinta dell’omissione facilita il collocamento della colpa nel fatto tipico, il metodo che si va qui proponendo lascia impregiudicata qualunque opzione dogmatica. Il tema sarà ripreso quando dovremo occuparci più a fondo della dimensione deontica del reato omissivo improprio.

8. *Omissione e dolo*. Sostenere che si possa configurare come omissione tipica una semplice non azione naturalisticamente causale, in quanto oltre ogni ragionevole dubbio impeditiva dell’evento, comporterebbe, dunque, la conseguenza di rimettere il profilo della doverosità della mancata azione da parte del garante all’accertamento della colpa nel settore statisticamente dominante del reato omissivo improprio colposo. L’omissione consisterebbe nel [a)] mancato compimento di un’azione impeditiva dell’evento [b)] doverosa in sé in quanto colposa.

Ma che cosa può succedere invece nel “recessivo”, sebbene non inconsistente, settore del reato omissivo improprio doloso? È plausibile che in questi più rari casi non ci sia affatto spazio per l’esame della doverosità in sé dell’azione omessa e che la volontà di causare l’evento precluda un simile passaggio? Cosa resterebbe del “*quod debetur*” in siffatto modello di illecito?

La dimensione del dovere si esaurirebbe allora con la attribuzione della posizione di garanzia in capo all’omittente, premessa del reato omissivo improprio, mentre nessun rilievo avrebbe la doverosità dell’azione impeditiva, in quanto tale, per il garante doloso, essendo le fonti cautelari modali indicate nel terzo alinea dell’art. 43, riservate unicamente al delitto commesso per colpa.

In effetti, che l’azione impeditiva dell’evento sia doverosa o no, quando il garante non l’ha compiuta, potendolo fare e rappresentandosi tale possibilità, perché voleva che l’evento si verificasse, potrebbe sembrare un dettaglio del tutto irrilevante. Ciò che conta nella dimensione del dovere

53. Per tutti, DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano, 1991, 116 ss., il cui pensiero in proposito si è poi sviluppato nel tempo secondo vari percorsi ed esiti.

è solo che sul garante gravi l'obbligo di impedimento dell'evento, mentre, una volta stabilito che egli sia stato in grado di compiere la condotta individuata come impeditiva, ai fini del dolo sembra sufficiente la prova che lo stesso si sia rappresentato tale possibilità e abbia deciso di non agire volendo che l'evento si verificasse. L'obbligo di garanzia si potrebbe "mangiare" nel dolo l'obbligo di diligenza, il che significa che nel reato omissivo improprio doloso la condotta omissiva sarebbe solo causale e possibile, non anche di per sé necessariamente doverosa, se non in quanto sia doveroso per il garante impedire l'evento.

Ciò significherebbe che mentre nel settore colposo l'alternativa circa l'approccio alla condotta omissiva, se la priorità sia naturalistico-causale o deontica, può anche apparire sotto il profilo della sommatoria dei requisiti richiesti ai fini della tipicità oggettiva e soggettiva privo di rilevante incidenza pratica, per quanto riguarda invece il settore doloso, la dimensione deontica della condotta omissiva non verrebbe in alcuna considerazione, non svolgerebbe alcun filtro selettivo, una volta che sia stata accertata la sua qualità causale.

In proposito, occorre intanto premettere che, come puntualmente osservato in dottrina, perché sussista in capo al garante la volontà di causare l'evento è determinante stabilire che cosa egli si sia rappresentato circa la propria condotta omissiva. Infatti, si osserva che «il parametro per l'individuazione del comportamento doveroso sarà [...] non rappresentato dal modello di uomo avveduto della stessa collocazione sociale e professionale, ma dal patrimonio di scienza ed esperienza dello stesso garante», al quale si deve chiedere «un intervento eventualmente più impegnativo di quello che risulti necessario sulla base delle regole obiettive di diligenza», ma anche, invece, «al di sotto di quello che sarebbe stato possibile pretendere, facendo riferimento al "modello", se il patrimonio di scienza ed esperienza del garante è meno ricco di quello che sarebbe lecito attendere da un uomo del suo *status* sociale e professionale»⁵⁴.

Nessun rilievo assume pertanto la ipo-conoscenza dovuta a colpa circa la mancata adozione di informazioni dovute o circa il possesso di adeguata formazione. Tale profilo di doverosità dell'azione mancante, che connota una buona parte del quadrante colposo non interessa il quadrante doloso, poiché se il soggetto non si è effettivamente rappresentato la situazione tipi-

54. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 365.

ca e dunque la necessità di compiere l'azione salvifica farà comunque difetto un ingrediente essenziale per potergli attribuire la volontà dell'evento.

L'eventuale rilievo della doverosità dell'azione, semmai, potrebbe collocarsi nelle ipotesi di conoscenza effettiva del conoscibile (caso normale) o di iper-conoscenza di fattori non conoscibili.

Vediamo questa seconda ipotesi, immettendo sul soggetto nel caso del medico sopra descritto *conoscenze ulteriori e speciali* rispetto a quelle che può possedere l'agente modello. Immaginiamo che il medico abbia ommesso di ricoverare il paziente ferito, perché si trattava di ferita che non richiedeva il ricovero, pur sapendo che lo stesso aveva però da poco ingerito un veleno la cui azione avrebbe potuto essere scongiurata da un antidoto tempestivamente somministrato in ambiente ospedaliero; risulta che non vi era alcuna evidenza obiettiva dell'ingestione del veleno, sicché sul piano della diligenza obiettiva del medico nessun rimprovero colposo potrebbe essergli mosso per aver ommesso il ricovero. E tuttavia il dolo si radica senza problemi sulla superiore conoscenza dell'agente concreto (garante), che ha sicuramente posto in essere una condotta omissiva causale e tipica volendo non impedire l'evento morte tramite la somministrazione dell'antidoto.

Del resto, anche l'esempio commissivo del noleggiatore dell'auto può essere costruito in chiave di dolo, immettendo nell'agente una conoscenza superiore a quella disponibile per l'agente modello: ad esempio il noleggiatore potrebbe essere consapevole che un killer vuole uccidere il cliente, non appena egli si metterà alla guida, riconoscendo la vittima a causa del tipo e del colore dell'auto presa a noleggio e da lei utilizzata. La condotta attiva del noleggiatore, di per sé considerata, rimane al di fuori del rischio illecito, ma è certamente condotta causale di concorso commissivo doloso.

Da questo punto di vista rimarrebbe confermato, dunque, che se ai fini del dolo le integrazioni o le valutazioni di taglio normativo non fossero richieste, una condotta omissiva (non ricoverare il paziente) potrebbe portare alla causazione dolosa dell'evento a prescindere dalla circostanza che la "azione" mancante fosse obiettivamente doverosa per il garante, mentre una condotta attiva (noleggiare l'auto) causa dolosamente l'evento anche se l'agente doloso con tale azione non supera il rischio obiettivamente consentito.

Invero, nei due esempi proposti, in cui il dolo si forgia sulla base del possesso da parte dell'agente di conoscenze ulteriori rispetto a quelle che avrebbe avuto l'agente modello, finanche dotato della massima efficien-

za ed esperienza, il problema del ruolo del “dover essere” nell’ambiente doloso sembra bypassato da tale assorbente circostanza. Infatti, se si volesse pensare al modello di agente in funzione dell’impiego del parametro della diligenza obiettiva, allora si dovrebbero immettere al suo interno le “super-conoscenze” dell’agente concreto e chiedersi come si sarebbe comportato quello stesso virtuoso modello qualora avesse fruito di quelle stesse “super-conoscenze”⁵⁵. L’esercizio, però, potrebbe sembrare probabilmente ozioso, una volta dato per scontato che *il modello di agente non voglia commettere il fatto e cagionare l’evento*.

In sostanza, in entrambi gli esempi che ho proposto, si può anche convenire con il rilievo che sia il medico che il noleggiatore, proprio perché avevano un patrimonio specifico ulteriore di conoscenza circa condizioni di pericolo in grado di portare alla verifica dell’evento, hanno realizzato una condotta (rispettivamente omissiva e attiva) contraria al dovere di diligenza a loro richiesta, ma tale rilievo non è determinante per stabilire se entrambi hanno voluto l’evento o diventa del tutto superfluo una volta stabilito che entrambi – magari proprio *sfruttando* quelle “super-conoscenze” – hanno voluto l’evento.

E tuttavia, il caso della iper-conoscenza è indicativo al fine di fissare un confine al dolo, che una buona parte della dottrina affida alla massima di successo “*non c’è dolo senza colpa*”. Ciò significa che nella nostra casistica in tanto potremmo ravvisare la presenza del dolo in quanto il garante abbia deliberatamente omissivo una azione salvifica che l’agente modello avrebbe invece compiuto; se, viceversa, il garante ha omissivo ciò che lo stesso agente modello, dotato delle conoscenze di cui gode quello concreto, avrebbe omissivo, non ci può essere dolo.

In questo senso si dovrebbe rispondere alla domanda che inizialmente ci siamo posti: nel settore dei reati omissivi impropri dolosi l’omissione tipica è del tutto coincidente con quella che contrassegna il corrispondente settore di reati colposi, poiché la “doverosità” dell’azione mancante, in entrambi i settori, dipende dalla colpa. Se il garante omette volontariamente un’azione non doverosa, perché l’agente modello non l’avrebbe compiuta, egli non sarà in dolo nonostante abbia omissivo perché aspirasse all’evento.

Il caso corrisponde a quello arcinoto sul versante commissivo del nipote che convince lo zio a effettuare un viaggio aereo sperando che l’aereo

55. Sulla *Sonderwissen* nella colpa, FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 270 ss.

cada e lo zio perda la vita per conseguire finalmente l'eredità, sul quale generazioni di studiosi si sono accapigliati per spiegare come mai il fortunato nipote non deve essere punito – nessuno avendo mai sostenuto che il nipote deve essere punito –, se perché egli non è in dolo, non essendo neppure in colpa, o se perché l'evento morte non può essergli imputato obiettivamente, in quanto la sua condotta non ha creato un rischio illecito (non tollerato, superiore al rischio consentito)⁵⁶.

Senza partecipare alla contesa, ai nostri fini interessa solo verificare se e in che limiti non possa sussistere il dolo senza la colpa. Al riguardo, sembra dirimente l'osservazione secondo la quale il nipote, ma anche il medico del nostro caso se privo della iper-conoscenza, non versano in dolo semplicemente perché, sulla base del loro patrimonio rappresentativo, non possono aver voluto l'evento. Entrambi hanno semplicemente "sperato" che esso si verificasse, magari grazie all'intervento di qualche fortunata circostanza preesistente (ma non conosciuta) o sopravvenuta (ma non prevista).

Invero, tornando alla premessa che nel campo del dolo conta la rappresentazione effettiva e non quella potenziale, non si può supporre che il nipote e il medico abbiano posto in essere la condotta rappresentandosi l'evento come sua possibile conseguenza, poiché non si sono rappresentati che la loro condotta creasse o innalzasse il rischio dell'evento⁵⁷. Piuttosto, per misurare l'attendibilità della formula – da leggersi più precisamente come: "non c'è dolo se la condotta non viola la diligenza obiettiva" –, si deve capire se i suoi sostenitori intendano riferirsi alla diligenza percepita dall'agente o a quella reale, stante l'obiezione espressa ora dalla dottrina.

56. Anche qui non riproduciamo la sterminata letteratura che la polemica ha alimentato, limitandoci a richiamare lo scritto fondante, ormai leggendario, di MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 26 ss. Interessanti, però, le notazioni di DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento*, cit., 1513 s., quando osserva che la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento avversata da Marinucci, nella misura in cui non distingue tra condotta dolosa e condotta colposa, sarebbe poco adatta a supportare la teorica della costruzione separata delle fattispecie, come invece pretendono molti dei suoi sostenitori.

57. G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. pen.*, 2021, 1, 37 s., per il quale se il soggetto non è «a conoscenza di una base fattuale in grado di conferire concretezza al verificarsi dell'evento, dovrà negarsi che egli abbia voluto utilizzare e sfruttare un potenziale eziologico effettivamente rappresentato, finalizzandolo alla realizzazione dell'offesa».

Infatti, poiché – come abbiamo visto – determinante nel dolo è il patrimonio di conoscenze effettivo di cui dispone l'agente, piuttosto che quello di cui avrebbe dovuto disporre, come nella colpa, sembra ci si debba riferire ad un criterio di diligenza “percepita”, la quale potrebbe non coincidere con quella reale. Ad esempio, il medico del nostro caso potrebbe ritenere presente un fattore di rischio (avvelenamento) in capo al paziente di cui non dispone deliberatamente il ricovero, che in realtà non esiste e dunque erroneamente supposto. In questo caso l'omissione è “percepita” come il mancato compimento di un'azione doverosa, anche se l'azione mancante obiettivamente non ha queste caratteristiche, e il medico si è rappresentato la propria omissione come non impeditiva (quindi causale) dell'evento.

Ebbene, cosa accade se il paziente non ricoverato muore non a causa del fattore di rischio erroneamente supposto come presente dal medico (avvelenamento), ma a causa di altro fattore non percepito (infezione con conseguente setticemia), ma percepibile secondo la normale diligenza? Qui c'è colpa del medico (che non ha percepito ciò che poteva e doveva percepire: violazione della diligenza obiettiva), e c'è anche dolo perché egli voleva causare la morte del paziente (essendosi rappresentato la propria condotta come causa dell'evento, in violazione della diligenza obiettiva).

Il caso dovrebbe risolversi agevolmente. Il nostro medico non può essere condannato per omicidio doloso neppure tentato, perché la deviazione causale rilevante che si è verificata nella realtà esclude sia che il decorso causale reale fosse voluto sia che gli atti volontariamente posti in essere fossero idonei a cagionare l'evento⁵⁸. Né la colpa del medico potrebbe surrogare o supportare il dolo. Infatti, posto che, se il fattore che ha causato l'evento (morte per setticemia) non fosse stato conoscibile il medico non avrebbe risposto né di omicidio doloso (deviazione causale rilevante), né di omicidio colposo (data la non conoscibilità del fattore di rischio che ha causato l'evento), non sarebbe ammissibile far rispondere il medico di omicidio doloso semplicemente perché egli non si è colpevolmente accorto del reale fattore di rischio incombente sulla vittima: secondo la formula in discussione, la colpa costituisce *limite*, non *fondamento* del dolo. In conclusione, nel nostro esempio il medico risponde semplicemente di omicidio colposo.

58. Sulle deviazioni causali rimane fondamentale quanto osservato da G. DE FRANCESCO, Aberratio. *Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998, 131 ss.

Ritorniamo allora alla formula. La colpa che limita il dolo non può essere quella reale, se non è anche percepita dall'agente come contrassegno della condotta voluta in funzione del non impedimento dell'evento: deve dunque essere percepita e contemporaneamente essere reale. Ne consegue, in ordine ai reati omissivi impropri dolosi che non potrebbe sussistere dolo se l'azione doverosa non è percepita dal garante come innestata su una situazione tipica di rischio non più consentito. È corretto, quindi, che l'omissione causale non potrebbe considerarsi tipicamente dolosa se, come nella colpa, l'azione da compiere non fosse anche imposta dalla diligenza richiesta nella situazione concreta.

È facile però osservare in proposito che se l'omissione (anche dolosa) torna a configurarsi in qualche modo come un *non facere quod debetur* (nel senso che deve obiettivamente innalzare il rischio oltre il consentito e anche essere percepita come tale) ciò non dipende da una particolarità della condotta omissiva, bensì semplicemente dalla necessità che il dolo si radichi sempre sul rischio non consentito, quale che sia la condotta che lo sostiene (commissiva o omissiva). Rimane cioè confermato che la sfera deontica non costituisce una peculiarità dell'omissione rispetto all'azione⁵⁹.

Quanto al tema da cui siamo partiti, il dolo non ha nulla a che vedere con la sfera del dovere. Abbiamo però verificato che la volontà di causare

59. Curioso, semmai, notare come Giorgio Marinucci, il brevettatore della formula "non c'è dolo senza colpa", alcuni decenni prima, aveva predicato «la fisionomia completamente diversa, da cima a fondo» dell'omissione colposa rispetto a quella dolosa, «per struttura e, come dire, per ubicazione temporale», a supporto dell'ipotesi dogmatica secondo cui «la tipicità delle omissioni improprie dipende dalla loro "colpevolezza"», sicché non si potrebbe parlare di una omissione *tout court* (non ancora dolosa o colposa). In proposito Egli rilevava che, mentre «la funzione di *prevenzione* caratteristica delle norme di diligenza, la cui violazione dà vita alla colpa, fa spostare molto più indietro la ricerca del "non fare" tipico ai sensi di un'omissione impropria colposa», «la logica del dolo, applicata all'omissione impropria, fa ricercare il "non fare" rilevante nel mancato compimento dell'*ultima* condotta positiva atta a scongiurare l'evento» (MARINUCCI, *La colpa*, cit., 82 ss., corsivi dell'A.). In realtà, quanto al tema della «ubicazione temporale» delle due omissioni e alla loro collocazione nella catena causale, mentre è esatto che non c'è dolo se la volontà di omettere non copre l'ultimo istante in cui l'omittente potrebbe compiere l'azione salvifica (anche se, per ipotesi la stessa poteva compiersi anteriormente e la decisione di omettere già in precedenza si era formata), non è necessario (sebbene possibile) che la negligenza connoti gli atti remoti della catena causale, ben potendosi anch'essa attestarsi sull'ultimo di competenza del garante.

l'evento in cui il dolo consiste incontra obiettivamente e subiettivamente un limite nella circostanza che la condotta compiuta debba comunque essere anche contraria alle cautele doverose (altrimenti è mera speranza, aspirazione, desiderio). Ne discende che tale profilo di limite normativo al dolo non connota in alcun modo la condotta omissiva (come quella attiva) in termini di contrarietà al dovere: la dimensione deontica non fonda l'omissione dolosa, ma crea un limite alla configurabilità del dolo di omissione. In questa sola prospettiva ce se ne dovrà occupare, ricomprendendo il tema in quello della colpa di omissione.

9. *Omissione e dolo eventuale*. Peraltro, il confine tra dolo e colpa – come si sa – è tutt'altro che netto; alle volte è così poco avvistabile, che una stessa vicenda finisce per appartenere all'uno o all'altro campo a seconda della lettura che ne offre il giudice⁶⁰. Il caso Thyssen, anche in questo senso, è illuminante.

Secondo l'ipotesi accusatoria, convalidata infine dalla sentenza delle Sezioni Unite, la (con)causa dell'incendio e della morte degli operai che hanno provato a spegnerlo è da rinvenirsi nella adottata politica di risparmio sulla sicurezza dello stabilimento torinese destinato all'imminente chiusura, nell'ambito della quale la dirigenza dell'azienda – innanzitutto l'amministratore delegato – ha omesso di attuare una serie di condotte virtuose (corretta valutazione dei rischi, redazione aggiornata del relativo documento, adeguate istruzioni ai lavoratori sul comportamento da tenere nella situazione di pericolo, formazione dei lavoratori, predisposizione di attrezzature idonee) che avrebbero con ogni probabilità – secondo i giudici – impedito gli eventi, nonostante si fossero palesati segnali premonitori del possibile incendio. La dirigenza aziendale e l'amministratore delegato avevano conoscenza piena di tale rischio, e ciò ha consentito nei tre gradi

60. Sulla incompatibilità del dolo eventuale e del dolo diretto con la condotta omissiva, v. tuttavia, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., 294; EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, cit., 1094 s.; ID., *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 202 ss.; RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., 207 ss. Per PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 67, invece, si tratta solo di prendere atto che poiché nell'omissione il non fare non comporta in sé alcun dispiegamento di forze, «dal punto di vista statistico-effettuale, è facile siano più frequenti i casi in cui vi è una minore adesione al fatto sotto il profilo della volontà, rispetto a quanto accade nei reati a condotta attiva».

di giudizio di discutere dell'alternativa tra omissione dolosa e omissione colposa, ferma restando la previsione dell'evento. L'alternativa ha ruotato attorno alla possibile ricostruzione di una volontà dello stesso, compatibile con il dolo eventuale, affermata in primo grado, ma esclusa in quelli successivi, con riferimento alla posizione dell'amministratore delegato.

Il dilemma dolo-colpa, risolto infine in Cassazione attraverso un "metodo di lavoro" parzialmente innovativo e oggetto di sterminati successivi dibattiti e commenti⁶¹, non ha inciso però minimamente sulla premessa "tipicità" del fatto, i cui contrassegni sono rimasti inalterati per ciascuno dei giudici nei tre gradi di giudizio. La affermata sussistenza del dolo eventuale non ha fatto venir meno la dimensione deontica dell'omissione e l'accertamento circa l'obiettivo superamento del rischio consentito attraverso le omissioni ascritte al garante; la successiva trasformazione del fatto doloso in fatto colposo aggravato dalla previsione dell'evento si è comunque basata sull'obiettivo contrasto delle contestate omissioni con i doveri della diligenza richiesta al garante nella situazione concreta.

Ciò perché, quando abbiamo prima considerato che con riguardo al reato omissivo improprio doloso la dimensione deontica dell'omissione viene di fatto eclissata dalla presenza della volontà dell'evento, avevamo presente casi di *dolo intenzionale*, in cui l'agente sfrutta le sue conoscenze superiori, omettendo di compiere l'azione salvifica e avendo di mira la causazione dell'evento; mentre, passando in rassegna la casistica del dolo eventuale – nella pratica la più diffusa – la circostanza che la condotta omissiva causale realizzi anche il superamento del rischio consentito o comunque sia contraria al dovere di diligenza costituisce un corollario del posizionarsi di tale condotta sul confine tra dolo e colpa⁶².

61. Su Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit., si vedano tra i primi: RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1953 ss.; FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, *ivi*, 2014, 1938 ss.; DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, *ivi*, 2015, 77 ss.; M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, *ivi*, 2015, 559 ss.

62. Per PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 67, nel caso in cui la realizzazione del fatto tipico appaia soltanto possibile, e, in se stessa, non sia da lui desiderata, si tratta di applicare il consueto criterio identificativo del dolo eventuale, «appurando se è stata compiuta una precisa, calcolata opzione, in vista di una finalità che il reo intende soddisfare, o se l'inerzia del reo trova origine in un "torpore" della volontà che escluda la presenza del dolo».

Anche nell'ormai celebre caso "Vannini", molto discusso in dottrina soprattutto per il rinvenimento giurisprudenziale di una posizione di garanzia fattuale all'interno di misteriosi "doveri di ospitalità para-familiare"⁶³, lo scorrimento dalla colpa (ritenuta in appello) al dolo eventuale (ritenuto dalla Cassazione) a carico degli imputati è stato possibile partendo dal rilievo obiettivo di un'esposizione della vittima ad un rischio illecito, determinato dal deliberato ritardo nella attivazione dei soccorsi⁶⁴.

Dunque, l'affermazione per cui "non c'è dolo senza colpa", se significa che non c'è dolo senza "violazione di regole di condotta", non sembra centrata a proposito del reato omissivo improprio, allorché la condotta omissiva causale di fatto può fare a meno del riscontro deontico, e la volontà dell'evento annichilisce il profilo della violazione della diligenza obiettiva; ma se equivalesse all'affermazione per cui "non c'è dolo eventuale senza colpa (con previsione)" alberga a pieno titolo anche dentro il reato omissivo improprio, data la comunanza del materiale da scrutinare quando si debba stabilire – secondo la narrazione in voga – se oltre al rischio l'omittente abbia anche accettato l'evento come conseguenza collaterale della deliberazione di non agire.

63. Per una approfondita analisi, SPINA, *Il "caso Vannini"*, cit., 17 ss.

64. In sintesi, il caso riguarda la grottesca vicenda di un ufficiale di marina che all'interno della propria abitazione punta per scherzo la pistola di ordinanza in direzione dell'ospite, fidanzato della figlia, mentre costui si sta facendo la doccia, e, ritenuto per errore che l'arma fosse scarica, preme il grilletto, facendo partire un colpo che, dopo aver attinto il ragazzo al braccio destro, ne trapassa il polmone destro e il cuore, senza fuoriuscire. Successivamente al ferimento, nonostante il progressivo peggioramento delle condizioni di salute della vittima, sia lo sparatore – terrorizzato dall'idea delle possibili conseguenze disciplinari a suo carico – che i familiari in quel momento presenti nell'abitazione – verosimilmente non consapevoli della reale gravità dell'accaduto e comunque adesivi alla versione "minimizzante" dello sparatore, non allertano immediatamente i soccorsi, che vengono richiesti tardivamente con due telefonate al "118", tacendo la reale dinamica del fatto e fornendo finanche informazioni fuorvianti in ordine alle cause della lesione, al fine di attenuare le conseguenze pregiudizievoli di quanto avvenuto. Trasportata in ambulanza in stato comatoso la vittima muore poche ore dopo, a causa di un'anemia acuta emorragica. È risultato pacifico che una tempestiva chiamata dei soccorsi e una puntuale spiegazione immediata delle cause del ferimento avrebbe verosimilmente attivato per la vittima reali chance di salvezza. La condanna definitiva a carico di tutti gli imputati è per il delitto di omicidio volontario, secondo il modello del reato omissivo improprio con dolo eventuale.

In effetti, anche senza sposare teorie marcatamente normativizzanti sui criteri diagnostici del dolo eventuale, il terreno su cui si può ipotizzare una ratifica dell'evento in capo all'omittente garante è necessariamente dotato di contrassegni di antidoverosità circa il rischio non abbattuto o non ricondotto nella sfera del consentito. Anche la costruzione più spinta sul versante volontaristico del dolo eventuale non può fare a meno di partire dalla base indiziante di segnali di allarme non adeguatamente valutati che il garante avrebbe dovuto prendere in considerazione, salvo arricchire di note psichiche effettive tale base di partenza.

Se il sindaco della società o l'amministratore senza delega hanno potuto ignorare i segnali di allarme circa il comportamento illecito dell'amministratore delegato, neppure sorge l'ipotesi di ascrivere loro un concorso omissivo con dolo eventuale in tale comportamento; mentre, se ne erano al corrente in virtù di una conoscenza superiore a quella normalmente acquisibile e non hanno agito perché d'accordo con l'amministratore o perché condividevano il suo operato, lo spazio per il concorso – nei limiti di cui si è detto – prescinde da un approfondimento circa i loro doveri di agire nell'ambito del controllo sulla gestione societaria.

CAPITOLO 3

Omissione e doverosità dell'azione impeditiva

SOMMARIO: 1. Doveri di garanzia e doveri di diligenza. - 2. Sovrapposizioni tra *an* e *quomodo* della condotta omissiva: dalla garanzia alla diligenza. - 3. *Segue*: dalla diligenza alla garanzia. - 4. Garanzia, diligenza, prudenza. - 5. Colpa generica e colpa specifica. - 6. Condotta omissiva ed euristica del comportamento alternativo lecito nel modello commissivo colposo. - 7. Doveri e poteri. - 8. Conoscenza e conoscibilità dell'*Anlass*. - 9. Potere è dovere? - 10. Omissione colposa, tra tipicità e colpevolezza.

1. *Doveri di garanzia e doveri di diligenza*. All'esito di queste prime riflessioni notiamo, dunque, che l'individuazione della condotta omissiva può ben prescindere dal quadro normativo-giuridico che disciplina l'attività del garante e dipendere invece, come nel reato commissivo, dalle qualità causali della stessa. Anche qui è la causalità che scrive la tipicità, espressione del disvalore di evento.

L'azione mancante può collocarsi al ridosso dell'evento (nel tempo e nello spazio), soprattutto allorché il garante sia investito di una posizione di protezione, ovvero può trattarsi di un'azione più remota, strumentale, preparatoria, organizzativa, come capita più frequentemente per i garanti debitori del controllo di fonti di pericolo.

Naturalmente, quale che sia la sua collocazione lungo il decorso causale e i suoi anelli, deve trattarsi di una "azione-risultato", nel senso che deve essere immaginata come energia che si esterna e che produce un effetto in direzione dell'impedimento dell'evento, non una semplice modalità comportamentale che rimane interna all'agente. Se c'è un bagnante che sta affogando, l'immaginario lancio del salvagente deve raggiungere il pericolante, poiché se il garante maldestramente manca il bersaglio, l'azione-risultato è mancata e a nulla vale l'azione-modo. Tra il garante colposamente maldestro e quello completamente inerte non c'è differenza sul piano della condotta omessa: potrà il giudice calibrarla piuttosto in sede di commisurazione della pena.

Una volta individuata l'azione-risultato mancante, il successivo esame circa il dovere per il garante di porla in essere nella situazione tipica – così come quella dell'azione intrapresa nel reato commissivo – pertiene al ca-

pitolo della colpa, che coinvolge, nei limiti che abbiamo visto anche il capitolo del dolo.

In tutti i casi, deve essere messa in discussione l'idea che l'omissione peschi la sua essenza nella sfera normativa dato che in natura essa non esisterebbe. Beninteso, è corretto dire che il comportamento omissivo è sempre "doveroso" per il garante, ma ciò solo nel senso "finale" del termine, poiché trattandosi del comportamento che in concreto evita l'evento e dovendo il garante impedirne la verificazione, egli è penalmente "tenuto" a parlo in essere; non invece nel senso "modale", tradizionalmente impiegato, perché la sua esatta individuazione – vale a dire la sua dimensione tipica – non pertiene a tutta prima al mondo delle norme, bensì a quello dei fatti¹.

Il contrassegno identificativo della condotta omissiva, che la connota rispetto all'azione, non consiste – dunque –, come solitamente si crede, nella sua essenza normativa. L'omissione tipica nel reato omissivo improprio è una "non azione" avvertibile e verificabile in natura, la cui realizzazione integra la potenziale violazione di un precetto penale. La sua peculiarità consiste piuttosto nel requisito che seleziona i possibili autori, che ha – quello sì natura normativa – e si costruisce attraverso l'imposizione giuridica di un dovere nei confronti di un soggetto qualificato.

Ma tale requisito non incide né nella delineazione della condotta richiesta all'autore designato, né nella sua specifica doverosità. Dal punto di vista logico, la qualità di "garante" assegnata al potenziale debitore dell'azione preesiste ed è logicamente sganciata rispetto al capitolo della individuazione della condotta tipica e anche della sua doverosità. Di tale aspetto, molto presente in dottrina, sembrano tener ora conto gli stessi

1. Solitamente nella nostra materia si usano indifferentemente le nozioni di "dovere" e di "obbligo", e a tale prassi ci uniformiamo nel testo. Tuttavia nella necessaria distinzione concettuale tra ciò che il garante è tenuto a fare in quanto rivestito di tale qualifica (impedimento dell'evento) e ciò che nella relatività della situazione concreta gli è richiesto proprio per impedire l'evento (azione impeditiva), si potrebbe riservare il concetto di "dovere" al primo momento (*dovere di garanzia*) e quello di "obbligo" al secondo (*azione obbligatoria*). In senso diverso la proposta di D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2021, 286 ss. il quale, con riferimento all'azione autonormativa assegna la qualifica di "obbligatoria" all'omissione sanzionata già di per sé e la qualifica di "doverosa" all'omissione sanzionata solo se causativa dell'evento (o, in una prospettiva *ex ante*, idonea a causarlo): seguendo questa proposta, l'azione mancante nel reato omissivo proprio sarebbe "obbligatoria", quella mancante nel reato omissivo improprio sarebbe "doverosa".

enunciati anche della giurisprudenza, che proclamano la distinzione tra il dovere di garanzia e quello di diligenza.

Si legge, infatti, nei massimari che «la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione – da parte del garante – di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio)», sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso².

A prescindere dalla terminologia impiegata, che, secondo la tradizione, pesca dalla colpa la condotta “ascrivibile” al garante e non dalla sua obiettiva qualità impeditiva dell'evento, la messa a fuoco della distinzione tra dovere di garanzia e dovere di diligenza è concettualmente netta. Il primo è riferibile al soggetto e al suo ruolo, il secondo è un predicato eventuale della condotta omissiva. Questi due distinti momenti di “normatività” del reato omissivo improprio (teoricamente anche di quello doloso) sono stati studiati a fondo dalla dottrina, la quale, preoccupata che il capitolo

2. Da ultimo Cass., Sez. IV, 3 giugno 2021, n. 21544, rv. 281334, che nel caso del crollo di un immobile a seguito di una perdita di gas, in cui la Corte ha annullato la condanna degli imputati per il solo fatto di avere violato la norma amministrativa che subordina l'esercizio delle attività di manutenzione straordinaria degli impianti di metano alla presentazione della denuncia di inizio attività contenente la dichiarazione del possesso dei necessari requisiti tecnico professionali, omettendo di accertare se la società fosse, già all'epoca del fatto, comunque in possesso dei requisiti tecnici imposti dalla normativa di settore. Analogamente, Cass., Sez. IV, 13 luglio 2018, n. 32216, rv. 273568, sempre nel caso del crollo di un immobile a seguito di una perdita di gas, in cui la Corte ha annullato la sentenza che aveva ritenuto la responsabilità degli imputati per il solo fatto di essere l'una proprietaria dell'immobile, ed aver permesso la realizzazione di un impianto del gas non a norma, e l'altro utilizzatore del locale, e dunque gestore di fatto di tale impianto. Si può vedere anche Cass., Sez. IV, 5 febbraio 2015, n. 5404, rv. 262033, in cui la Corte ha escluso che l'omessa rimozione, in violazione della specifica previsione normativa regionale, di un cavo d'acciaio – l'impatto nel quale aveva determinato la caduta di un elicottero, con il decesso del pilota e dei passeggeri – potesse determinare la configurabilità del delitto di disastro aereo e di omicidio colposo nei confronti dei proprietari dei fondi sui quali tale cavo insisteva, atteso che la norma regionale tutelava specificamente la navigazione dei mezzi aerei antincendio, costretti funzionalmente a volare a bassa quota.

del rintraccio di una posizione di garanzia in capo all'agente faccia evaporare l'accertamento relativo alla violazione del dovere di diligenza, nella estrema varietà delle prese di posizione, ha però da tempo posto in luce come la posizione di garanzia indichi «il dovere di agire e il bene nei cui confronti l'azione deve svolgere la propria funzione di tutela», mentre il dovere di diligenza «indica le modalità del comportamento imposto dalla posizione di garanzia»³.

3. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 96 ss., il quale sottolinea l'autonomia concettuale e funzionale dei due momenti, dimostrando come nei delitti omissivi impropri la misura della diligenza mantiene la sua autonomia anche operativa, con la particolarità di fondare la propria rilevanza sul presupposto dell'obbligo di agire (102); analogamente, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 118 ss., nonché GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione dei garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 631 ss., il quale parla di una maggiore «miopia» dell'obbligo di garanzia rispetto a quello di diligenza nella prospettiva successoria; CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 453 ss., che più in generale inquadra la vicenda nel dovere giuridico che individua il soggetto come competente; MASSARO, *Omissione e colpa*, cit., 873, secondo la quale la distinzione consente di «mettere meglio a fuoco i contorni della pretesa comportamentale predeterminata dall'ordinamento, specie al fine di evitare che l'obbligo di garanzia si riduca a un contenitore ampio e onnivoro». Il quadro delle opinioni dottrinali sui rapporti tra dovere di garanzia e dovere di diligenza è estremamente variegato e di difficile catalogazione, perché spesso la divisione delle opinioni attiene più alla forma degli enunciati che alla sostanza. Tanto premesso, si può dire che un primo gruppo di teorie predica la totale sovrapponibilità, sia concettuale che pratico-contenutistica, tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza (MARINUCCI, *La colpa*, cit., 82 ss., che afferma con decisione che il «dovere del garante è dovere di diligenza»; SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., 176 ss.; ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1281 ss., per il quale «il garante è tenuto a fare, per l'impedimento dell'evento, niente di più né niente di meno di quanto, nell'ambito astratto della sua posizione di garanzia e nella situazione concreta gli prescrivono le regole di diligenza, prudenza e perizia»). Un secondo gruppo di teorie afferma che i due obblighi debbano distinguersi sul piano concettuale, ma che vadano ad intersecarsi su quello pratico-contenutistico, in quanto l'obbligo di diligenza indica le *modalità dell'azione di impedimento*, essendo l'obbligo di garanzia una sorta di obbligo di risultato salvifico del bene giuridico (ad es. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 104 ss., afferma che tra i due obblighi vi sarebbe una sovrapponibilità contenutistica, anche se non concettuale, vale a dire che l'azione doverosa, per il garante, sia quella impostagli dall'obbligo di diligenza, sicché la violazione dell'obbligo di garanzia sia sempre violazione anche del distinto obbligo di diligenza). Talora si puntualizza, da parte di alcuni studiosi, che la sovrapponibilità è soltanto parziale, poiché il garante è tenuto comunque ad approntare misure di sicurezza preventive, per adempiere ai propri obblighi, piuttosto che ad attuare un vero e proprio intervento impeditivo che anticipi, nell'immediatezza, la lesione (GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 370 ss., secondo il quale laddove il garante, incolpevolmente, non

Nella nostra proposta interpretativa essi sono anche “fisicamente” separati tra loro dalla individuazione (fattuale) della condotta omissiva, per cui dovrebbe essere ancor più facile tenerli distinti, sia concettualmente che operativamente: prima si stabilisce in base a un criterio giuridico se il soggetto è un debitore di protezione o di controllo, poi si torna a valutare sul piano giuridico se la condotta che avrebbe scongiurato l’evento fosse da lui esigibile (doverosa e possibile) nella situazione tipica⁴.

2. *Sovrapposizioni tra an e quomodo della condotta omissiva: dalla garanzia alla diligenza.* Questo punto va però attentamente esplorato, intanto perché nella prassi i due “momenti” giuridici dell’omissione impropria non sono effettivamente così separabili⁵, soprattutto quanto alle fonti da cui sorge la pretesa della garanzia e la pretesa della diligenza⁶. Non sempre la “bifasicità” del profilo normativo emerge con l’evidenza indicata dalle massime della Cassazione⁷.

abbia consapevolezza della situazione di garanzia, e dunque non agisca, egli avrà violato l’obbligo di garanzia, ma non l’obbligo di diligenza; conseguentemente, non potrà considerarsi responsabile, per difetto di colpa). Anche chi distingue radicalmente i due obblighi evidenziando che sul piano pratico-contenutistico, l’obbligo di garanzia viene inadempito *a causa* della violazione di un obbligo di diligenza (esempio del medico che lascia morire un paziente, non prescrivendo la terapia adeguata – violazione dell’obbligo d’impedimento – per aver omesso un percorso diagnostico necessario ad individuarne la patologia), sembra propenso ad ammettere una certa sovrapposizione nella fase esecutiva (nell’esempio, se il medico avesse effettuato una diagnosi corretta, e poi errato nella scelta o nell’“esecuzione” della terapia, non sarebbe comunque facile distinguere tra l’obbligo d’impedimento e quello di diligenza) (F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 187).

4. Per la sottolineatura della distinzione anche cronologica tra le due componenti normative, MASSARO, *Omissione e colpa*, cit., 873.

5. Nella disparità di vedute, sono ricorrenti le avvertenze della dottrina circa l’intersecazione in concreto tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza (cfr. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 87; FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità per omissione*, cit., 41; G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni*, cit., 522; CONSULICH, *Errare commune est*, cit., 356 s.).

6. Anche il tema della diversità delle fonti dei due obblighi è esplorato da GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 96 ss., il quale sottolinea che anche quando l’obbligo di garanzia e quello di diligenza hanno la stessa fonte essi mantengono identità e funzioni differenti.

7. La procedura “ortodossa”, che distingue i due profili e li scansiona temporalmente, è così descritta da Cass., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, rv. 267815 (Commissione Grandi Rischi, L’Aquila): «ove si tratti di condotta omissiva, per contro, la stessa descrizione della condotta tipica *presuppone* l’identificazione della posizione di garanzia, perché il concetto stesso di omissione rimanda a un non fare ciò che si doveva

Infatti, si possono verificare casi in cui la concreta doverosità-esigibilità comportamentale può essere ricavata, ancora prima che nel coacervo dei doveri di diligenza, nell'ambito stesso del dovere di impedire l'evento che gravita sul garante. Cioè può accadere che, data la peculiarità del fatto concreto e la natura della posizione di garanzia, il dovere di compiere l'azione salvifica individuata con il criterio causale-naturalistico sia direttamente ricompreso nel dovere di impedimento dell'evento che fonda la posizione di garanzia, praticamente coincidendo con esso⁸. In tali casi, in cui sul piano sistematico può sembrare fisiologico inserire la dimensione deontica all'interno del capitolo della tipicità, è necessario nondimeno che dovere di garanzia e dovere di diligenza rimangano comunque concettualmente distinti.

Il rischio che si annida in queste semplificazioni è ancora una volta quello di bypassare la messa a fuoco della condotta omissiva tipica risolvendosi la "forma libera" del reato di evento, nella variante omissiva, in uno strumento di "liquidazione" del disvalore di condotta, capace di dar vita ad un modello di reato di evento che non passa dal momento chiave della condotta⁹.

Come abbiamo già visto, si può anche affermare in sintesi che l'azione attesa è dovuta semplicemente perché il garante deve impedire l'evento. Ma un conto è riferirsi all'evento verificatosi e constatare la sua riconducibilità

e quindi alle fonti donde sgorga il dovere e la sua attribuzione. E poiché il dovere (di impedimento) non è indifferenziato, perché non si oppone ad ogni possibile offesa ad un determinato bene (ma solo a quelle scaturenti dalla fonte di pericolo governata dal garante) o alle offese ad ogni bene giuridico del soggetto "protetto", non è possibile accertare se si è data omissione penalmente rilevante *prima* di aver compiutamente definito esistenza ed ampiezza della posizione di garanzia». La stessa sentenza prosegue ammettendo che «non si può però tacere che l'evidenza della distinzione si fa problematica nel passaggio dal piano statico dei concetti a quello dinamico dell'identificazione della regola cautelare» (corsivi miei).

8. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, cit., 660, rileva che la posizione di garanzia ha una dimensione piena e totalizzante quando inerisce a situazioni di particolare vulnerabilità del bene protetto, a fronte delle quali il garante è chiamato a compiere «tutto ciò che il soggetto preso in carico non è in grado di fare, al fine di assicurarne l'incolumità».

9. MASULLO, *La connivenza*, cit., 60, sottolinea che in tali casi il confine dell'obbligo impeditivo si misura sul risultato, nel senso che il garante è tenuto a adottare qualunque comportamento possa risultare utile ad impedire la realizzazione dell'evento lesivo, senza che sia possibile declinare a priori i contenuti del potere impeditivo e quindi delle modalità con le quali si caratterizza la condotta.

nel novero di quelli che egli, in quanto garante protettore o controllore, dovesse impedire, sul quale, quindi le norme costruiscono una sua “competenza”; un altro – del tutto autonomo sul piano logico – è che egli, per assolvere il suo compito di garante, debba compiere una *determinata azione*, che, collocata nel tempo, nello spazio e nelle sue specifiche fattezze modali, impedisce quell’evento o, quantomeno, devia il decorso causale in atto.

Se la *baby-sitter* accompagna al parco la bambina e si distrae, non accorgendosi che la piccola si sta sporgendo dal parapetto sulle sponde del lago per dar da mangiare alle anatre, è facile che in caso di esito infausto della vicenda ella sia chiamata a rispondere di omicidio colposo per omesso impedimento dell’evento. Qui la norma che affida alla *baby-sitter* il dovere giuridico di proteggere la bambina dai pericoli che incombono su di lei è la stessa che le impone di compiere la condotta salvifica che si ricava nella situazione contingente, vale a dire, dapprima, quella di tenere la bambina costantemente lontano dal pericolo e, poi, di immergersi nel lago e condurla in salvo: difficile, anche se doveroso distinguere i due aspetti, non foss’altro per scrutinare se la condotta salvifica fosse davvero in concreto esigibile¹⁰.

3. Segue: *dalla diligenza alla garanzia*. Più frequente e complessa è un’altra – per certi versi opposta – costellazione di casi. Qui, stabilita la condotta attiva in grado di impedire l’evento, si va alla ricerca non solo delle norme che ne imponevano la realizzazione, ma prima ancora dei soggetti ad essa obbligati. La ricerca e la discussione sulla posizione di garanzia assorbe il tema della doverosità della condotta tipica, che diventa un suo mero corollario.

Si prenda ad esempio il caso del crollo del Convitto nazionale dell’Aquila, occorso a seguito della violenta scossa di terremoto del 6 aprile 2009. La vicenda è complessa e la consideriamo ora per il particolare profilo relativo alla mancata adozione di provvedimenti volti allo sgombero immediato dell’edificio, una volta verificatesi le prime scosse e stante le note condizioni precarie, se non di fatiscenza, del medesimo. Se l’edificio

10. Esattamente osserva GIUNTA, *Illicità e colpevolezza*, cit., 99, che se rispetto alla tutela del bene giuridico, l’obbligo di garanzia e il dovere di diligenza esprimono una pretesa che appare unitaria, una siffatta impressione è dovuta al fatto che la pretesa comportamentale risulta indifferenziata fintanto che non si consideri il dovere di diligenza nel suo specifico contenuto precettivo.

fosse stato tempestivamente sgombrato non sarebbero deceduti tre studenti che vi abitavano e altri due non avrebbero riportato lesioni. Il processo doveva rispondere alla domanda circa i soggetti tenuti all'adozione dell'ipotizzato provvedimento e/o alla sua sollecitazione, sul presupposto che una tempestiva sollecitazione avrebbe consentito anche – ovviamente in via di ipotesi – la successiva adozione.

La posizione che ha diviso i giudici di merito era quella del funzionario provinciale, vale a dire della persona incardinata nell'Ente territoriale tenuto a «garantire la manutenzione e l'adeguamento dell'edificio e fornire supporto tecnico-scientifico per tutto ciò che attiene alla gestione del manufatto nella prospettiva di garantirne la sicurezza». La Corte di cassazione, aderendo alla soluzione adottata dalla Corte d'appello – che aveva condannato il funzionario, in primo grado invece assolto – ha ravvisato in capo al medesimo una «dimensione della posizione di garanzia [...] afferente alla collaborazione tecnico-scientifica ed anche operativa, funzionale all'attuazione dell'obbligo di protezione nei confronti delle persone che occupavano l'edificio», proprio perché i compiti manutentivi che gravavano convenzionalmente sull'Ente e quindi sul funzionario, comprendevano inevitabilmente anche la funzione della sicurezza dell'edificio. A nulla vale, per la Corte, il rilievo che il funzionario non fosse dotato di un «autonomo potere di gestione del rischio», poiché egli – come avviene nella materia degli infortuni sul lavoro per la posizione del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione – è comunque debitore di obblighi informativi attorno ai quali si sviluppano decisioni operative demandate ad altri soggetti¹¹.

Al di là della conclusione adottata, che genera non poche perplessità¹², è interessante notare come in questi casi il percorso del giudice si muova alla ricerca di una “calibrazione” della funzione di garanzia, che non copre a 360° il soggetto da proteggere o la fonte di pericolo da controllare, bensì è tarata su specifici obblighi di condotta, anche strumentali nella prospettiva della protezione o del controllo. La posizione di garanzia si “sfaccetta” in una varietà di profili, al punto che un soggetto è “garante” nel senso

11. Cass., Sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2536, rv. 265797.

12. Per una critica all'orientamento giurisprudenziale che considera garante il Responsabile del servizio di prevenzione e protezione, di cui all'art. 31 d.lgs. n. 81/2008, IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo*, in *Criminalia*, 2020, 321 ss.

che semplicemente è tenuto a compiere una certa attività nell'ambito della sua competenza o a occuparsi di un singolo aspetto. Emerge la figura del "garante mirato", sul quale grava l'obbligo di impedimento dell'evento proprio perché e nei limiti in cui grava l'obbligo di tenere la specifica condotta che lo impedisce¹³.

Interessante, in questa prospettiva, anche la giurisprudenza formatasi in ordine agli obblighi del Sindaco, quale «responsabile della sicurezza del territorio comunale», in relazione agli incidenti stradali. In premessa si esclude che nel sistema normativo sia rinvenibile un obbligo di protezione di tale latitudine che renda il capo dell'Amministrazione comunale garante della salvaguardia di ciascuno dei beni giuridici primari di ogni singolo cittadino, anche perché un simile obbligo non sarebbe esigibile considerata l'enorme varietà delle situazioni e la indefinita possibilità dei pericoli che ai cittadini possono derivare dal quotidiano e multiforme atteggiarsi e svolgersi della vita quotidiana dei membri della comunità. Nondimeno, in taluni casi, come nella materia del transito e della sosta di veicoli e pedoni, essendo previsto dalla legge a carico dell'Ente proprietario l'obbligo della manutenzione delle strade, si ritiene che quando il territorio comunale destinato al transito ed alla sosta di veicoli e pedoni presenti una insidia o un trabocchetto che sia inevitabile con l'uso della normale diligenza da parte degli utenti e costituisca fonte di pericolo per la incolumità di chi faccia ragionevole affidamento sulla sua regolarità, scatti nei confronti del Sindaco l'obbligo di porre rimedio alla situazione di pericolo, eliminando-

13. Per Cass., Sez. un., 14 ottobre 1992, n. 9874, rv. 191185 «spetta all'interprete procedere alla selezione delle diverse posizioni di garanzia, per tutti i casi della vita – non tipizzati dal legislatore – corrispondenti ad una situazione di passività, in cui versi il titolare del bene protetto [...] l'interprete, in tale ambito ricostruttivo, deve *individuare il contenuto degli obblighi impeditivi specificamente riferibili al soggetto che versa in posizione di garanzia*» (corsivo mio). Per Cass., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., «la stessa descrizione della condotta tipica presuppone l'identificazione della posizione di garanzia, perché il concetto stesso di omissione rimanda a un non fare ciò che si doveva e quindi alle fonti donde sgorga il dovere e la sua attribuzione. E poiché il dovere (di impedimento) non è indifferenziato, perché non si oppone ad ogni possibile offesa ad un determinato bene (ma solo a quelle scaturenti dalla fonte di pericolo governata dal garante) o alle offese ad ogni bene giuridico del soggetto "protetto", *non è possibile accertare se si è data omissione penalmente rilevante prima di aver compiutamente definito esistenza ed ampiezza della posizione di garanzia*» (corsivo mio). Sulla "garanzia-competenza", BLAIOTTA, *Garanzia e colpa nei gruppi societari*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, I, 243 ss.

ne la fonte od anche apprestando adeguate protezioni, ripari, cautele ed opportune segnalazioni fino ad interdire l'uso della strada o di altro spazio con l'esercizio dei poteri ordinatori in via contingibile ed urgente¹⁴.

Occorre, quindi, che si ravvisi una situazione obiettiva potenzialmente lesiva cui si aggiunga l'impossibilità di evitarla con l'uso della normale diligenza da parte dell'utente: in tali specifici casi la posizione di garanzia sorge insieme con l'obbligo di tenere una determinata condotta.

In questo senso, dunque, obbligo di garanzia e obbligo di diligenza tendono a combaciare, ma nella direzione opposta rispetto a quella sopra evidenziata, in cui la garanzia "totalizzante" comprende anche la diligenza: qui, al contrario, per stabilire se funziona il presupposto del meccanismo *ex art. 40, comma 2*, occorre semplicemente capire se sul soggetto gravi lo specifico obbligo comportamentale.

Si può vedere anche un più recente caso, in cui la responsabilità per omesso impedimento è stata esclusa dalla Cassazione. Una anziana donna è morta a seguito dell'esplosione e successivo crollo della palazzina dove abitava. Vi erano state numerose segnalazioni di fughe di gas in quell'impianto, ma nessuno si era dato da fare per trovare alla donna una idonea collocazione in una struttura di riposo comunale, o comunque per accertare e rimuovere le cause delle fughe di gas. L'accusa era mossa in particolare nei confronti del dirigente dei servizi sociali del Comune, che pure aveva fatto alcune visite domiciliari alla vittima, nell'ambito della competenza del suo ufficio. La Corte esclude la sussistenza di una posizione di garanzia "calibrata" sulle condotte che sarebbero state omesse perché la vittima non rientrava in alcune delle categorie di "soggetti fragili", non avendo il medico di famiglia riscontrato malattie mentali o incapacità ad

14. Tutte le volte in cui, invece, adottando la normale diligenza che si richiede a chi conduce un autoveicolo e più in generale a chi usi una strada pubblica, la situazione di disagiata transito sia conoscibile e superabile, la causazione di un eventuale infortunio fa capo esclusivamente a chi non abbia adottato la diligenza imposta: Cass., Sez. IV, 16 gennaio 1998, n. 478, rv. 210635; analogamente, tra le altre, Cass., Sez. IV, 29 luglio 2004, n. 32970, rv. 229145; Cass., Sez. IV, 6 settembre 2012, n. 34154, rv. 253520. Meno favorevole la giurisprudenza sulla posizione dell'addetto al servizio manutenzione, che – proprio in virtù del suo specifico incarico – risponde secondo gli ordinari criteri di imputazione della colpa e non solo quando il pericolo determinato dal difetto di manutenzione risulti occulto, configurandosi come insidia o trabocchetto: Cass., Sez. IV, 27 maggio 2008, n. 21040, rv. 240218; Cass., Sez. IV, 19 dicembre 2011, n. 46831, rv. 252141; Cass., Sez. IV, 23 gennaio 2017, n. 3290, rv. 268878.

adempiere alle necessità quotidiane da parte della vittima¹⁵. Quindi, pur a fronte di una generica “competenza” da parte dell’ufficio, faceva difetto nella specie una effettiva presa in carico del soggetto con conseguente obbligo di porre in essere la condotta impeditiva dell’evento, individuata in via alternativa.

In questa costellazione di casi la “*reductio ad unum*” del profilo normativo non comporta il rischio di liquidazione del disvalore di condotta, ma, al contrario rispetto a quella precedente, è il momento del disvalore di evento ad essere potenzialmente sottovalutato.

Infatti, tornando al caso del Convitto dell’Aquila, ammesso che sul funzionario gravasse l’obbligo di informare-sollecitare i superiori e/o i dirigenti della struttura circa i rischi imminenti e la necessità dello sgombero dell’immobile, è sufficiente la considerazione che tale obbligo sia funzionale alla salvezza della vita delle persone per concludere che sul funzionario gravasse – innanzitutto – l’obbligo di impedimento dell’evento, in qualità di garante? Se l’obbligo di impedimento dell’evento si distingue dal mero obbligo di segnalazione, denuncia, controllo, in quanto collegato – a differenza di questi ultimi – alla previsione di esperibilità da parte dell’obbligato di effettivi poteri impeditivi¹⁶, tale di-

15. Cass., Sez. IV, 4 luglio 2022, n. 25327, in www.Olympus.uniurb.it. Sempre in tema di obblighi gravanti sui servizi sociali, in un’altra occasione la Cassazione ha pure escluso la responsabilità in capo ad una psicologa, dipendente del servizio, accusata di non aver impedito al bambino che le era stato affidato di incontrarsi da solo con il padre malato psichiatrico aggressivo, che aveva approfittato di quella circostanza per ucciderlo e togliersi la vita. La Cassazione ha stabilito che la posizione di garanzia assunta dalla psicologa, per effetto dell’intervenuto affidamento del bambino ai servizi sociali del Comune, non contemplava un obbligo di protezione del medesimo, rispetto al pericolo di aggressioni fisiche da parte del padre, ma tendeva solo a garantire un adeguato sviluppo del minore, in presenza di genitori inadeguati (Cass., Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 9855, in *Giur. it.*, 2015, 1717, con nota di CINGARI, *La responsabilità penale degli operatori dei Servizi sociali nella gestione dei c.d. incontri “protetti”*).

16. Per tutti, F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 997; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 153. Sulla differenza tra potere di impedimento vero e proprio e potere di “agevolazione” dell’impedimento, FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Firenze, 1985, 200 ss., il quale distingue poi i casi in cui la norma pone l’obbligo di impedire l’evento (risultato) da quelli in cui pone l’obbligo di compiere determinate attività, indicando come solo nei primi «il bene giuridico è proprio “nelle mani” dell’obbligato» (tale distinzione è ripresa ora anche in Id., *Le strutture*, cit., 244).

stinzione non può essere cancellata o dimenticata in vista della marcata accentuazione del disvalore di condotta¹⁷.

Il “momento” giuridico della ricerca della posizione di garanzia esalta il ruolo del disvalore di evento; quello della ricerca del dovere comportamentale esalta il ruolo del disvalore di condotta. Il “segreto” del modello del reato omissivo improprio sta nel giusto equilibrio che deve essere assicurato ad entrambi i componenti.

Quanto il disvalore di evento dipenda dal disvalore di condotta, emerge, del resto, nei casi frequenti in cui stabilire i limiti e i contenuti della condotta doverosa corrisponde a stabilire i confini della “competenza” derivante dalla posizione di garanzia.

Si è formata, ad esempio, una casistica giurisprudenziale in materia di estensione della posizione di garanzia assunta dal gestore di un impianto sciistico in ordine all'incolumità degli sciatori. Nelle massime si legge che tale posizione di garanzia «prevede l'obbligo di recintare la pista ed apporre idonee segnaletiche e protezioni, o, in alternativa, rimuovere possibili fonti di rischio, in presenza di un pericolo determinato dalla conformazione dei luoghi che determini l'elevata probabilità di un'uscita di pista dello sciatore». Dunque, l'obbligo di impedimento non riguarda solo incidenti che si verificano all'interno della pista, ma anche quelli che accadono al di fuori, essendo determinante al riguardo la “prevedibilità” della fuoriuscita dalla pista a causa della presenza di fattori che la rendono possibile. Nello scandagliare la casistica ci si accorge che talvolta la Cassazione è estremamente rigorosa nella ricostruzione della dinamica dell'incidente e nel fissare il criterio della riconoscibilità del pericolo, stabilendo che il pericolo deve essere «determinato dalla conformazione dei luoghi che determini

17. Settore molto sensibile rispetto alla distinzione tra impedimento e mera attivazione (informazione) è ora quello della responsabilità dei sindaci dei Comuni in presenza di calamità naturali. Posto che il Sindaco, qualora la calamità naturale sia significativa per estensione e dimensione, deve chiedere l'intervento del Prefetto (e/o del Presidente della Regione), perdendo così il suo potere di intervento diretto, ci si domanda se, nondimeno, in simili circostanze eccezionali, egli mantenga il ruolo di garante dell'incolumità della popolazione: la risposta della Cassazione è affermativa pur di fronte al riconoscimento che il Sindaco in tali casi ha un potere meramente informativo (Cass., Sez. IV, 22 maggio 2019, n. 22214, cit.: dopo aver assolto all'obbligo informativo nei confronti del Prefetto, il Sindaco non può disinteressarsi dei problemi creati dall'emergenza). Sull'insufficienza dei poteri “pre-impeditivi” del Sindaco ai fini della integrazione della posizione di garanzia a suo carico in presenza di calamità naturali, IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio*, cit., 326 ss.

l'*elevata probabilità* di un'uscita di pista dello sciatore, apparendo eccessivo e concretamente inesigibile pretendere che tutta la pista sia recintata o che tutti i pericoli siano rimossi»¹⁸.

Nella materia, il tema dell'estensione dell'obbligo di garanzia – che la Cassazione qualifica come posizione di protezione degli sciatori, ma potrebbe essere considerata anche come posizione di controllo dei pericoli derivanti dall'utilizzo della pista – corrisponde al tema della doverosità dell'azione omessa (recinzione integrale o rimozione delle insidie esterne). Si legge nella sentenza che, da un lato, «l'obbligo di protezione riguarda anche i pericoli atipici, cioè quelli che lo sciatore non si attende di trovare, diversi quindi da quelli connaturati a quel *quid* di pericolosità insito nell'attività»; d'altro lato, tuttavia, che «deve, altrettanto certamente, escludersi che un tale obbligo di protezione si possa dilatare sino a comprendervi i c.d. pericoli esterni».

Risultato finale: l'imputato dovrebbe essere assolto perché non investito della posizione di garanzia, ma per stabilire ciò si ricorre al criterio della prevedibilità dell'evento, che pertiene al capitolo della cautela doverosa e quindi dell'obbligatorietà dell'azione mancante, impeditiva dell'evento.

Oltre a queste combinazioni, rimane da notare che la casistica nettamente più ricorrente nei contesti ad alta normazione cautelare propone una vicenda molto più diretta. Risulta in quei testi il dettaglio delle condotte doverose a carico di un determinato soggetto, descritte in funzione della sicurezza dei beni, e da lì la giurisprudenza ricava in capo allo stesso una posizione di garanzia, in grado di trasformare l'omissione propria contravvenzionale in reato omissivo improprio d'evento¹⁹. Nessun pro-

18. Cass., Sez. IV, 24 marzo 2017, n. 14606, rv. 269851, che ha annullato la sentenza di condanna nel caso in cui il decesso di uno sciatore era stato causato dall'impatto della testa della vittima con un masso, non protetto e non segnalato, situato ai bordi della pista; impiegando lo stesso criterio, invece, Cass., Sez. IV, 25 febbraio 2019, n. 8110, rv. 275214, ha confermato la sentenza di condanna in un caso in cui l'uscita dalla pista dello sciatore era avvenuta in corrispondenza di una scarpa idonea a generare l'impressione di una diversa traiettoria della pista stessa. La delicata materia è ora regolata dal d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 40, il cui art. 11 stabilisce che i gestori delle piste «assicurano agli utenti la pratica delle attività sportive e ricreative in condizioni di sicurezza, provvedendo alla messa in sicurezza delle piste. I gestori proteggono gli utenti da ostacoli presenti lungo le piste mediante l'utilizzo di adeguate protezioni degli stessi e segnalazioni della situazione di pericolo atipico».

19. Nella materia della sicurezza sul lavoro lo schema è ricorrente. Ad esempio, si veda la posizione del coordinatore per l'esecuzione dei lavori nei cantieri temporanei

blema di tipicità, dunque, nella ricostruzione della condotta doverosa: il “viaggio” è ancora nel senso che dal disvalore di condotta positivizzato ci si muove verso il disvalore d’evento; il problema acuto di tipicità riguarda piuttosto la costruzione della posizione di garanzia, e, sotto questo profilo, dobbiamo solo ricordare come la dottrina sia solita stigmatizzare (invano) la scarsa propensione dei giudici a distinguere il mero obbligo di sorveglianza dal vero e proprio obbligo di garanzia e a farli quasi sempre coincidere²⁰.

4. *Garanzia, diligenza, prudenza*. Si propone l’esempio di un paziente ricoverato in ospedale che muore durante l’indebita assenza del sanitario di guardia, per evidenziare che non è sufficiente ai fini della responsabilità dimostrare che la morte fu cagionata dal mancato rispetto del protocollo terapeutico che avrebbe certamente impedito l’evento, perché occorrerà anche accertare le ragioni di tale *defaillance* da parte del medico di guardia. Ad esempio, se la sua assenza fosse dovuta ad un colpo di sonno occorrerà capire se il sonno fu dovuto ad un abuso di alcolici ovvero a un eccesso di affaticamento per il gran numero di emergenze nel corso della notte²¹.

I momenti “normativi”, quindi, non sono due ma diventerebbero tre. Tanto è vero che la dottrina, sia pure con un diverso significato, aveva coniato dei termini appropriati, parlando di «obbligo di agire», «dovere di diligenza» e di «regola prudenziale», e sostenendo che essi si pongono in un rapporto di subordinazione, per cui l’obbligatorietà della regola pru-

o mobili disciplinata dall’art. 92 d.lgs. n. 81/2008, rispetto al quale la giurisprudenza costruisce pacificamente obblighi di garanzia a fronte di obblighi di attivazione (tra le tante Cass., Sez. IV, 25 gennaio 2021, n. 2845, rv. 280319; Cass., Sez. IV, 17 marzo 2021, n. 10181, rv. 280955).

20. Sulla distinzione tra poteri impeditivi giuridici predisposti in astratto, correlati alla posizione di garanzia, e poteri fattuali rilevanti sul piano dell’accertamento della causalità individuale e sullo scorrimento dall’una all’altra prospettiva, v. ad es. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 333 ss. Sulla necessità che in astratto il garante possieda poteri impeditivi, tra gli altri, GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608.

21. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione*, cit., 4311 s., il quale evidenzia che accertata la condotta omissiva occorre accertare anche, ai fini della tipicità, se la violazione della regola cautelare sia stata dolosa, colposa o incolpevole.

denziale presuppone l'esistenza del dovere di diligenza, che presuppone a sua volta il dovere di agire²².

Del resto, un'opinione molto diffusa, premessa l'autonomia concettuale dell'obbligo di garanzia, rileva che la violazione della diligenza obiettiva può venire in considerazione sotto un duplice profilo: «anzitutto nell'individuazione e nell'esecuzione del comportamento di impedimento dell'evento (ad es. il bagnino lancia il salvagente troppo lontano perché possa essere raggiunto dal bagnante in pericolo oppure non si rende conto che l'unica misura idonea a salvare la persona in difficoltà è costituita da un diretto intervento personale); in secondo luogo nella "valutazione della situazione conforme alla fattispecie" (il bagnino non fa attenzione e non sente il grido di aiuto lanciato dal bagnante in pericolo)». Dunque, uno spaccettamento della diligenza, in cui solo il primo troncone può intersecarsi e parzialmente sovrapporsi con l'obbligo di garanzia, mentre il secondo, tutto calato nella colpa, mantiene una sua netta autonomia²³.

Al di là delle scelte terminologiche, l'affollamento delle verifiche "normative" può far riflettere sulla bontà della spiegazione dogmatica e tende a connettersi con il profilo più generale che riguarda l'intero orizzonte della colpa, il ruolo delle regole cautelari, la distinzione tra la sua dimensione di illecito e la sua dimensione di colpevolezza²⁴.

A questo punto della riflessione, è dunque inevitabile imbattersi in siffatto rovello dogmatico che ovviamente trattiamo nei limiti della sua rilevanza sul terreno dell'omissione.

22. GIUNTA, *Illicità e colpevolezza*, cit., 99. Nella costruzione dell'A. «la regola prudenziale rappresenta il contenuto indefettibile del dovere di diligenza», la quale «completa la pretesa comportamentale imposta dall'ordinamento».

23. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 373 s., il quale aggiunge che l'esistenza della violazione della diligenza obiettiva, nei due aspetti evidenziati, non esaurisce l'indagine sui profili puramente soggettivi dell'illecito omissivo colposo, dovendosi tener conto ulteriormente del «particolare livello di capacità, esperienze e conoscenze del concreto garante, onde accertare se questi fosse realmente in grado di conformarsi alle pretese comportamentali risultanti della regole obiettive di diligenza». In tal modo, se non mi inganno, la verifica di natura giuridica sulla doverosità dell'intervento salvifico comporterebbe ben quattro distinti *steps*.

24. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 828, rileva nel reato omissivo colposo un «surplus di normatività» con correlata pericolosa contiguità di nuclei normativi e rischio di sovrapposizione tra la fattispecie oggettiva e quella soggettiva.

Come è noto, il rilievo del carattere “ambivalente” del disvalore del fatto colposo d’evento e l’arricchimento delle note tipiche della condotta in relazione agli obblighi di cautela incombenti sull’agente hanno generato un inevitabile riflesso sulla c.d. componente soggettiva del fatto. La narrazione dogmatica oggi più diffusa, nello sforzo di personalizzare il più possibile il giudizio di colpa, come si è accennato, distingue all’interno del concetto, con varia terminologia, un versante “oggettivo” (illecito) e un versante “soggettivo” (colpevolezza)²⁵.

Il primo attiene alla configurazione della diligenza doverosa, che viene formulata, pur partendo da generalizzazioni, ma in termini rigorosamente individualizzati: nel senso che non contano i doveri che possano derivare in astratto in situazioni analoghe a quella concreta, ma si guarda soltanto al fardello che incombe sul singolo individuo, autore della condotta causale. Lo strumento più usato è quello del c.d. agente modello, che però viene calibrato, non solo, tenendo conto del contesto reale e delle correlate circostanze, ma anche immettendovi tutte le caratteristiche individuali dell’autore concreto, le sue esperienze, le sue capacità, le sue competenze, il suo profilo professionale (*homo eiusdem condicionis et professionis*). Stabilite le cautele doverose imposte dalla misura oggettiva della diligenza, con il confine logico della prevedibilità in concreto dell’evento *hic et nunc*, la condotta tipica colposa sarà quella inosservante.

Ancor più netta la dimensione dell’oggettiva illiceità nella prospettiva normativistica “pura” perfezionata dal c.d. indirizzo prasseologico positivistico, che rifugge dall’agente modello e diffida delle capacità selettive della prevedibilità, per affidare anche la colpa generica a strumenti a disposizione dell’agente *ex ante*, quali prassi o consuetudini cautelari, da utilizzare ma non creare da parte del giudice²⁶.

In ogni caso, quale che sia la tecnica di individuazione della regola cautelare, il secondo momento atterrebbe alla sfera soggettiva perché suppone un giudizio non solo individuale, ma personalizzato, circa la concreta possibilità per l’agente di rispettare le cautele obiettivamente doverose, in particolare dovendosi accertare in questo passaggio se l’ordinamento possa da costui esigere la condotta obiettivamente doverosa o se, per taluni suoi *deficit*, la pretesa di adeguamento alla diligenza che la situazione

25. Per tutti, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 511 ss.

26. V. *retro*, cap. 1, nt. 45.

impone debba rimanere disattesa. In questo passaggio, all'esito del quale si formula compiutamente il giudizio di rimprovero dell'agente per la violazione del precetto, o, se si vuole, per l'illecito obiettivamente realizzato, la colpa da elemento di imputazione dell'evento diviene componente della colpevolezza.

In altra sede ho espresso il convincimento che, pur se lo sforzo di umanizzazione della colpa è senz'altro condivisibile, nella prospettiva di arginare la tendenza a trasformare la responsabilità colposa in responsabilità paraoggettiva, la descrizione dogmatica che prevede un tracciato in due distinti momenti non mi convince, perché separa due piani strettamente collegati tra loro, quali la sfera del *dovere* e quella del *potere*, riferite allo stesso soggetto agente. Essa suppone che si possa accertare che l'agente abbia violato cautele per lui doverose nella situazione concreta, come lo sono per la cerchia di soggetti a cui si può inscrivere, ma che tuttavia quelle stesse cautele non fossero da lui esigibili, non essendo egli in grado di uniformarsi alla pretesa normativa, eventualmente per ragioni psicologiche (stress, stanchezza) o per condizioni personali (incapacità situazionale, giovane età, inesperienza).

Ritengo preferibile ammettere che in realtà si tratta di aspetti logicamente inscindibili, perché un ordinamento che ispiri i propri precetti al principio personalistico, rifuggendo dal forgiare la responsabilità penale su base oggettiva o sul possesso di una posizione o su un fatto altrui, non potrebbe comandare ad un soggetto di fare ciò che giudica – dallo stesso punto di vista – essere per lui impossibile²⁷.

In generale, se l'angolo visuale è sempre lo stesso e la sfera del "dovere" presuppone quella del "potere", la giusta esigenza di restringere il campo dell'illecito colposo, rifuggendo dalle oggettivizzazioni e dalle astrattizzazioni, e ricercando una equilibrata dimensione umana della responsabilità penale, si persegue collocando già all'interno del precetto penale il complesso degli elementi concreti e individualizzati sulla base dei quali formulare una volta per tutte il giudizio "normativo" che pone a confronto il comportamento dell'agente concreto con quello dell'agente modello o – se si vuole – con quello imposto dalla esperienza.

Tali considerazioni appaiono ancor più marcate nel campo specifico del reato omissivo improprio, nel quale l'accesso soggettivo nella confor-

27. BRUNELLI, *Il diritto penale*, cit., 266 ss.

mazione del precetto è imposto dalla preliminare ricerca del garante, sulle caratteristiche del quale dovrà essere inevitabilmente forgiato. Proprio perché l'azione impeditiva non è richiesta *erga omnes*, ma soltanto a quel soggetto qualificato, la verifica della sua doverosità nella situazione concreta non potrà prescindere dalla contestuale presa d'atto della sua esigibilità da parte di quel soggetto già preliminarmente investito della funzione. La tipicità dell'omissione, ancor più di quella dell'azione, da questo punto di vista è una "tipicità soggettiva".

Per tornare all'esempio proposto dalla dottrina, il rispetto del protocollo da parte del sanitario vittima incolpevole di un colpo di sonno non potrà essere preteso nella situazione concreta, e a nulla varrà la constatazione che "in astratto" il garante avrebbe dovuto osservarlo. Questa astratta pretesa vale per il garante addormentato allo stesso modo che nei confronti di chi non ricopre quella qualifica, sicché "graduare" i passaggi della "doverosità" costituisce esercizio stilistico che lascia il tempo che trova. La necessità di non fermarsi alla mancanza naturalistica dell'azione impeditiva e di stabilire se essa fosse dovuta dal garante può imporre, indubbiamente, al giudice la ricerca della causale soggettiva di tale mancanza e lo scandaglio del rispetto da parte di costui delle regole di diligenza nel concreto esercizio della sua funzione, ma tale "regresso" non richiede la marcatura dell'*output* dei singoli passaggi. Il dovere di fare è alle volte strettamente connesso all'osservanza di doveri strumentali (ad esempio di conoscenza, di informazione), i quali a loro volta dipenderanno dall'osservanza di ulteriori doveri, ma ciò non implica che ciascuno *step* riceva una evidenza "esterna" nel ragionamento del giudice o addirittura nella ricostruzione dogmatica del modello di reato.

Il piano "oggettivo" di "tutti" i garanti non dice nulla a chi deve sin da subito mettersi ad indagare il piano "soggettivo" del singolo concreto garante, i suoi doveri e i suoi poteri, sicché pretendere di tracciare una doppia misura della colpa soprattutto nel reato omissivo improprio, una da collocare nella tipicità-illiceità, l'altra nella colpa-colpevolezza, appare opzione non soltanto inutile, ma anche concettualmente ingiustificata.

In questo senso, se è vero che il precetto di non commettere il fatto attraverso una omissione colposa può suonare più articolato rispetto a quello di non commetterlo attraverso una azione, poiché richiede passaggi normativi in grado di conformarlo specificamente già nella sua dimensione astratta, è anche vero che in entrambi i casi rimane la necessità di

verificare in concreto se esso sia stato violato; e che tale verifica si possa effettuare direttamente al confronto con la realtà naturalistica o richieda passaggi di tipo normativo, in fondo, fa parte delle varianti possibili di un meccanismo comune. La messa in campo di uno strumentario normativo, per stabilire se il soggetto da cui si pretende il comportamento è un garante e se il comportamento preteso era dovuto nella situazione concreta, non modifica la sostanza della necessità di ricondurre la vicenda concreta alla dimensione astratta del precetto; si risolve in una peculiarità da studiare e calibrare, ma che non impone una catalogazione diversa. Quei passaggi normativi non possono modificare il precetto nella sua dimensione astratta, non solo perché si porrebbe un problema acuto di riserva di legge, ma perché ne comporterebbero una ingestibile frantumazione.

L'interprete è a mio avviso libero di integrare l'illiceità con tali strumenti normativi di concretizzazione ed elevare a tale livello il dovere di garanzia e quello di diligenza per restringere il campo della colpevolezza alla sola "misura" del rimprovero, o, al contrario, di spostare "tutti i mobili" in quest'ultima stanza, svuotando la prima: sono scelte concettuali di teoria generale del reato non così appassionanti. Non, però, per la scelta di collocarne qualcuno in una stanza e qualcuno nell'altra, dopo averli arbitrariamente divisi: questa opzione non mi sembra a tutta prima ammissibile, perché piuttosto frutto di un errore concettuale.

Verifichiamo il tema con alcune altre riflessioni.

5. *Colpa generica e colpa specifica*. L'individuazione dell'azione mancante – di qualunque tipo essa sia, foss'anche in alternativa con altre pure mancanti – attraverso il preliminare filtro della verifica fattuale dell'incidenza causale rispetto all'evento concretamente occorso rende peculiare il successivo accertamento della sua giuridica doverosità. Infatti, secondo il protocollo tradizionale – che abbiamo visto procedere in senso inverso – l'interprete dapprima ritaglia l'azione impeditiva doverosa *ex ante* sulla base delle regole di condotta, utilizzando il quadro normativo per chiedersi subito *che cosa* avrebbe dovuto fare il garante a fronte della situazione tipica. Quel quadro normativo, che si compone variamente di regole scritte, regole consuetudinarie di natura "sociale", convenzioni cautelari, ma anche – secondo la dottrina maggioritaria – di doveri imposti "per la prima volta" dalla stessa situazione, dettati dalla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, viene impiegato per costruire idealmente ciò che è manca-

to nella prospettiva dell'impedimento dell'evento: nella situazione data, contrassegnata da segnali di allarme (che ora si è soliti denominare con il termine "Anlass") le norme prevedono che il garante si comporti in quel certo modo per impedire l'evento.

Invece, nel protocollo che abbiamo proposto, lo stesso quadro normativo deve servire per rispondere alla diversa domanda: *se* quella determinata azione non tenuta dal garante fosse o meno obbligatoria nella situazione tipica.

Nel primo caso il diritto realizza una determinazione "positiva", prescrivendo comportamenti *ex ante*, per poi demandare al giudice di stabilire se la pretesa dell'ordinamento sia stata o meno rispettata ed eventualmente quali siano le conseguenze del mancato rispetto (causazione dell'evento, causazione del pericolo, nessuna conseguenza); nel secondo caso il diritto viene invece convocato in una prospettiva "qualificatoria" perché il giudice deve stabilire se la fattispecie concreta (*Anlass* e successiva non azione) sia riconducibile alla fattispecie astratta (che ne impone il compimento in presenza della situazione descritta), se cioè la fattispecie concreta rientri nella pretesa comportamentale fissata dalle norme.

Nel primo caso il diritto si muove verso il fatto; nel secondo il movimento è in senso contrario. Possiamo anche dire che nel primo caso ricostruiamo il diritto a prescindere dal fatto, nel secondo in funzione di esso.

La vicenda è nota e dà luogo alla diversa dimensione della tipicità già descritta dalla dottrina: la dimensione precettiva o dimensione legale astratta, e la dimensione fenomenica degli accadimenti della vita umana considerata come realizzazione in concreto di quanto descritto nella fattispecie legale²⁸.

Dunque, nel protocollo che abbiamo proposto il fatto (azione mancante) partecipa all'interpretazione del diritto²⁹, volta a stabilire non quale fosse la gamma dei comportamenti da tenere nella situazione concreta, ma se quel comportamento non tenuto fosse o no doveroso.

28. Si vedano, per esempio, le belle pagine di GARGANI, *Dal corpus delicti al tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 44 ss.; la distinzione è ripresa da CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 465 ss., che l'applica dapprima nell'ambito del dibattito sul concorso di persone nel reato e poi nel campo delle norme cautelari, focalizzando la distinzione tra dovere giuridico astratto di corretta gestione della propria sfera e dovere giuridico in concreto, a proposito del principio di affidamento.

29. Sull'intreccio tra fatto e diritto e sull'incunarsi dell'uno nell'altro, disponiamo delle brillanti pagine di DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, in part. 231 ss.

La differenza di approccio si apprezza naturalmente molto di più nel settore “evanescente” della colpa generica che in quello positivizzato della colpa specifica. Infatti, il giudice, allorché si possa avvalere di una disciplina cautelare predisposta per l’esercizio di una determinata attività pericolosa, sufficientemente determinata quanto alla prescrizione di comportamenti idonei a prevenire o a contenere i rischi, dovrà semplicemente rilevare se l’azione mancante sia riconducibile al novero di quelle espressamente previste da tale disciplina a carico del garante. Il meccanismo della “sussunzione” funziona in questo caso in modo perfettamente speculare alla norma penale, realizzando al massimo grado le aspirazioni “garantiste” di coloro che considerano la disciplina cautelare direttamente integratrice della norma penale. Il reato omissivo improprio “somiglia” da vicino in questi casi al reato omissivo proprio d’evento, perché l’azione mancante è direttamente descritta da una fonte normativa che si innesta nella norma penale, descrivendo i connotati del fatto commesso «per colpa».

Se invece non si dispone di una normativa preconfezionata o se essa contiene clausole generali o norme elastiche, la “sussunzione” sarà più apparente che reale e il “fatto” con le sue concrete peculiarità contribuirà in modo determinante all’interpretazione del diritto. La stessa idea della “integrazione” della norma penale ad opera di regole cautelari così evanescenti si fa strada con ben maggiori difficoltà, tanto che – come noto – la maggioranza della dottrina ricorre al più ambiguo e meno impegnativo concetto di “concretizzazione” della colpa nella fattispecie³⁰.

In questi casi problematici, disporre di un criterio orientativo nella ricognizione del diritto che possa partire dal fatto consente non solo un risparmio di energie, ma soprattutto scongiura l’insidia di interpretazioni “aperte”, eventualmente condizionate dalla tentazione di poter chiedere al garante non già comportamenti adottati nella prassi di settore, ma una qualunque soluzione adeguata per impedire l’evento³¹; quindi un qualco-

30. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 279 ss.

31. Con piena coincidenza tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, nel senso inverso rispetto a quello segnalato in dottrina (che il garante non è tenuto a fare di meno di quanto gli è imposto dall’osservanza delle regole di diligenza: FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 104 s), poiché qui è la garanzia che pretende di delineare la diligenza. Del resto, già MARINUCCI, *La colpa*, cit., 87, aveva avvertito che «l’obbligo del garante non si presenta mai, in fattispecie, come un generico “obbligo di impedire la lesione del bene garantito”».

sa di più rispetto al modello di agente della colpa commissiva, proprio per la funzionalizzazione della figura, ad esempio con completa obliterazione del principio di affidamento.

Non è detto che l'ancoraggio al fatto metta al riparo da simili tentazioni, ma certamente è più in grado di contenerle. Ad esempio, riprendendo il caso dell'alluvione di Genova del 2011, la Cassazione ha valutato ciascuno dei due fatti addebitati agli imputati in via alternativa nei primi due gradi di giudizio ed è pervenuta alla conclusione che solo il secondo di essi (non aver attivato un impegno informativo straordinario e un piano di intervento con idoneo spiegamento di uomini e mezzi sul territorio) era dovuto, ma non il primo (non aver disposto la chiusura preventiva delle scuole e la circolazione dei veicoli), perché frutto di una scelta legittimamente compiuta³²: tale distinguo è reso possibile dall'esatta individuazione del comportamento asseritamente mancante, causale rispetto alla verifica dell'evento³³.

6. *Condotta omissiva ed euristica del comportamento alternativo lecito nel modello commissivo colposo.* Il raffronto o collegamento sistematico tra la condotta "doverosa" nel reato omissivo improprio e il c.d. comportamento alternativo lecito che completa l'imputazione colposa dell'evento nel modello commissivo è solitamente proposto con riguardo al criterio di accertamento dell'evitabilità dell'evento. Sulla questione – come noto – la dottrina italiana è sostanzialmente divisa tra l'opinione di coloro che accreditano due distinti criteri, uno valido per la causalità omissiva, l'altra per la c.d. causalità della colpa³⁴, e quella di coloro che invece patrocina-

32. Cass., Sez. IV, 22 maggio 2019, n. 22214, cit., secondo cui il monitoraggio costante del Rio Fereggiano avrebbe a sua volta consentito di: «1. interrompere totalmente il flusso di traffico veicolare e pedonale lungo la via Fereggiano; 2. avvisare con megafoni la popolazione dell'imminente pericolo invitando tutti a non uscire da casa, ad abbandonare i piani bassi degli edifici (e soprattutto gli scantinati) e a salire ai piani alti», e quindi di deviare favorevolmente il corso degli eventi.

33. Invero, nella prassi capita spesso che l'esatta delineazione dell'azione mancante, nella migliore delle ipotesi, si abbia solo con la sentenza di primo grado, data l'abitudine degli uffici di Procura a formulare contestazioni a largo raggio ed onnicomprensive, a volte affidate alla descrizione e/o alla sola menzione di una congerie di condotte omissive, nell'ambito delle quali il giudice è libero di effettuare la selezione.

34. Per tutti, DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit. 117 ss.; VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., 223, per il quale nella causalità della colpa ci si deve

no l'equiparazione, addirittura non solo quanto ai criteri di accertamento della evitabilità, ma prima ancora nella collocazione di entrambe le figure nel medesimo luogo sistematico³⁵.

Ce ne interessiamo qui tuttavia con riguardo al diverso aspetto della "individuazione" della condotta attorno a cui si costruisce il giudizio ipotetico di evitabilità, e che nel reato omissivo risponde – come si è visto – ad una necessità strutturale del modello, mentre in quello commissivo (colposo) costituisce una sorta di "completamento" del discorso dimostrativo circa la violazione della regola cautelare e il suo collegamento con l'evento.

Da sempre raccomandato in dottrina³⁶, come strumento essenziale per radicare sull'evento il rimprovero per la commissione del fatto colposo, il capitolo del "comportamento alternativo lecito" ha faticato a farsi strada presso la giurisprudenza, la quale sino a qualche anno fa non sempre era disposta a connettere l'affermazione della responsabilità colposa alla condizione che si dovesse tratteggiare con precisione che cosa avrebbe dovuto fare l'agente in luogo di quello che ha fatto nella situazione concreta, causando l'evento. Il tracciamento del comportamento alternativo lecito era

"accontentare" di un livello probabilistico inferiore, stante la necessità di non vanificare il concetto di rischio consentito e la conseguente operatività delle regole cautelari improprie.

35. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 168 ss.; analogamente, EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, cit., 1063 ss.

36. GIUNTA, *Illicietà e colpevolezza*, cit., 411 s. sottolinea che «nell'ambito dell'illecito colposo il ricorso ai decorsi causali alternativi ipotetici, anche senza essere imposto da esigenze di tipo logico (come invece avviene a proposito della causalità dei reati omissivi impropri), ubbidisce a non meno pressanti istanze equitative, direttamente collegate al modo in cui la negligenza, causativa dell'evento, contribuisce a delineare l'evitabilità dell'evento colposamente realizzato». Ci si è anche domandati come mai, stante la pacifica irrilevanza dei decorsi causali ipotetici nel reato commissivo, dove conta solo ciò che è accaduto nella realtà, nella colpa commissiva possa invece avere un ruolo il profilo in questione, e la spiegazione più accreditata sottolinea che nel caso del comportamento alternativo lecito è la condotta alternativa dello stesso agente a causare l'evento, e non un decorso diverso indipendente da essa. La spiegazione, però, non tiene conto del dato che la stessa condotta alternativa causa l'evento non da sola ma insieme alle altre condizioni: ad es. nel famosissimo caso della novocaina il comportamento alternativo lecito causa ugualmente l'evento solo perché il paziente è allergico al farmaco (tale obiezione anche in SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 172). La spiegazione risiede piuttosto nella diversa collocazione sistematica del discorso ipotetico, non solo perché un conto è la causalità e un altro la colpa, ma anche perché un conto è il disvalore di evento che esprime il profilo causale un altro il disvalore di condotta "per l'evento" che esprime la colpa.

sovente mancante, o delineato in maniera vaga, generica, ovvero rimesso ad una congerie di condotte talmente variegate da rendere del tutto inutile tale indicazione controfattuale.

In realtà, nella pratica, l'esatta individuazione del comportamento alternativo lecito serve innanzitutto per cogliere appieno il momento della violazione della regola cautelare, soprattutto nell'ambito della colpa generica, dove l'agente modello non può limitarsi a sostenere che egli non si sarebbe comportato come l'agente concreto, ma deve fornire un'accurata descrizione di ciò che avrebbe fatto per evitare l'evento o per ridurre le conseguenze. Infatti, il comportamento alternativo lecito dovrebbe scaturire dalle regole cautelari al confronto con la realtà e dunque concretizzarne la relativa applicazione: la sua individuazione coincide con l'individuazione della regola cautelare da osservare nella situazione data.

Al riguardo, in questi ultimi anni, la giurisprudenza della Cassazione si dichiara molto più attenta al tema, collegandolo più al capitolo dell'individuazione della regola cautelare che a quello del grado di evitabilità dell'evento e del relativo pronostico. Ad esempio, si legge nelle sentenze che «lo sforzo di individuazione della regola cautelare non viene richiesto solo rispetto a quella positivizzata; vi è consapevolezza che esso deve essere ancor più rigoroso quando venga evocata la prudenza, la diligenza, la perizia. Per quanto possa risultare difficile distinguere l'una dall'altra, esse non si risolvono in formule vuote di contenuto, ma alludono ancora a comportamenti cautelari identificati dal sapere diffuso e quindi non esimono il giudice dalla necessità di indicare in concreto quale sia il comportamento doveroso»³⁷; e anche che «nel momento in cui non viene in-

37. Cass., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899, cit.; cfr. anche Cass., Sez. IV, 27 febbraio 2017, n. 9390, rv. 269254, secondo cui «in tema di colpa generica, l'individuazione della regola cautelare non scritta eventualmente violata non deve essere frutto di una elaborazione creativa, fondata su una valutazione ricavata "ex post" ad evento avvenuto e in maniera del tutto astratta e svincolata dal caso concreto, ma deve discendere da un processo ricognitivo che individui i tratti tipici dell'evento, per poi procedere formulando l'interrogativo se questo fosse prevedibile ed evitabile "ex ante", con il rispetto della regola cautelare in oggetto, alla luce delle conoscenze tecnico-scientifiche e delle massime di esperienza». Anche nel campo della circolazione stradale si è affermato che la violazione della regola cautelare richiede che la previa determinazione della velocità risulti, non *ex post*, ma *ex ante*, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, adeguata allo stato dei luoghi e idonea ad evitare l'investimento (per tutte, Cass., Sez. IV, 10 novembre 2021, n. 45589, rv. 282596).

dividuata la condotta alternativa doverosa, si è al di fuori della colpa, non essendo concretamente desumibile la violazione di una regola cautelare – generica o specifica – tesa ad impedire la concretizzazione del rischio di verificazione dell'evento»³⁸.

Alla luce di queste premesse, siamo in grado di raffrontare quanto sinora abbiamo ricostruito riguardo alla individuazione dell'azione doverosa nel reato omissivo con le caratteristiche del comportamento alternativo lecito nel reato commissivo. Infatti, mentre la prima è una azione immaginata per le sue virtualità causali, sulla base di un accertamento *ex post* dello svolgimento dei fatti, e solo successivamente verificata sul piano deontico *ex ante*, il secondo rappresenta un prodotto, il più preciso possibile, estratto dalle regole cautelari (di qualsiasi tipo) di cui *ex ante* si poteva chiedere il rispetto all'agente concreto, il precipitato reale della vigenza di quella pretesa nella situazione concreta. In altri termini l'azione mancante nell'omissione impropria costituisce un dato naturalistico, l'azione alternativa lecita nel reato commissivo nasce e si esaurisce in una entità puramente normativa.

Solo nella prospettiva tradizionale, che pretende anche nell'omissione impropria di muovere i suoi passi dal mondo delle norme (*ex ante* e in astratto), le due verifiche controfattuali possono confondersi. E da questo punto di vista è conseguente la tesi accuratamente formulata in dottrina, secondo la quale la stessa causalità avrebbe sempre una sua decisiva rilevanza normativa, dovendo essere riferita non alla condotta in sé, ma alla *condotta inosservante delle norme*, con conseguente ridimensionamento della differenza tra azione ed omissione e della natura attiva od omissiva del comportamento, essendo entrambe le forme di condotta rilevanti nel diritto penale per l'elemento comune della loro antidoverosità³⁹.

Ma la necessità – e non solo l'opportunità – di distinguere le premesse della verifica controfattuale nei due modelli di reato, che in definitiva il diritto vivente ammette e pratica almeno stando agli enunciati ricorrenti, risale proprio alla insopprimibile differenza ontologica tra l'agire e l'omettere, in particolare tra l'attivare un decorso causale e il non intercettarlo; differenza che non solo pone differenti questioni di legittimazione dello strumento penale e di posizionamento dei suoi limiti di intervento, ma

38. Cass., Sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 6490, rv. 280927 (porto di Genova).

39. In Italia, l'enunciazione più convinta di questa tesi è formulata da SUMMERER, *Causalità ed evitabilità*, cit., 168 ss., 335 ss.

anche distinti percorsi di meccanica imputativa. Infatti, un conto è, dopo la ricostruzione e la spiegazione dell'accaduto, dover addebitare all'autore della condotta causale un evento che si poteva evitare osservando cautele, un altro conto è interrogarsi se e in che limiti un soggetto qualificato doveva deviare il corso degli avvenimenti per proteggere il bene alla cui tutela era preposto o disinnescare la fonte di pericolo della quale aveva il controllo.

Si possono trovare passaggi comuni ai due differenti modelli e anche identici principi o regole di base a cui gli stessi debbano ispirarsi; ma l'omogeneizzazione attraverso l'ombrello della normatività, favorendo scorciatoie nell'accertamento della responsabilità, non rappresenta un obiettivo auspicabile sul piano della tenuta delle garanzie.

In questa chiave rinveniamo nella evidenziata differenza tra azione mancante e comportamento alternativo lecito un ulteriore vantaggio nell'impiego della metodica sinora proposta.

7. *Dovere e potere.* Il fatto si incrocia col diritto, la norma con le vicende della sua "concretizzazione", ma in questo composito mosaico, nel quale la problematica collocazione nei piani corrisponde nei casi concreti all'altrettanto problematica distinzione tra il lecito e l'illecito, l'intreccio più misterioso, coinvolgente sia il profilo dogmatico che quello della individuazione della responsabilità, avvolge tra loro la sfera del dovere (di impedire l'evento e di compiere la azione salvifica) e la sfera del potere (di impedire l'evento e di compiere l'azione salvifica).

In linea generale, mentre non si può configurare un dovere di agire senza un corrispondente potere in capo al soggetto obbligato, non vale il contrario: non ogni potere di agire implica il correlato dovere⁴⁰. E ciò significa, sempre in linea generale, che il potere segna i limiti del dovere, e che qualche volta – ma non necessariamente – ne rappresenta il fondamento. Non si può, dunque, parlare del dovere senza sondare anche il correlato potere e alle volte parlare del potere è la stessa cosa che parlare del dovere.

Il tema è ampiamente studiato dalla dottrina che, mettendo a fuoco il ruolo fondamentale svolto dal potere impeditivo «nella conformazione del fatto tipico omissivo», ne ha evidenziato una «*duplice funzione*». La

40. Per tale sottolineatura, FIORELLA, *Le strutture*, cit., 244 s.

prima, di completamento della «astratta capacità avversativa dell'evento sottesa all'obbligo giuridico di impedimento del garante»; la seconda, di delimitazione della «condotta pretendibile da quest'ultimo, posto che il limite del suo intervento è segnato specificamente dalla disponibilità di mezzi strumentali all'attualizzazione del dovere impostogli»⁴¹.

In definitiva, la dimensione del potere di agire incide in entrambi i momenti della giuridicità del reato omissivo improprio, allorché si tratti di stabilire se ed entro quali limiti il soggetto è un debitore di garanzia e, poi, se ed entro quali limiti il garante sia tenuto a compiere l'azione identificata come impeditiva⁴².

Il potere, come il dovere, viaggia dalla dimensione astratta delle previsioni normative a quella concreta che gli restituisce il mondo dei fatti, secondo il processo di “concretizzazione” e “personalizzazione” dei precetti giuridici. Il suo ruolo nel tracciamento del fatto tipico omissivo improprio consiste precipuamente nell'accompagnare il dovere in questo percorso, all'interno del quale esso costituisce il principale fattore conformativo.

Un esempio, tra i tanti: il preposto in un cantiere, come si sa, è chiamato a svolgere un compito fondamentale nell'ambito della sicurezza sul lavoro. Secondo l'art. 2, lett. e), del d.lgs. n. 81/2008, è la «persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa». Egli ha il dovere di impedimento dell'evento lesivo a carico del lavoratore, ma la norma stessa chiarisce che tale dovere sussiste entro i limiti dei «poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli», con ciò rendendo plasticamente nella dimensione astratta l'idea del ruolo costitutivo di “conformazione” che tali poteri assolvono. Si sa, inoltre, che intanto questa posizione di

41. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, cit., 642. Sulla necessaria compresenza di doveri e poteri impeditivi, F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, cit., 997; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 70 ss.

42. Estremamente significativa, sotto questo profilo, è la sentenza di Cass., Sez. IV, 5 giugno 2008, n. 22614, in *Cass. pen.*, 2009, 537, relativa al disastro aereo di Linate, che contiene uno scrutinio attento degli obblighi-poteri del garante (in particolare del Direttore dell'aeroporto) e della doverosità della specifica azione, mancando in capo al soggetto la percezione-conoscenza della situazione di pericolo.

garanzia sarà operante in quanto abbia concretamente avuto luogo una effettiva presa in carico della funzione con effettivo conferimento dei poteri in questione. Dall'astratto al concreto, il presupposto del meccanismo dell'art. 40, comma 2, c.p. risulterà così integrato.

Quanto alla condotta impeditiva, supponendo che il lavoratore vittima sia rimasto colpito in testa da una pietra perché occasionalmente, per il troppo caldo, non indossava il caschetto regolarmente messogli a disposizione [art. 20, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 81/2008], occorre stabilire se il preposto abbia ommesso di pretendere il rispetto della regola cautelare da parte del lavoratore, come prescrive l'art. 18, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 81/2008. Ancora supponendo che la vittima fosse stata regolarmente formata, informata, avvertita e richiamata, se si dimostra che il preposto, pur presente nel luogo dell'incidente, non sarebbe stato in grado di percepire, per un ostacolo fisico occasionale, che il lavoratore aveva appena tolto il caschetto, la contestata omissione non sarà sussistente perché l'azione mancante non era doverosa per il preposto nella situazione concreta. Per un ostacolo fattuale egli, infatti, non poteva attivare i suoi poteri impeditivi, non essendo in grado di percepire l'avversarsi della situazione tipica che imponeva l'azione. Se si vuole arricchire il ventaglio di alternative, si può anche ipotizzare che il preposto, il quale aveva scorto che il lavoratore aveva tolto il caschetto, trovandosi a una certa distanza dal soggetto, aveva poi provato a utilizzare il megafono per imporre l'osservanza della norma, senza che la vittima potesse udire l'ordine a causa delle cuffie che occasionalmente indossava: un ostacolo fattuale stavolta impedisce il compimento dell'azione salvifica.

Dalla norma al fatto, dall'astratto al concreto, non esistono protocolli rigidi entro cui contenere la dinamica dovere-potere. Quando si discute di posizioni di garanzia, rispetto alle quali non è necessario che il potere sia previsto dalla stessa fonte che prevede il dovere⁴³, l'esclusione del dovere di

43. Per la giurisprudenza la fonte del dovere può anche mutare nel corso del giudizio, senza che ciò comporti violazioni processuali di correlazione tra accusa e sentenza, a condizione che non ci sia incidenza concreta sul diritto di difesa (Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 4622, rv. 271948, che ha ritenuto la responsabilità del legale rappresentante di una società locatrice di un immobile, per avere ommesso di dotare una porta scorrevole dei necessari dispositivi atti ad impedire che la stessa potesse fuoriuscire dai binari di scorrimento, nonostante che in primo grado la posizione di garanzia fosse stata fondata sulla sussumibilità del fatto nel rapporto di lavoro, mentre in appello ci si fosse basati sugli

impedimento e del raggiungimento della c.d. soglia di equivalenza, con conseguente qualificazione nei termini di mero dovere di attivazione, potrebbe dipendere proprio dalla mancata messa a disposizione a favore del soggetto del correlato potere di intercettare l'innescò o il decorso del meccanismo causale che porta all'evento⁴⁴; quando si discute di condotta omissiva, può

obblighi di manutenzione e riparazione della cosa locata gravanti sul locatore ai sensi degli artt. 1575-1577 c.c., e sulle disposizioni di cui agli artt. 1577-1580 c.c. che prevedono la responsabilità per i vizi della cosa locata che la rendono pericolosa per la salute del conduttore). Sul principio secondo cui il potere impeditivo deve essere preesistente rispetto al verificarsi della situazione di fatto che lo attiva: Cass., Sez. IV, 5 giugno 2008, n. 22614, cit.

44. Questo, ovviamente, in linea di principio, mentre nelle aule di giustizia alle volte risuona un'altra musica. Ad esempio, per Cass., Sez. IV, 27 dicembre 2018, n. 58243, rv. 274950, il Sindaco, in base agli artt. 50 e 54 del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, pur essendo privo di poteri di concreta gestione, è titolare di una posizione di garanzia a tutela dell'incolumità pubblica e quindi deve svolgere un ruolo di vigilanza e controllo sull'operato dei suoi dirigenti, e dispone di mezzi idonei a *sollecitare gli interventi necessari* ad impedire eventi dannosi nonché del potere sostitutivo di intervento nelle situazioni contingibili e urgenti. Ciò premesso è stata riconosciuta la responsabilità del Sindaco, a conoscenza della situazione di pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica, in relazione ai reati di omicidio colposo e lesioni personali colpose cagionati dall'aggressione di un rilevante numero di cani detenuti da un cittadino in un terreno non recintato. Analogamente, giurando sulla potenziale capacità impeditiva del mero "potere sollecitatorio", Cass., Sez. IV, 29 marzo 2018, n. 14550, rv. 272516; Cass., Sez. IV, 19 ottobre 2018, n. 47794, rv. 275357. Per la precisazione che i poteri impeditivi richiesti dalla posizione di garanzia non siano per forza specificamente diretti ad impedire l'evento, ma possano essere anche meramente strumentali o di attivazione, come quelli sollecitatori, Cass., Sez. IV, 3 maggio 2010, n. 16761, cit., nel caso del disastro di Sarno, in cui al Sindaco è addebitato di non aver richiesto l'attivazione dei poteri impeditivi a chi ne disponeva (analogamente, in materia di infortuni sul lavoro, v. Cass., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 9167, rv. 273258; per la denuncia della mancata riflessione sulla effettiva ampiezza e collocazione spaziale dei poteri impeditivi del Sindaco nel caso del disastro di Sarno, Torre, *Organizzazioni complesse e reati colposi*, cit., 905 s.). Per la aperta affermazione secondo cui «i garanti non dispongono sempre e in ogni situazione di tutti i poteri impeditivi che invece, di volta in volta, si modulano sulle *situazioni concrete*», la precisazione che dunque «le situazioni concrete determinano l'ambito dei poteri impeditivi esigibili da parte del garante e questi poteri possono essere limitati ad un mero obbligo di attivarsi», con la conclusione che «insomma, all'obbligo giuridico di impedire l'evento deve accompagnarsi l'esistenza di *poteri fattuali* che consentono all'agente di porre in essere, almeno in parte, *meccanismi idonei* ad evitare il verificarsi dell'evento», Cass., Sez. IV, 7 settembre 2022, n. 32870 (in www.anaao.it). Nelle aule di giustizia, insomma, la pretesa teorica di collegare alla posizione di garanzia correlati poteri impeditivi dell'evento evapora in un riscontro di mera capacità di attivazione in funzione preventiva, con trasfigurazione del

darsi che il potere di compiere l'azione salvifica dipenda dalla disponibilità di strumenti di matrice giuridica⁴⁵, o anche da situazioni puramente fattuali, riguardanti in generale la classe di fatti a cui si riconduce quello di specie⁴⁶, o magari soltanto quest'ultimo, con la sua specificità od occasionalità (c.d. contesto concreto), a cominciare dalle condizioni minime di base⁴⁷.

Il tema, alle volte, si interfaccia con la complessa problematica del conflitto fra i doveri incombenti sul garante, allorché il potere di compiere la condotta salvifica dipenda da un bilanciamento tra esigenze contrapposte,

reato di evento in reato di pericolo. La dottrina, dal canto suo, aveva distinto la posizione del garante come quella che consente al soggetto di impedire l'ingenerarsi iniziale della situazione di pericolo, e quella del soggetto dotato del mero potere fattuale di impedire l'evento, che incide soltanto sull'ultimo segmento del decorso causale (FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 167 ss., che propone l'esempio dell'investimento di una persona da parte di un treno, comparando la signoria propria della posizione del casellante e la mera impedibilità dell'evento in capo a colui che, potendo trattenere fisicamente la potenziale vittima al momento di attraversare i binari, impedirebbe l'investimento, ma si è obiettato che il potere di impedire l'innescio del decorso lesivo caratterizza solo le posizioni di controllo e non anche le posizioni di protezione (GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 260 ss.). Sui poteri di attivazione o di controllo, che dovrebbero differenziarsi dai veri poteri impeditivi, e che si configurano come *poteri deboli*, GIUNTA, *Controllo e controllori*, cit., 608 s.

45. Occorre notare che spesso, nei casi di materie contenenti disciplina di dettaglio, come in quella sulla sicurezza del lavoro, la previsione del dovere e la previsione del potere di compiere la condotta tendenzialmente salvifica sono due facce della stessa medaglia. Si prenda, ad esempio, l'art. 92, lett. f), d.lgs. n. 81/2008, che prevede, a carico del coordinatore per l'esecuzione dei lavori nei cantieri temporanei o mobili, accanto a doveri strumentali relativi al c.d. rischio inferenziale, il dovere di «sospende[re], in caso di pericolo grave e imminente, direttamente riscontrato, le singole lavorazioni fino alla verifica degli avvenuti adeguamenti effettuati dalle imprese interessate», che evidentemente, «nei confronti delle imprese interessate», corrisponde ad un potere estremamente invasivo, la cui potenziale efficacia salvifica è diretta e immediata.

46. D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., 100 s. propone l'esempio di una guardia del corpo assunta a tutela dell'incolumità fisica di un dato soggetto a cui non venga concesso di portare armi all'interno dell'abitazione di quest'ultimo, affermando che «è indiscutibile che nessun rimprovero giuridico-penale possa esser mosso alla prima se, trovandosi nel privato domicilio, eviti lo scontro con l'aggressore armato che attenti al soggetto affidatogli», poiché la fonte autonormativa pattizia ha sicuramente posto in capo al *bodyguard* un obbligo di protezione, ma ha al contempo limitato i poteri impeditivi funzionali alla piena attuazione dell'obbligo, «cosicché la posizione di garanzia ne risulta al fine circoscritta e con essa l'ambito di tipicità del *non facere*».

47. MARINUCCI, *La colpa*, cit., 75, ci ricorda che «il dovere [...] è attuale, e perciò vincolante, solo allorché si trovi accompagnato da una situazione di fatto che non escluda a priori, per motivi fisici o fisiologici, ogni materiale possibilità di adempimento».

eventualmente non facile da compiere nella prospettiva *ex ante*, nelle quali tali valutazioni vanno effettuate. In questi casi, fuori discussione la sussistenza del potere fisico di compiere l'azione, è importante considerare se l'esigenza antagonista che *ex ante* la sconsigliava fosse così pressante e così prevalente da escludere il potere "giuridico" di compierla. Se poi la spiegazione dogmatica della soluzione appartenga al capitolo delle cause di giustificazione o a quello dell'esigibilità-colpevolezza dipende dai "gusti" teorici dell'interprete, la scelta dei quali, grosso modo, non sembra influire di per sé sulla soluzione dei casi concreti⁴⁸.

Rimane fermo, pur nella estrema varietà delle modalità di manifestazione del tema, che senza potere non c'è dovere (*ad impossibilia nemo tenetur*), se si vuole rispettare il principio della responsabilità per fatto proprio colpevole; così come deve rimanere fermo che non si può desumere la configurazione di un dovere di garanzia o di diligenza semplicemente dalla previsione del potere di fare o dalla situazione di fatto che lo consentirebbe. Il dovere, quale esso sia, richiede sempre una fondazione giuridica, il potere che lo delimita può svariare dal diritto al fatto, dall'astratto al concreto⁴⁹.

48. Ad esempio, nei processi relativi alla responsabilità dei comandanti militari italiani per la strage di Nassirya del 2003, in cui alcune persone (anche civili) persero la vita in conseguenza di un attentato terroristico alla base dei Carabinieri sita all'interno della città irachena, operato con l'irruzione di un camion-bomba all'interno della stessa, si discusse a fondo se l'azione individuata come salvifica, consistente nell'imporre la chiusura al traffico della strada e dei ponti cittadini di accesso alla base, si potesse pretendere dagli imputati, pur essendo tale misura contraria alla finalità "umanitaria" della missione e osteggiata dalla popolazione irachena a beneficio della quale i militari italiani erano stati mobilitati. In una occasione la Cassazione, nell'escludere che l'esigenza antagonista alla condotta impeditiva dell'evento fosse "prevalente", ha annullato la sentenza pronunciata in secondo grado, che aveva assolto gli imputati riconoscendo l'operatività a loro favore dell'adempimento di un dovere *ex art. 51 c.p.*, lanciandosi nell'affermazione drastica dell'incompatibilità logica tra la colpa per imprudenza o negligenza e l'adempimento di un dovere (Cass., Sez. I, 20 maggio 2011, n. 20123, in *Cass. pen.*, 2011, 3742, con nota di MENGONI, *Colpa generica e colpa specifica: la Corte di cassazione fissa le condizioni per l'applicabilità dell'esimente dell'adempimento del dovere*). Sulla vicenda si può anche vedere TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, Torino, 2020, 83 ss.

49. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, cit., 643, evidenzia come molto frequentemente l'enucleazione del potere impeditivo sia il risultato di un intreccio di disposizioni diverse, mentre alle volte può essere privo di un sostrato normativo, risolvendosi in un potere di fatto. Riflessioni sul punto, anche con riguardo alla necessità di contenere orientamenti rigoristici della giurisprudenza, in MASSARO, *La responsabilità colposa*, cit., 276 ss.

8. *Conoscenza e conoscibilità dell'Anlass*. La giurisprudenza non è prontissima a riconoscere in pieno il principio della correlazione tra dovere e potere, soprattutto perché non sempre è disponibile ad esattamente inquadrare l'azione mancante e la concreta situazione di pericolo che essa dovrebbe disinnescare o sulla quale comunque dovrebbe interferire.

In particolare, la prassi giurisprudenziale si mostra avvezza a compiere frequenti operazioni di “scorrimento” dell'*Anlass*, da punto di innesco dell'azione mancante a *situazioni anteriori e generalizzate di pericolo*; tale surroga comporta che la mancata consapevolezza della prima, unita alla sua difficile percepibilità-conoscibilità, non costituiscono per i giudici ragioni sufficienti per far venire meno il potere di attivarsi, dato il complessivo contesto pericoloso e la sua indubbia percepibilità. Ma conoscere o, ancor di più, poter conoscere l'*Anlass* di innesco dell'azione salvifica non equivale a conoscere o poter conoscere il contesto pericoloso, non foss'altro perché quest'ultima condizione di partenza genererebbe di per sé una fantasmagoria incontrollabile di azioni mancanti, di problematica individuazione nel tempo e nello spazio.

La dottrina ha stigmatizzato la liquidazione da parte della giurisprudenza di questo presupposto conoscitivo attivante il potere di agire, ascrivendo il problema all'impiego del «collante ectoplasmatico e liberticida dell'agente modello»⁵⁰, che sarebbe dotato della «straordinaria capacità di scorgere con estrema sensibilità e largo anticipo ogni forma di potenziale pericolo»⁵¹. Invero, escludendo i casi in cui il garante ha una piena cono-

50. GIUNTA, *Culpa, culpa*, cit., 583: si tratta per l'A. di un collante che arbitrariamente salda il riconoscimento della situazione di rischio, che impone l'adozione della regola cautelare, con la violazione della cautela doverosa. Vale a dire il nesso tra l'*an* e il *quomodo* di quello che comunemente si indica con l'espressione “dovere di diligenza”.

51. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 146 s. il quale, puntualmente citando sentenze che hanno sancito la responsabilità dell'imputato, osserva che è soprattutto nella ricostruzione dell'*Anlass* [...] che l'agente modello ha mostrato il suo volto più truce, avendo questi dato prova di non fidarsi mai di alcuno, di scorgere i vizi occulti persino nei macchinari certificati, di ipotizzare la presenza di persone svenute dietro un autocarro che procede in retromarcia, di anticipare qualsiasi errore dei propri collaboratori, e – in breve – di onniscienza, sino a cogliere i prodromi di inondazioni così imponenti da richiedere l'evacuazione di interi paesi o riuscire a presagire devastanti scosse sismiche in luoghi diversi da quelli cui si riferiva in concreto il soggetto agente». Analogo è il punto di vista di un non giurista (storico della lingua italiana) a commento del processo per l'alluvione di Genova: COLETTI, *Genova 2011. Analisi di un processo*, Genova, 2020, 58: «una cultura che ha elaborato l'assurdo giuridico dell'agente modello è convinta che l'uomo possa essere perfetto e potente (onnipotente?) sia nel male che nel bene [...] Ora, se l'uo-

scenza dell'*Anlass*, quando, trattandosi di imputazioni colpose, si passa a considerare se la mancata conoscenza sia dovuta a colpa, per stabilire se l'azione omessa fosse dovuta occorre retrocedere a valutare comportamenti precedenti e ravvisare in essi gli elementi della negligenza e della disattenzione. Però, spostando il fulcro dell'indagine dalla azione omessa ai suoi antecedenti causali è più difficile scorgere gli estremi di una colpa "tipizzata" e di una pretesa di diligenza avvistabile *ex ante*, come pretendono i sostenitori dell'indirizzo prasseologico-positivista⁵², mentre è più facile rifugiarsi nel comodo approdo dell'agente modello o ai suoi succedanei. Indubbiamente, se il guidatore non fa la manovra d'emergenza, perché, essendo intento a guardare lo *smartphone*, non si avvede del pericolo, si può ravvisare una colpa "tipizzata" nel comportamento inabilitante (è sempre vietato l'uso dello *smartphone* durante la guida); ma è molto più frequente che il difetto di conoscenza dipenda da generica distrazione, disattenzione, noncuranza, fretta, cioè da elementi più consoni, in definitiva, ad un giudizio di obiettiva "prevedibilità" dell'*Anlass* e dei suoi segnali di allarme, calibrato sul contesto concreto⁵³.

La "caduta" di tipicità della colpa in questa specifica ricerca può apparire quasi inevitabile⁵⁴. Quindi, più che sull'abuso delle virtualità tauma-

mo può fare molto male, non è altrettanto vero che può fare molto bene, perché il bene più che il male si scontra con la costitutiva insufficienza umana».

52. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 150 ss., parlando di una «colpevole assunzione di una condizione che non consentiva di percepire l'*Anlass*», sostiene che tale profilo di colpa non può risolversi in un mero difetto di previsione, dovendo invece consistere anch'esso nella violazione di una regola cautelare.

53. Ad es. Cass., Sez. IV, 5 giugno 2008, n. 22614, cit., ha affermato la responsabilità del controllore di volo nel disastro aereo di Linate – verificatosi perché un piccolo aereo da turismo in condizioni del tutto precarie di visibilità a causa della nebbia aveva impegnato senza autorizzazione la pista di decollo, dove aveva impattato contro un Boeing 737 che stava decollando – perché non sapendo più dove fosse l'aereo, nelle condizioni date (assenza di ausilio tecnico indispensabile per individuarne la posizione), aveva una sola possibilità e un solo dovere: impartire all'aereo l'ordine di fermarsi finché esso non fosse stato individuato. Qui la percezione dell'*Anlass* corrisponde alla mancata individuazione della esatta collocazione dell'aereo da intendersi come segnale di allarme.

54. Lo ammette anche GIUNTA, *Culpa, culpa, culpa*, cit., 16, allorché annota che: «l'*Anlass* si fonda su segnali di allarme, la cui rilevazione è influenzata dal patrimonio conoscitivo ed esperienziale del singolo agente. La loro corretta decifrazione dipende dalle capacità dell'agente. Viene a delinearsi una prima e autentica dimensione individuale della colpa, cui si aggiunge la capacità soggettiva di conformarsi alla regola cautelare».

turgiche dell'agente modello, la disaffezione giudiziale a riconoscere nel difetto (effettivo e colposo) di conoscenza dell'*Anlass* un fattore di esclusione della responsabilità, dipende spesso dalla mancata messa a fuoco della azione dovuta in presenza di quella situazione tipica e, prima ancora, nella confusione tra l'*Anlass* vero e proprio e condizioni di generico pericolo poste alla base di un reticolo di regole cautelari strumentali.

Ad esempio, se un lavoratore rimane folgorato per una gravissima distrazione mentre, trovandosi nel cantiere, stava compiendo un'attività non riconducibile alle sue mansioni e per la quale non era stato formato, al datore di lavoro debitore di sicurezza si deve chiedere un'azione volta ad impedire la condotta pericolosa del lavoratore. Supponendo che il datore di lavoro si trovi al momento del fatto in luogo diverso e che nessuno di coloro che invece operano all'interno del cantiere si sia accorto dell'iniziativa del collega e, tanto meno, della grave imprudenza che stava compiendo, se si volesse contestare al datore di lavoro, a fronte della sua mancata percezione dell'*Anlass* e della impossibilità fisica a percepirlo data la sua imprevedibilità, di non aver comunque adeguatamente formato il lavoratore sul divieto assoluto di compiere attività rischiosa al di fuori delle mansioni e di non aver preteso il rispetto di tale normativa [art. 18, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 81/2008], si sposterebbe l'*Anlass* da una concreta e specifica situazione (il lavoratore che sta compiendo un'azione imprudente) ad una precondizione, astratta e generica (il pericolo che il lavoratore non conosca il divieto aziendale avente finalità di controllo sulla sicurezza), con completa dissoluzione degli elementi che danno corpo al disvalore di azione e al conseguente disvalore di evento.

L'aver individuato la condotta omissiva nel mondo dei fatti, prima ancora di doverla estrarre dal mondo del diritto, secondo il protocollo sopra illustrato, dovrebbe consentire anche una più corretta messa a fuoco della situazione tipica che costituisce l'oggetto del dovere di conoscenza collegato al potere di compiere l'azione mancante⁵⁵. La centralità dell'azione,

55. Non è mancata, di recente, qualche sentenza che a fronte del comportamento abnorme del lavoratore ha escluso che il datore di lavoro potesse utilmente rendersi conto di tale comportamento e adottare concretamente un'azione salvifica. Ad es.: Cass., Sez. IV, 15 settembre 2021, n. 33976, rv. 281748, ha riconosciuto l'abnormità della condotta del lavoratore, deceduto in conseguenza dell'utilizzazione di un macchinario pericoloso, diverso da quello fornito in dotazione e non presente in azienda, ma autonomamente acquisito dal lavoratore all'insaputa del datore di lavoro, con il quale era stato

nella sua concretezza contestuale, si impone come fulcro attorno a cui verificare le condizioni del dovere di realizzarla da parte del garante, tra le quali la conoscenza-percezione della situazione tipica, non ammettendo succedanei o scoloriture nella dinamica dell'accertamento giudiziale.

Ciò posto, tornando alle premesse di carattere generale, si deve ribadire che la carenza, giuridica o di fatto, del potere impeditivo azzerava la previsione del dovere in capo al soggetto, rendendo non “pretendibile” l'impedimento dell'evento attraverso la condotta modale che lo avrebbe impedito⁵⁶. Un dovere astratto o sulla carta, ma privo di una concretizzazione che lo renda esigibile è una scatola vuota, un dato giuridicamente inesistente. Eppure – come abbiamo visto – alla dottrina piace puntualizzare, scandendo nel dettaglio le vicende di un dovere a monte declamato (tipicità), ma che a valle si è disperso, alle volte paralizzato da contrastanti doveri o dalla mancanza obiettiva del potere (antigiuridicità) o più spesso sfarinato nell'inesigibilità riferita al singolo (colpevolezza).

Precisare i dettagli sembra essere utile in funzione della garanzia, poiché tanto maggiore è la *vis attractiva* della tipicità tanto maggiore è il vincolo di legalità che si esercita sul potere discrezionale-creativo del giudice, soprattutto se la colpa generica venga limitata alla esperienza della consuetudine e dell'uso sociale integrativo del precetto.

L'ipotesi ricostruttiva che qui mi permetto di confermare non comprende però uno svuotamento della tipicità a favore degli altri elementi

invece concordato l'impiego di un macchinario sicuro; Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2020, n. 29585, in www.giurisprudenzapenale.com, 30 ottobre 2020, che ha escluso la responsabilità del datore di lavoro a fronte di un lavoratore che doveva compiere il taglio di una siepe in quota, il quale, per accedere ad un'altezza di mt. 2,5, in assenza di altri strumenti messi a disposizione, aveva utilizzato un carrello elevatore sulle cui forche era stata posizionata una gabbia composta da quattro pareti in griglia metallica (alte cm.90) appoggiata su un bancale, dalla quale era precipitato; Cass., Sez. IV, 1° febbraio 2019, n. 5007, rv. 275017: non è responsabile il datore di lavoro nel caso di un lavoratore che, per sbloccare una leva necessaria al funzionamento di una macchina utensile, aveva introdotto una mano all'interno della macchina stessa anziché usare l'apposito palanchino di cui era stato dotato.

56. In relazione al profilo della conoscenza-percezione dell'*Anlass*, naturalmente, il discorso che abbiamo condotto è di carattere generale, perché in taluni settori, ad esempio nel campo delle professioni sanitarie, il dovere di percezione dell'*Anlass* è più penetrante per il medico investito della posizione di garanzia, chiamato ad approfondire il significato di potenziali segnali di allarme, sicché la mancata percezione-conoscenza da parte sua della reale condizione del paziente con incidenza fattuale sul potere di agire spesso non comporta l'esclusione della doverosità dell'azione salvifica mancante.

del reato, in particolare della colpevolezza. Posto che nel campo dei reati a forma libera la condotta tipica è quella che in concreto causa l'evento e posto che nel più ristretto campo dei reati omissivi impropri quella condotta (non azione) è necessario che sia anche *dovuta* da parte di un determinato soggetto nelle sue concrete modalità, tutti i fattori che compongono tale dimensione deontica – compresi quelli che concretizzano sul soggetto il suo effettivo potere di agire – *possono ordinatamente disporsi all'interno del capitolo della tipicità (dolosa o colposa)*⁵⁷, con ciò che ne consegue sia in termini sostanziali di garanzia, sia in termini processuali di formule assolutorie⁵⁸.

9. *Potere è dovere?* Abbiamo detto sopra che in linea generale mentre non si può configurare un dovere di agire senza un corrispondente potere in capo al soggetto obbligato, non vale il contrario: non ogni potere di agire

57. Che la fattispecie omissiva colposa sia una figura unitaria che procede «per gradi, e a tratti successivi», attraverso la compenetrazione tra dovere e potere, è stato mirabilmente descritto da MARINUCCI, *La colpa*, cit., 86 ss. (v. anche ID., *Il reato come azione*, cit., 239 ss.), nel dialogo con la posizione di M. GALLO, *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 636, che, invece, distingueva tra omissione involontaria (assenza di coscienza e volontà della condotta ex art. 42, comma 1, c.p.) e omissione non colposa (assenza di violazione di regole cautelari, ex art. 43, terzo alinea, c.p.), sicché, quanto al destino dell'omissione dovuta a dimenticanza incolpevole perché determinata da forza maggiore o caso fortuito, per il primo si trattava di un caso di esclusione della colpa, per il secondo di esclusione del fatto (omissione penalmente rilevante). A favore della posizione di Gallo si schierò successivamente GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 381 ss., rilevando, tra l'altro, come le condizioni materiali che rendono impossibile l'applicazione di una regola di prudenza rappresentano un *aliud* rispetto alla regola stessa. L'argomento non sembra decisivo, perché quelle condizioni appartengono soltanto ad un gradino precedente e non diverso da quello della verifica del rispetto della diligenza. In ordine alla costruzione dogmatica di Marinucci, funzionale alla distinzione tra la fattispecie colposa e quella dolosa, abbiamo già notato come tuttavia lo stesso illustre Autore abbia in seguito considerato che anche la fattispecie dolosa non è configurabile a prescindere da una base colposa (o cautelare) (v. *retro*, cap. 2, nt. 56).

58. Cass., Sez. IV, 9 maggio 2018, n. 20568, rv. 273260, secondo la quale nel caso in cui non sia configurabile alcuna violazione di norme cautelari, il giudice dovrà pronunciare assoluzione con la formula «perché il fatto non sussiste» che prevale su qualsiasi altra formula diversa. A diversa conclusione giunge invece CORNACCHIA, *Concorso di colpa*, cit., 480, per il quale il difetto di tipicità colposa dovrebbe comportare la formula «il fatto non costituisce reato», riservando la formula «il fatto non sussiste» al solo difetto di competenza (posizione di garanzia nei reati omissivi).

implica il correlato dovere. Il che significherebbe che le sembianze della doverosità dell'azione mancante non si possono ricavare per ciò solo dall'estensione dei poteri riferibili ad un soggetto, poiché occorre rintracciare autonomi elementi dai quali desumere che a quei poteri corrispondono correlati doveri di azione.

In questa chiave è interessante ricostruire taluni passaggi contenuti nella sentenza della Cassazione che ha sostanzialmente definito le responsabilità collegate alla drammatica vicenda del disastro della stazione di Viareggio occorsa il 29 giugno 2009, poiché siamo al cospetto di una sentenza molto approfondita e per certi versi aperta alla considerazione dei contributi della dottrina sulle varie tematiche che intrecciano l'omissione e la colpa⁵⁹.

Come noto, il disastro fu causato dal deragliamento di un treno merci che stava transitando sui binari della stazione di Viareggio alla velocità di circa 100 km all'ora, a sua volta causato dal cedimento dell'assile del primo carro dovuto al suo stato di corrosione, non evidenziato in sede di revisione effettuata circa un anno prima presso una officina in Germania. Del fatto furono chiamate a rispondere numerose persone delle varie società coinvolte nella vicenda manutentiva del carro, nonché l'amministratore delegato di Ferrovie dello Stato, società capogruppo sia di Trenitalia, società che gestisce il trasporto ferroviario, che di RFI, società che gestisce la rete ferroviaria. All'esito del lungo iter giudiziario, davanti alla Cassazione egli doveva rispondere dell'evento poiché, in qualità di garante, aveva omesso di fornire e di imporre una interpretazione corretta delle norme che eliminasse la prassi errata di non effettuare alcun controllo, neppure documentale, sui carri merci esteri circolanti sulla rete italiana, nonché la previsione di misure precauzionali idonee in caso di mancanza di tracciabilità.

Partendo dalla condotta contestata che riguarda un aspetto gestorio dell'attività direttamente svolta da Trenitalia, la Corte si è interrogata sulla sussistenza della posizione di garanzia in capo al vertice della Capogruppo, la quale, per statuto, non era solo una holding finanziaria, ma aveva anche dei poteri operativi collegabili alle attività principali di trasporto e di gestione dell'infrastruttura. In particolare, emergeva dalla sentenza di appello una competenza statutaria di Ferrovie dello Stato che le

59. Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, cit.

conferiva «poteri di direzione e di coordinamento delle attività delle controllate, concretizzandosi nel potere di dispiegare un intervento legittimo di imposizione e di strategie, di controllo finanziario e sulle operazioni svolte dalle singole società, ed eventualmente persino di sostituzione ad esse per proseguire gli obiettivi funzionali del gruppo». Il problema era quello di capire se in collegamento con questi poteri «fortemente interferenti con l'autonomia» delle controllate, non incompatibili con la titolarità di una «competenza gestoria», corrispondessero i doveri tipici del gestore nell'ambito della sicurezza del trasporto ferroviario. Il compito non sarebbe stato agevole, perché avrebbe richiesto un approfondimento circa il «reale assetto dei poteri», non essendo sufficiente allo scopo la ricognizione di previsioni statutarie⁶⁰.

Da qui, dopo aver premesso che il rinvenimento di una posizione di garanzia serve solo quando la condotta contestata consiste in una omissione, la sentenza, valorizzando talune emergenze processuali, con un vero colpo di teatro afferma che «appare chiaro che *al di là della formulazione in termini omissivi* [all'amministratore delegato della Capogruppo] si rimprovera di aver adottato ed imposto quella interpretazione indebitamente riduttiva dell'impegno cautelare dalla quale è discesa la mancata adozione della misura della acquisizione di informazioni attinenti alla storia manutentiva dei carri merci esteri circolanti» in Italia⁶¹.

A prescindere da ogni considerazione relativa al problema della correlazione tra accusa e sentenza che una simile sorprendente metamorfosi comporta, è interessante notare come il rovesciamento della forma della condotta abbia consentito alla Cassazione di evitare qualunque ulteriore accertamento sulla configurabilità del dovere di impedire l'evento in capo all'imputato e di limitarsi alla constatazione che l'esercizio dei poteri statutari consentiva indubbiamente di configurare una «competenza» per disporre l'interpretazione oggetto di censura. Peraltro, si semplifica un passaggio, ma se ne sarebbe complicato un altro, forse ignorato, quello della reale sussistenza del rapporto di causalità commissiva, così come individuato. Invero, un conto è sostenere che il garante avrebbe dovuto rimuovere una prassi non corretta (variante omissiva), un altro ipotizzare

60. Dalla sentenza risulta anche che in primo grado era stata esclusa una ingerenza sostanziale della controllante nelle scelte operate dagli organi delle controllate, tali da implicarne un completo annullamento.

61. È il § 28.11 della corposa sentenza (corsivo mio nel testo).

che sia stata l'interpretazione riduttiva sull'impegno cautelare a generare la mancata adozione dell'acquisizione di informazioni, a sua volta causale rispetto all'evento.

10. *Omissione colposa, tra tipicità e colpevolezza.* La dimensione deontica della colpa si presenta secondo una scala di graduazione che va dall'astratto-generale al concreto-particolare, comprendendo tutti i possibili livelli intermedi, oltre che tutte le possibili fonti giuridiche.

Una omissione può essere colposa perché il garante ha mancato di compiere un'azione pretesa dalla legge, con espressa previsione, da parte dell'intero circolo dei garanti a cui appartiene l'imputato; oppure perché la legge e/o altra fonte secondaria, contenendo regole non dettagliate, riferite alla situazione concreta, sono da intendere in quel senso nella loro concretizzazione; oppure, ancora, perché la prassi formatasi su medesime situazioni prevede il compimento di quell'azione, o comunque è da intendersi in quel senso; oppure, semplicemente, perché in una situazione di pericolo non regolamentata sulla quale non si è formata alcuna prassi o esperienza virtuosa, stante la prevedibilità *ex ante* dell'evento secondo quel decorso causale poi inveratosi, sussistono univoci elementi per stabilire che un agente modello dotato dei requisiti dell'agente concreto avrebbe compiuto quella azione salvifica (c.d. diligenza atipica).

In questa varietà di casi, che vanno dalla granitica previsione della fonte legale alla problematica e controversa creazione *ex post* di comportamenti ideali e virtuosi, la condotta omissiva prende corpo nella sua consistenza colposa solo se il garante, nel momento in cui avrebbe dovuto agire, era nelle condizioni di farlo, vale a dire: era a conoscenza della situazione di pericolo per il bene (*Anlass*) ovvero la ignorava per un pregresso o contestuale comportamento negligente; era a conoscenza dell'obbligo che grava nei suoi confronti o ignorava per colpa tale circostanza; ne aveva le capacità e i requisiti, ovvero non li possedeva a causa di un pregresso comportamento negligente; non versava in situazioni particolari di tipo fisico o psichico che avrebbero reso inesigibile da parte dell'ordinamento la pretesa di azione, anche eventualmente per la pressione motivazionale che tali situazioni erano in grado di esercitare sul soggetto⁶².

62. Grosso modo è questo il quadro già a suo tempo tracciato da MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., 232 ss.

AmMESSO che questa sintesi sia sufficientemente completa, si spiega attorno a quali elementi la dottrina propone di “spezzare” la colpa in una dimensione obiettiva impersonale e in una dimensione soggettiva personalizzata, riproducendo la distinzione anche rispetto alla diligenza quale elemento costitutivo della stessa omissione. In sostanza, per una prima parte la diligenza è tesa ad individuare il comportamento virtuoso, nella seconda parte a verificarne l’esigibilità, attraverso l’esclusione di condizioni soggettive e/o di contesto che possano escluderla. La colpa si costruisce dapprima in positivo e poi si controlla in negativo⁶³.

Abbiamo però visto sopra che le spiegazioni sistematiche di teoria generale del reato non dovrebbero divergere con riferimento al modello di reato di evento a forma libera, a seconda della natura attiva o omissiva della condotta tipica, e come, anzi, il protocollo che abbiamo proposto circa l’individuazione della condotta omissiva favorisca tale allineamento; ciò non toglie che l’angolo visuale della omissione non possa suggerire spunti critici che possano riguardare l’intera sistematica del reato, anche stimolando una riflessione che vada oltre lo specifico profilo dell’omissione.

Invero, mi pare che la distinzione tra la parte della colpa che entri nella tipicità (o illiceità) e la parte che invece sia destinata a collocarsi all’interno della colpevolezza, attraverso l’individuazione di fattori di contesto che la escludano, risulti meno agevole se collocata nel “protocollo” di verifica del reato omissivo improprio che stiamo definendo. L’opportunità di tale distinzione emerge, infatti, quando si tratti di individuare innanzitutto “quale” azione il garante debba compiere per impedire l’evento. La varietà delle fonti dalle quali si estrae tale preliminare risposta (dalla legge all’agente modello) può così distinguersi dai criteri che rivisitano in secondo momento l’esigibilità da parte del garante dell’azione individuata nel caso concreto; ma, quando – come visto – il compito preliminare di individuare l’azione mancante si assegna non già a tali fonti normative, bensì ad un criterio fattuale come quello causale (impeditivo dell’evento), dovendosi

63. Per una sintesi efficace, CASTRONUOVO, *Colpa penale*, cit., 228, il quale spiega così la bipartizione: «trattandosi di un condensato di “astratte virtù normative”, in quanto espressione metaforica delle pretese di diligenza imposte dall’ordinamento, l’agente modello si muove in uno spazio pur sempre “virtuale”, alla stregua di un *avatar* forgiato su qualità standardizzate secondo parametri “ideali”: al netto, quindi, dell’effettivo potere del soggetto di incarnare nel reale, con tutte le sue sfaccettature situazionali e motivazionali, tale modello deontologico».

da quelle fonti unicamente ricavare l'obbligatorietà per il garante del compimento dell'azione già individuata, la distinzione tra ciò che costituisce la colpa "oggettiva" e ciò che la esclude "soggettivamente" perde di evidenza e anche di fondamento.

Perde di evidenza, perché, una volta individuata l'azione mancante, la componente della colpa – o, se si vuole, dell'obbligo di diligenza – viene utilizzata dal giudice per stabilire se per il garante quel comportamento fosse o no obbligatorio, il che vuole dire anche stabilire se l'ordinamento poteva pretenderlo da quel soggetto investito di quelle specifiche funzioni. Quindi, distinguere in due tronconi questo passaggio può apparire del tutto artificioso, poiché il giudice escluderà l'obbligo sia allorché risulti che nessuna fonte impone a "tutti" i garanti di compiere l'azione, ad esempio perché l'evento non era prevedibile nella situazione concreta, sia se si accorge che quel garante (singolo) non era in grado di compierla, ad esempio perché non in possesso dei requisiti psico-fisici richiesti o perché il contesto non glielo consentiva. La colpa – se si vuole la diligenza – si riunisce in una unica chiave di lettura, perché conta solo capire se ciò che manca e che ha reso possibile la causazione dell'evento sia soggettivamente imputabile alla negligenza del garante⁶⁴.

Perde di fondamento, perché il giudice, se volesse scrivere che l'azione era dovuta in astratto, mentre in concreto non è esigibile dalla persona del garante in carne ed ossa perché per qualche causa a lui non imputabile egli non era in grado di compierla, dovrebbe trovare nell'ordinamento norme costruite come esimenti, ulteriori rispetto agli artt. 45 e 46 c.p. Tali norme, invero, sono tutte interne alla dimensione della colpa, perché vanno a calibrare lo spazio operativo della diligenza richiesta nel caso concreto⁶⁵.

64. Si vedano le interessanti notazioni di PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 346 ss., il quale mette in luce che l'esigenza di adottare una misura individualizzante ulteriore rispetto a quella valida *erga omnes* emerge generalmente quando il parametro adottato in sede di tipicità è avulso dal contesto (come quello della "miglior scienza ed esperienza"), sicché sorge il bisogno di «ri-bilanciare la struttura del reato, assegnando alla colpevolezza la funzione di limitare» la valenza preventiva della sanzione penale.

65. Ad es., CASTRONUOVO, *Colpa penale*, cit., 228, ammette che «il rilievo [...] a fattori di individualizzazione del giudizio riguardanti il "potere" del soggetto di adeguarsi alla pretesa cautelare dell'ordinamento e relativi alla situazione in cui lo stesso si è trovato in concreto ad agire» viene assegnato «pur nell'assenza di scusanti "tipizzate"».

Ammettiamo, ad esempio, che un medico stravolto dalla stanchezza in una giornata stressante e complicata non abbia colto un flebile segnale di *Anlass*, che lo sviluppo degli accadimenti dimostrerà essenziale, al punto da spingere il giudice ad escludere la colpa per difetto di esigibilità della condotta virtuosa (approfondire le indagini per pervenire ad una corretta diagnosi). Una volta stabilito che il garante, in base a norme, protocolli, *leges artis*, avrebbe dovuto compiere l'azione, in grado di condizionare in modo rilevante lo sviluppo degli accadimenti perché avrebbe consentito di affrontare la patologia con largo anticipo, per scioglierlo benevolmente dal suo debito, dando evidenza al passaggio, il giudice dovrebbe indicare quale norma gli consente il trattamento favorevole; non può sentirsi totalmente «libero di elargire un po' di comprensione per l'imputato sotto forma di non colpevolezza»⁶⁶. Più facile, dunque, in questo caso, dire che la colpa non c'è perché non sussiste un dovere senza il correlato potere, per "tutti" i garanti che si trovassero nella stessa situazione e nelle stesse condizioni (psico-fisiche) in cui versa quello in carne ad ossa.

Dal punto di vista sistematico, ci si potrebbe chiedere che fine faccia l'elemento della colpevolezza, una volta che la "personificazione" del criterio di imputazione sia stato assorbito tutto all'interno del capitolo sulla tipicità colposa. Se la condotta tipica colposa non costituisce un parametro legale con il quale confrontare il comportamento dell'agente concreto, ma è già una qualifica di tale comportamento, in particolare dell'omissione del garante in carne ed ossa, è evidente che nessun ulteriore parametro potrà essere impiegato per valutare definitivamente *se davvero* si tratti di omissione rimproverabile perché posta in essere da soggetto "motivabile" attraverso le norme. Questo ulteriore parametro, che il giudice è chiamato a sfoderare dopo aver constatato *che davvero* l'omissione è colposa, riguarda la misurazione della negligenza, la necessità di stabilire un attimo dopo *quanto davvero* quella omissione colposa sia rimproverabile al garante in carne ed ossa.

Dopo la colpa, l'elemento della colpevolezza serve dunque solo sul versante della commisurazione della pena, nell'ambito del quale il giudice po-

66. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale*, cit., 109 s., però per criticare chi, sostenitore di una «debole concezione normativa della colpa», immette nella tipicità colposa anche l'armamentario discrezionale «fatto di prevedibilità, agente modello, rischio consentito», per affidare al giudice – prima ancora – anche la definizione del fatto; invero, l'A. ammette la categoria della misura soggettiva della colpa, anche con l'impiego dell'agente modello, invece fortemente avversata in sede di tipicità (131, in nota).

trà prendere in considerazione tutti i fattori che non hanno inciso in ordine all'*an* dell'obbligo di compiere l'azione facendolo venir meno, ma che attingono alla graduazione della responsabilità. In questo ambito il giudice, chiamato a "terminare" il lavoro, può essere dal legislatore in qualche caso autorizzato a scrutinare non solo quale sia la pena equa da irrogare al garante inadempiente, ma anche se il gradiente della "rimproverabilità", alla luce di criteri più ampi e diversi da quelli che rendono tipica e colposa la condotta, sia talmente bassa da non poter giustificare alcuna pena.

La commissione del fatto tipico colposo costituisce in tali casi il semplice presupposto per effettuare (da parte del legislatore prima, e del giudice poi) un bilanciamento tra i tanti fattori che legittimano e rendono utile la pena. Né è da escludere già *de iure condito*, e nell'attesa che una riforma del sistema sanzionatorio preveda l'eliminazione o la marginalizzazione dei minimi edittali, la possibilità che la sua misurazione si spinga sino allo "zero": l'esenzione da pena per l'operatore sanitario, nelle varie conformazioni che via via ha assunto (ora art. 590 *sexies* c.p.), e, più in generale, la non punibilità per tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p.), costituiscono già oggi strumenti per abbattere la pena sino ad azzerarla, qualora una sua applicazione anche minima, alla luce del grado di rimproverabilità complessiva del garante, costituisca una iniquità.

In effetti, a proposito dell'art. 590 *sexies*, la Cassazione ha ormai chiarito che, nel doversi confrontare con il grado della colpa ai fini dell'eventuale causa di non punibilità del sanitario, il giudice deve tener conto di molteplici indici, tra cui taluni attengono «alla c.d. misura soggettiva della colpa»⁶⁷. In questi casi il giudice è chiamato a valutare se esistono fattori soggettivi che pur non incidendo sulla doverosità della condotta omessa dal garante, consentono comunque di apprezzare un grado ridotto o minimo di rimproverabilità, che spinge la pena verso il basso o, addirittura, nel perimetro previsto dalla legge, ne consente la riduzione a zero.

67. Cass., Sez. IV, 18 maggio 2020, n. 15258, rv. 279242, secondo cui dopo aver accertato la violazione della regola cautelare, occorre accertare che quella violazione sia stata colposa; in questo secondo *step* deve darsi massimo spazio alla realtà dell'autore fisico e alle condizioni concrete nelle quali si è materializzato il fatto. In precedenza, Cass., Sez. IV, 1° febbraio 2012, n. 4391, rv. 251941: il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate.

CAPITOLO 4

Omissione e intreccio cooperativo

SOMMARIO: 1. L'omissione nell'organizzazione complessa. - 2. L'omissione nell'omissione. - 3. Omissione e cooperazione colposa. - 4. Omissione e incriminazione *ex novo* di condotte atipiche. - 5. Posizione di garanzia e cooperazione colposa. - 6. Omesso impedimento dell'evento e intreccio cooperativo. - 7. Atipicità del contributo omissivo meramente agevolatore? - 8. Omissione e principio di affidamento. - 9. Cooperazione e successione di garanti.

1. *L'omissione nell'organizzazione complessa.* Abbiamo ragionato sinora sulla tipicità omissiva nel reato omissivo improprio nella sua forma di manifestazione basica. Un modello da sviluppare partendo dal garante, passando per la condotta di mancato impedimento, causale, doverosa ed esigibile, sino ad accennare al grado della colpevolezza con finalità commisurative. Ma la realtà giudiziaria raramente si trova di fronte salvagenti non lanciati, pericolanti lasciati in bilico sul crepaccio, bagnini svogliati, madri che non allattano.

La realtà giudiziaria, piuttosto, squaderna vicende complicate di disastri piccoli o grandi, addirittura catastrofici, infortuni sul lavoro, incidenti, nelle quali sul banco degli imputati si trovano più persone, talvolta decine, chiamate a rispondere di morti, alluvioni, crolli, devastazioni, catapultate dentro la realtà parallela dei processi direttamente dalle loro scrivanie, dove per lo più dirigono uomini e organizzano mezzi e risorse economiche. Un unico evento, una pluralità di responsabili, espressione di realtà organizzative complesse variamente articolate, le cui posizioni processuali si intrecciano, si sovrappongono, si contrappongono, tutte per lo più contrassegnate dal silenzio assordante dell'omissione.

In questo tipo di processi il problema della tipicità della condotta moltiplica le criticità che la forma basica ha già mostrato; il disvalore dell'evento, o, meglio, la drammaticità dell'accaduto, con il suo carico di dolore e spesso di vittime bisognose di conforto e di giustizia risarcitoria, eclissa il disvalore della condotta, lo rende rarefatto e marginale, con buona pace dei principi di materialità, personalità e prevedibilità della responsabilità penale¹.

1. Un quadro efficace in TORRE, *Organizzazioni complesse e reati colposi*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 892 ss., la quale mette in evidenza come in questo

Quanto al modello del reato omissivo improprio, l'effetto più vistoso riguarda la collocazione dell'omissione nella catena causale, rispetto alla quale l'effetto impeditivo si può riferire ad anelli intermedi o collaterali o arretrati, anch'essi immaginari come l'azione mancante che li avrebbe potuti generare, o comunque a eventi o interrelazioni intermedi rispetto a quello finale. La condotta tipica perde i connotati di specificità nella sua collocazione nel tempo e nello spazio, si dilata nelle fattezze e si smaterializza, talvolta diventando parametro per un giudizio negativo sulla "politica" aziendale o sulla "prassi" instaurata, aprendo la strada ad una responsabilità per la condotta di vita più che per un fatto commesso.

L'omissione si mischia, si confonde, si interfaccia con altre omissioni riferite ad altri garanti e tale confluenza la rende spesso indeterminata nelle sembianze e scarsamente leggibile negli effetti. La condotta omissiva colposa rischia di disperdere la sua autonomia dalla posizione di garanzia, dalla quale più facilmente può venir "risucchiata": l'assegnazione della competenza per la gestione del rischio ad uno dei soggetti dell'organizzazione corrisponde così alla sua individuazione come garante ed esaurisce il tema del dover essere a lui ascrivibile, anche a prescindere da qualsiasi riscontro di effettività sui correlati poteri impeditivi, soprattutto in situazioni emergenziali e precarie nelle quali la fisiologia dell'organizzazione va in tilt e refluisce nei processi secondo la logica mostruosa della prevedibilità dell'imprevedibile.

Le carte che abbiamo sopra faticosamente provato a mettere in ordine nell'ambiente semplificato della responsabilità monosoggettiva, tornano a mischiarsi pericolosamente.

2. *L'omissione nell'omissione.* Tecnicamente l'omissione è concausa dell'evento (art. 41, comma 3, c.p.) ovvero parte di una cooperazione colposa (art. 113 c.p.) o di un concorso doloso (art. 110 c.p.).

Verifichiamo dapprima se questa alternativa davvero sussista o se tra una pluralità concorrente di omissioni poste in essere da altrettanti garanti possa configurarsi soltanto un concorso di cause indipendenti in grado di dar vita ad una pluralità di autonomi reati omissivi impropri. Sia nel

contesto l'agire individuale perde la sua identità ed autonomia, «determinando una crisi "da incontenibilità" e "da complessità" del diritto penale, costruito sul modello dell'omicidio e sulla figura dell'autore individuale».

campo della responsabilità medico-sanitaria, sia in quella degli infortuni sul lavoro è frequente il caso di contestazioni di plurime omissioni poste in essere dai garanti, in successione tra loro o anche contestualmente, nell'ambito dello svolgimento di un'attività coordinata, eventualmente multidisciplinare, che prevede una varietà di apporti professionali, anche al fine di scongiurare il più possibile eventi avversi.

Si pensi, ad esempio, al conteggio delle garze in campo chirurgico, che le linee guida prevedono debba essere fatto separatamente da due persone, senza che nessuno degli incaricati possa presumere che chi ha confezionato il pacco lo abbia fatto in modo esatto e neppure che il collega addetto si sia comportato diligentemente; attività della cui corretta esecuzione, per giurisprudenza costante, risponde anche il medico capo dell'equipe ed eventualmente i suoi stretti collaboratori, i quali non possono limitarsi a prendere atto delle schede infermieristiche².

In questo, come in tanti altri casi, ciascuno degli omissivi risponde di un autonomo reato o si configura una cooperazione colposa (con possibili sforamenti nel concorso doloso con dolo eventuale)?

Invero, secondo una autorevole voce dottrinale un concorso nel reato omissivo improprio non sarebbe configurabile con una «condotta inerte», perché mancherebbe in tal caso «lo stesso contributo concorsuale»³. L'opinione è verosimilmente riferibile al concorso nel delitto doloso, nell'ambito del quale si dovrebbe ipotizzare una deliberata omissione da parte del garante che valga come contributo causale (o agevolatorio) ad un'altra omissione da parte di un altro garante, ma nulla vieta comunque di immaginare una stessa condotta omissiva da parte di due garanti d'accordo tra loro.

Si tratta, tuttavia, di una affermazione che denota più che altro le ridotte capacità applicative di tali ipotesi, ma che non può essere condivisa nella sua assolutezza, neppure nel campo del concorso doloso. Il contributo di

2. Più frequente è indubbiamente il caso del concorso colposo omissivo nel fatto doloso o nel fatto colposo altrui (per esempio ad opera di chi si trova in una posizione gerarchica sovraordinata o in una posizione funzionale di controllo, che colposamente omette di verificare l'operato di un altro soggetto, o di cogliere i segnali di pericolo legati alla sua condotta).

3. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 568, il quale fa proprio l'esempio di medici di turno che non prestano le adeguate cure al paziente. Ad analoga conclusione perviene SPINA, *Il "caso Vannini"*, cit., 34.

qualcosa che manca e che però doveva manifestarsi può ben inserirsi in una condotta ulteriormente omissiva dolosa, soprattutto se si segue l'idea più diffusa che ai fini del concorso doloso si può fare a meno dell'accordo di tutti i concorrenti e ci si accontenta della consapevolezza da parte di uno solo di essi che la propria condotta confluisce sulla condotta di un altro⁴.

Senza pervenire a conclusioni affrettate, tuttavia, la problematica del concorso omissivo nel fatto omissivo presenta talune particolarità.

Innanzitutto, occorre chiarire un punto fermo: che il contributo omissivo del concorrente si può configurare *solo a carico di un garante*. Infatti, al di fuori dell'operatività dell'art. 40, comma 2, una omissione "atipica" – vale a dire non prevista espressamente come reato – da parte del soggetto non qualificato non può rientrare nell'orbita degli artt. 110 e 113 c.p. rispetto ad un reato di evento a forma libera. È vero che tali norme sono (o dovrebbero) essere deputate anche ad incriminare *ex novo* condotte altrimenti atipiche, ma ciò può avvenire solo con il rispetto dei limiti sistematici fissati dall'ordinamento. In questo senso l'art. 40, comma 2, va inteso come limite inderogabile alla rilevanza penale – a qualsiasi titolo – di una condotta omissiva: non perché – come abbiamo detto – l'omissione non sia pensabile senza una norma o una fonte giuridica che imponga l'azione. Il giardiniere che omette di lasciare nel luogo abituale la chiave del cancello della villa presso la quale lavora così non consentendo al tecnico del gas di effettuare il programmato controllo dell'impianto non cagiona per colpa l'evento consistente nell'esplosione dell'edificio: il reato non gli è ascrivibile autonomamente perché non è garante della sicurezza dell'edificio, ma neppure a titolo di cooperazione colposa con il tecnico addetto alla manutenzione dell'impianto, garante del bene, il quale – ad esempio – non ha effettuato l'intervento che avrebbe evitato l'esplosione, dopo aver visto che le chiavi non erano nel luogo convenuto, ma senza pensare – per colpa – di sincerarsi se per caso qualcuno in quel momento era in casa e poteva aprire il cancello, ovvero senza segnalare il problema al proprietario chiedendogli la possibilità di un nuovo accesso.

Solo se l'art. 113 azzerasse la validità selettiva dell'art. 40, comma 2, si potrebbe pensare ad una cooperazione colposa del giardiniere, ma è insegnamento acquisito che le due norme – piuttosto che eliminarsi reci-

4. Per tutti, GRASSO, *Art. 113*, in M. ROMANO-GRASSO, *Commentario del codice penale*, vol. II, Milano, 1990, 184.

procamente – si devono saldare insieme per costruire la tipicità omissiva concorsuale⁵. Vedremo che oggi all'art. 113 si accredita una capacità derogatoria, sia nella dimensione oggettiva del concorso, sia in quella della conformazione delle regole cautelari; ma, per entrambi i profili, i ragionamenti proposti hanno un loro fondamento legale e razionale. Non così in relazione alla ipotizzata obliterazione dei presupposti operativi dell'omissione atipica segnati dall'art. 40, comma 2, poiché né sul piano della lettera della norma, né su quello della implicazione logica si potrebbe ricavare tale conclusione.

Eppure, forse inconsapevolmente, la giurisprudenza non mostra particolare attenzione a questo aspetto della tipicità omissiva. Ad esempio, si può menzionare il recente caso dell'omeopata. Una dottoressa omeopata di fama internazionale, nell'ambito di un consulto a cui era stata chiamata da una sua "allieva", collega più giovane con la quale aveva da anni rapporti collaborativi continui, avrebbe contribuito a convincere la paziente di quest'ultima, a seguire trattamenti omeopatici e psicologici e a non farsi asportare chirurgicamente un neo – poi rivelatosi un melanoma – sostenendo che se lo avesse asportato non avrebbe risolto il problema ma, anzi, peggiorato la sua situazione, andando incontro alla morte. Purtroppo fu questo piano terapeutico a rivelarsi fatale per la paziente, che, a causa di numerose metastasi sviluppatesi nel tempo, dopo circa due anni perse la vita.

Fuori discussione la responsabilità della dottoressa più giovane in qualità di medico curante, il processo penale si è concentrato sulla posizione della "luminare", la quale, senza avere una relazione terapeutica con la paziente, aveva fornito un contributo alla condotta omissiva rispetto all'azione prevista dalle accreditate linee guida della medicina ufficiale (immediata asportazione del neo), che, se attuate quando ancora non si era manifestato un quadro sintomatologico particolarmente allarmante, con altissima probabilità avrebbero determinato ben altra, e migliore, prognosi di sopravvivenza della vittima, oltre che della qualità della sua vita. La Cassazione, nell'avallare la sentenza di condanna per omicidio colposo in cooperazione ha ritenuto «di nessun rilievo la circostanza che la ricorrente non avesse avuto alcun rapporto terapeutico con la [vittima], né che non avesse ricoperto alcuna specifica posizione di garanzia», potendo comunque es-

5. RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., 470.

sera ascritta alla dottoressa «una cooperazione colposa nella verifica del tragico evento, in ragione dell'ascendente avuto sia nei confronti della paziente che del medico curante» e richiamando, sul punto, la sentenza di appello che aveva osservato che la stessa era venuta meno «all'obbligo connesso con la professione medica di attivarsi a tutela della salute e della vita del paziente, tenendo una condotta professionale caratterizzata da grave imprudenza ed imperizia»⁶.

Dunque un contributo omissivo al garante che omette, da parte di chi non è garante, ma semplicemente tenuto a comportarsi secondo diligenza come medico: sotto l'usbergo della cooperazione e della forza prorompente della violazione cautelare, si rende tipica una condotta che difetta dei requisiti costitutivi per essere considerata tale, dichiarando l'irrelevanza del requisito richiesto dall'art. 40, comma 2.

A fronte di tale opinione, immotivata e verosimilmente non ponderata, o si deve supporre che la Corte abbia valutato il contributo del non garante all'omissione del garante come avente natura commissiva⁷, oppure dobbia-

6. Cass., Sez. IV, 14 febbraio 2022, n. 5117, in *www.altalex.com*, 23 febbraio 2022. Sarebbe stato meno impegnativo per la Cassazione premettere che il "contatto" con la paziente, che in una occasione era avvenuto, aveva fatto sorgere una autonoma posizione di garanzia anche nei confronti della "luminare", seguendo in ciò una piuttosto diffusa corrente di pensiero (Cass., Sez. IV, 30 giugno 2021, n. 24895, rv. 281487).

7. Sotto questo profilo il dibattito – come noto – è più aperto, e la stessa dottrina si mostra divisa. Si è proposto l'esempio dell'infermiere, che ha preso l'impegno di praticare delle flebo ad un paziente ammalato, che ometta di effettuare l'intervento perché convinto dalla moglie (condotta attiva del non garante), consapevole dell'impegno del marito, ad accompagnarla a fare compere, e si è espressa l'opinione che entrambi i soggetti possano concorrere nell'omicidio colposo qualora il malato muoia a causa della mancata somministrazione dei medicinali. Tale opinione è sorretta dal rilievo che il non garante (la moglie) sarebbe responsabile a titolo concorsuale in base ad un percorso analogo a quello che si compie nel caso del concorso dell'*extraneus* nel reato proprio (ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 183 ss.; adesivamente GRASSO, *Art. 113*, cit., 185). Di contro, si osserva che in tal modo si estendono arbitrariamente nei confronti di un soggetto non garante obblighi di diligenza che valgono solo per il primo e che attingono al corretto esercizio delle funzioni del garante, dimenticando che la violazione dell'obbligo di diligenza presuppone la previa violazione dell'obbligo di attivarsi ai sensi della fattispecie omissiva (ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale d'impresa*, Milano, 1999, 175 s.; analogamente, INSOLERA, *Concorso di persone*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 480, che propone esempi in cui l'applicazione del criterio estensivo suonerebbe come paradossale; RISICATO, *Cooperazione colposa*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 336, che critica tale «applicazione distinta e successiva di clausole

mo constatare che si sia consumata una violazione del principio di legalità; nella nostra prospettiva, tuttavia, rimane fermo quanto sopra abbiamo sostenuto circa il fatto che la pluralità dei concorrenti nel reato omissivo improprio corrisponda ad una necessaria pluralità di garanti⁸.

Letta in questa più specifica prospettiva, che pretende che l'art. 113 debba inderogabilmente coordinarsi con i presupposti limite di cui all'art. 40, comma 2°, l'opinione dottrinale da cui abbiamo preso le mosse può acquistare un senso e deve senz'altro essere condivisa.

3. *Omissione e cooperazione colposa*. La problematica più consistente riguarda proprio il caso di cooperazione colposa fra soggetti garanti. Essa si può configurare in una varietà di casi, poiché i garanti, magari inseriti all'interno di una organizzazione pluripersonale c.d. complessa, potrebbero essere tenuti all'impedimento dell'evento verificatosi in base alla stessa regolamentazione cautelare, e quindi essere vincolati ai medesimi doveri e disporre degli stessi poteri di intervento; facile in questa ipotesi che anche le condotte omissive siano le stesse o assimilabili, magari differenziate solo per con riguardo al luogo e/o al tempo della non azione.

I garanti potrebbero però ricoprire tipologie diverse di posizioni di garanzia, anche sulla base di differente normativa. In questa ipotesi è molto probabile che, differenziandosi anche poteri e doveri, in uno con la diversa funzione ricoperta, non coincida la tipologia di omissione ascritta a cia-

generali di incriminazione suppletiva, che porta a ritenere responsabili dell'evento lesivo anche soggetti estranei al contesto di rischio evocato dalla posizione di garanzia, in palese violazione del principio *nullum crimen sine lege*»).

8. In questo senso va anche letta l'opinione di FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità per omissione*, cit., 42, che ritiene che la figura del concorso mediante omissione in un reato omissivo non ha molta importanza pratica perché «per pervenire a una affermazione di responsabilità, basta di regola tener conto della singola condotta omissiva di per sé idonea da sola ad integrare tutta la fattispecie di reato». Tale opinione, infatti, dà per scontato che tutti i concorrenti siano garanti.

9. Nella stessa direzione RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013, 74, secondo la quale, poiché nell'ambito della c.d. partecipazione negativa al reato il secondo termine di rilevanza della condotta del partecipe e il fatto di reato è costituito dall'evento non impedito di cui all'art. 40 comma 2, essendo in questione «il problema generale della rilevanza causale di un'omissione non tipizzata come tale, e a questa [...] norma che occorre richiamarsi, prima e indipendentemente dalle eventuali applicazioni in materia di compartecipazione criminosa».

scuno di essi anche quanto a modalità e forme di attuazione; ad esempio potrebbe capitare che l'azione omessa da un soggetto sia rivolta direttamente ad evitare l'evento, mentre l'altra miri a neutralizzare il pericolo derivante dall'altrui comportamento colposo¹⁰.

Nell'una, come nell'altra ipotesi, da un lato, occorre che sussistano gli *estremi oggettivi e soggettivi di una cooperazione fra i garanti*, d'altro lato, occorre verificare come tali estremi reagiscano al contatto con condotte omissive.

A proposito degli estremi che connotano la figura, la questione "classica" – come si sa – si incentra sulla differenza tra questa e la mera concasazione colposa di un evento in conseguenza di condotte indipendenti di natura illecita (art. 41, comma 3). Rispetto al dibattito sorto soprattutto in dottrina qualche decennio fa e che aveva dato luogo a ricostruzioni piuttosto distanti e contrapposte¹¹, c'è da rilevare che negli ultimi tempi, anche grazie al lavoro al quale la figura della cooperazione colposa è stata sottoposta in giurisprudenza, gli animi sembrano placati attorno ad un lodo pacificatore della Cassazione.

Riassumendo i termini "puri" con cui la questione si pone, ci si chiede se, perché scatti la qualificata figura concorsuale l'agente debba avere del fatto obiettivo della «cooperazione fra più persone» una *consapevolezza* piena¹², o se sia sufficiente, in linea con i canoni consueti dell'imputazione colposa, che egli semplicemente, trattandosi di un elemento fattuale prevedibile, la *ignori per colpa*, perché distratto, disattento, imprevedente, in ciò potendo anche consistere il suo apporto collaborativo¹³.

Invero, l'art. 113 riferisce la mediazione cooperativa al solo fatto oggettivo e si limita a richiamare le caratteristiche del «delitto colposo» e poiché nel delitto colposo la rappresentazione effettiva di tutto o di parte del fatto costituisce un *quid pluris*, al posto del quale è sufficiente la mera rappresentabilità-prevedibilità delle stesse circostanze, non si potrebbe ricavare dalla formula in sé nessuna particolare indicazione restrittiva.

10. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. II, Napoli, 2011, 836.

11. Sul tema si è scritto molto, anche negli ultimi anni: per un quadro ricostruttivo si può vedere, DI FLORIO, *La cooperazione nel delitto colposo: una fattispecie con una (problematica) funzione incriminatrice*, in *Arch. pen. (web)*, 2021, fasc. I, 7 ss.

12. Tra gli altri, ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 188 ss.

13. Tra gli altri, SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, 101 ss.

A favore della tesi più restrittiva militano argomenti logici, sistematici e letterali.

Dal punto di vista logico, la cooperazione colposa deve necessariamente presentare dei connotati di specificità rispetto alla mera concausazione che si ricava dalle regole generali, annoverando un *quid pluris* nella relativa fattispecie, che farebbe difetto qualora si richiamassero soltanto gli elementi strutturali della colpa.

Dal punto di vista sistematico, poi, si deve considerare che, a prescindere dall'effetto estensivo dell'area di tipicità che comporta la qualifica concorsuale nei reati di evento a forma libera, è nei delitti colposi di mera condotta che l'operatività dell'art. 113 c.p. comporta una consistente dilatazione delle incriminazioni di parte speciale, con intollerabili cedimenti sul fronte della sussidiarietà e della proporzionalità della risposta sanzionatoria.

In effetti, nei delitti colposi di mera condotta il legislatore seleziona accuratamente i casi di punibilità anche colposa della realizzazione del fatto, tenendo conto dell'importanza dell'evento causato e/o della significatività della condotta sul piano del disvalore. Ad esempio, stabilendo di punire le condotte colpose di *messa in commercio, distribuzione, detenzione* per il commercio di alimenti o medicinali (artt. 442, 443 c.p.), il legislatore ha valutato che il disvalore di condotta espresso dal fatto fosse così rilevante da consigliare uno specifico richiamo anche penale di attenzione e di diligenza, ma aveva presente *esclusivamente* quel tipo di condotta-modo. L'applicazione dell'art. 113 nel solo caso in cui il concorrente "atipico", diverso da colui che mette in commercio, distribuisce o detiene, si renda effettivamente conto che la propria condotta afferisce ad una delle condotte espressamente designate dalle legge come tipiche, consente di riconoscere nella condotta del concorrente un *minimo collegamento* con quella carica di disvalore e con l'oggetto del divieto penale, che spiega come mai i due soggetti (quello originario e quello "derivato") concorrano nel "medesimo" reato e sono trattati penalmente allo stesso modo. Se, invece, ci si accontentasse della mera conoscibilità del carattere accessorio del proprio contributo si considererebbe tipico il comportamento di chi non ha realizzato la condotta oggetto di specifica censura e neppure si è reso conto di accedervi; il rimprovero di negligenza riguarderebbe non il fatto comune dei cooperanti, ma il fatto diverso della altrui condotta.

Vi è poi l'argomento letterale che comunque si ricava dal testo dell'art. 113: quando si dice che più persone «cooperano» nella causazione di un

evento, in realtà, si illustra anche la necessità che i cooperanti si *rendano conto* che la propria condotta accede o quanto meno è organizzata per accedere a quella di un altro; diversamente non si avrebbe una «*cooperazione*», ma solo un obiettivo convergere di condotte (concomitanti o no) nella causazione dell'evento. La parola impiegata ha una indubbia implicazione *anche soggettiva*, perché solo dal coordinarsi delle condotte nasce la cooperazione e il coordinamento richiede consapevolezza del comune convergere.

Di contro, per vero, è stato fatto notare che quando il legislatore ha inteso rimarcare la più grave colpevolezza della cooperazione colposa per via di una componente psicologica effettiva, come nel caso dell'aggravante per aver determinato altri a cooperare nel delitto colposo lo ha previsto espressamente (art. 113, comma 2, c.p.): il che porta a escludere che il requisito della consapevolezza dell'altrui cooperazione debba assumere una immancabile rilevanza strutturale.

Si è conseguentemente proposta una lettura "intermedia" tra le due estreme che ruotano sull'alternativa conoscenza/conoscibilità del comune convergere, rilevando che «la peculiarità della cooperazione va cercata al livello della illiceità oggettiva, ossia in ragione del tipo di rischio e delle regole cautelari in grado di contenerlo efficacemente». Determinante, in proposito, sarebbe il rilievo della unicità e nella medesimezza del rischio, che i cooperanti sono chiamati a contrastare, sicché, per aversi cooperazione, occorrerebbe che il rischio creato dalla condotta degli agenti sia lo stesso non solo per natura (ossia in ragione del tipo di evento indesiderato), ma anche per origine (dovendosi riconnettere alla violazione di regole cautelari relazionali, collegate tra loro in quanto parte di un medesimo procedimento o programma preventivo)¹⁴.

14. GIUNTA, *Culpa, culpa, cit.*, 598 s., il quale considera un caso di cooperazione colposa le negligenze del datore di lavoro e degli altri soggetti tenuti al debito di sicurezza, causative dell'infortunio del lavoratore, in quanto espressione di un difetto di gestione del rischio condiviso in vista del suo migliore contenimento. Posizione non dissimile quella di MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in www.lalegislazionepenale.eu, 8 maggio 2020, 17, la quale distingue due casi: a) contesti caratterizzati da una dimensione strutturalmente relazionale, allorché si discuta della responsabilità del soggetto destinatario di un obbligo di controllo sull'operato altrui, nei quali «il coefficiente della rappresentabilità della condotta del terzo è già insito nella formulazione della regola di condotta»; b) condotta inosservante che non risulta inserita in un contesto

Al di là della non irresistibilità dell'argomento che si fonda sulla previsione della circostanza aggravante della determinazione alla cooperazione, che rappresenta comunque un *quid pluris* anche rispetto alla mera conoscenza della cooperazione e quindi sarebbe logicamente compatibile con la soluzione della necessità strutturale di tale requisito psicologico, il "lodo" della Cassazione aderisce alla tesi più restrittiva, laddove richiede che «il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza»¹⁵.

Dunque, per il diritto vivente sappiamo che c'è cooperazione o quando ci sia contezza piena della comune confluente delle condotte, da parte di almeno uno dei cooperanti¹⁶, o quando sussista oggettivamente un procedimento o un protocollo che prevede tale confluenza nella prospettiva di

preventivamente organizzato, per cui «il solo modo per "specializzare" l'istituto della cooperazione colposa rispetto a quella di una congiunta realizzazione monosoggettiva resterebbe quello dell'effettiva rappresentazione dell'altrui condotta inosservante». Analoga distinzione propone CONSULICH, *Errare commune est*, cit., 351, per il quale, «in presenza di una regolamentazione giuridica sarà esclusivamente la norma cautelare a identificare il nesso necessario e sufficiente tra partecipe e autore».

15. È uno degli argomenti su cui ha fatto scuola la poderosa sentenza Thyssen (Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit., § 29). Le Sezioni Unite muovono da una giusta preoccupazione di limitare l'espansione dell'istituto e quindi dalla precisazione che le condotte che si pongono tra loro in cooperazione vadano individuate con estremo rigore. Si veda anche Cass., Sez. IV, 2 febbraio 2018, n. 6499, rv. 271972, che, in applicazione del principio della necessaria consapevolezza della cooperazione, ha escluso la responsabilità concorsuale nel caso del crollo di un aggregato edilizio, verificatosi a causa del concorso di una serie di interventi susseguitisi nell'arco di tredici anni, in capo al progettista delle prime opere realizzate, mancando la prova che egli abbia previsto, al momento dell'esecuzione dei lavori, la sedimentazione degli interventi successivi che avrebbero inciso sulla staticità complessiva del sito. Nondimeno, se tale sviluppo fosse stato invece concretamente prevedibile da parte del progettista, pur rimanendo esclusa la responsabilità concorsuale, ci sarebbe stato spazio per l'autonoma responsabilità colposa ex art. 41, comma 3, c.p. Per la Cassazione, tuttavia, non è necessaria anche la consapevolezza della natura colposa dell'altri condotta: tra le tante, Cass., Sez. IV, 12 giugno 2019, n. 25846, rv. 276581.

16. Secondo LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio dei delitti causali d'evento in senso naturalistico*, Bari, 2012, 259 ss., si richiede, invece, una volontà comune dei cooperanti a cui si deve connettere l'elemento della organizzazione.

una comune finalità nel fronteggiare un rischio e tale “organizzazione” sia nota ai soggetti¹⁷.

Quindi, ad esempio, in campo medico, vi può essere cooperazione tra garanti anche al di là del lavoro in equipe per gli interventi chirurgici¹⁸, ovvero nel campo della sicurezza del lavoro ove la pluralità dei soggetti responsabili si coordina per ottimizzare la risposta al rischio nei luoghi di lavoro¹⁹, ovvero nel campo della protezione civile e della sicurezza dei territori e delle costruzioni²⁰, dove le diverse autorità operano secondo ripartizione di competenze anche concorrenti, che definiscono doveri e poteri, nell’ambito della comune finalità, più in generale nel campo delle

17. Cass., Sez. IV, 22 maggio 2019, n. 22214, cit., scrive che nel caso dell’alluvione di Genova del 2011 la prova della reciproca consapevolezza degli imputati cooperanti circa la convergenza dei rispettivi contributi all’incedere di una comune procedura in corso «è assolutamente evidente in capo a soggetti che *la norma vuole seduti tutti insieme intorno ad un tavolo*» (corsivo mio).

18. Cass., Sez. IV, 12 giugno 2019, n. 25846, cit., in un caso di lesioni gravissime riportate da un neonato per il ritardo nell’esecuzione di un parto cesareo, in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva affermato la responsabilità dei due medici di guardia i quali, in quanto impegnati anche in altri incumbenti chirurgici e ambulatoriali, avevano omesso di coordinarsi adeguatamente tra loro, così determinando una interruzione nel monitoraggio e nella assistenza della partoriente, risultata causalmente efficiente ai fini della verifica del danno.

19. In tema di infortuni sul lavoro, qualora vi siano più titolari di una posizione di garanzia, ciascuno è per intero destinatario dell’obbligo di tutela impostogli dalla legge fin quando si esaurisce il rapporto che ha legittimato la costituzione della singola posizione di garanzia, per cui l’omessa applicazione di una cautela antinfortunistica è addebitabile ad ognuno dei titolari di tale posizione (Cass., Sez. IV, 16 maggio 2012, n. 18826, rv. 253850; Cass., Sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 6507, rv. 272464).

20. Cass., Sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 2378, rv. 268874, che ravvisa responsabilità a titolo di cooperazione colposa del direttore dei lavori e del direttore tecnico di cantiere i quali, durante i lavori di ampliamento della sede di una facoltà universitaria, avevano omesso di verificare (il primo) la conformità agli elaborati progettuali e (il secondo) la fedele esecuzione del progetto e la conformità alle condizioni contrattuali dell’impiego dei materiali previsti, essendo state ritenute tali condotte fattori concausali del crollo. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto immune da censure la condotta degli imputati per non aver controllato, nelle rispettive qualità, l’effettiva realizzazione degli elementi di rinforzo ed irrigidimento previsti dal progetto per consolidare la struttura, in quanto tali accorgimenti avrebbero impedito o almeno in parte evitato il crollo, non potendo altresì considerarsi la scossa sismica – verificatasi in zona notoriamente soggetta a tale rischio – una causa sopravvenuta idonea da sola a determinare l’evento).

attività pericolose che richiedono il convergere di apporti professionali, anche gerarchicamente ordinati²¹.

4. *Omissione e incriminazione ex novo di condotte atipiche*. La delineazione di questo “*quid pluris*”, come fattore qualificante oggettivo e soggettivo della cooperazione, è collegato alla specifica funzione che l’art. 113 è chiamato a svolgere nel mare calmo dei reati di evento a forma libera. Sotto questo profilo, l’altro passaggio significativo su cui ormai la dottrina sembra acquietata riguarda infatti il riconoscimento di una dilatazione-trasfigurazione della tipicità colposa che la qualificazione concorsuale comporta, rispetto allo schema elementare dell’art. 41, comma 3; vale a dire il riconoscimento, un tempo contestato, di una funzione non solo di disciplina, ma anche di incriminazione *ex novo* della clausola dell’art. 113²².

In particolare, come noto, la cooperazione colposa si differenzerebbe già sul piano oggettivo dal concorso colposo di cause indipendenti nella produzione del reato colposo d’evento, poiché, mentre quest’ultimo richiede che ciascuno dei soggetti responsabili abbia personalmente posto in essere una *condicio sine qua non* dell’evento, l’art. 113 consentirebbe l’incriminazione di condotte non necessariamente tipiche alla stregua delle singole fattispecie criminose, costruendo la responsabilità dei concorrenti anche a prescindere dalla prova del rapporto di causalità tra la condotta di ciascuno di essi e l’evento verificatosi. L’idea è che si possa considerare tipico anche il singolo contributo di mera agevolazione e di modesta significatività, purché coordinato all’interno del fenomeno della cooperazione di più persone. Infatti, a stare alla lettera della norma, l’evento deve scaturire dalla cooperazione di più persone, il che significa che ciascuna persona deve apportare un contributo coordinandosi con le altre e che dal-

21. Cass., Sez. IV, 14 giugno 2013, n. 26239, rv. 255696, in tema di disastro aviatorio colposo, che rigetta il ricorso avverso la sentenza di appello, che aveva riconosciuto la responsabilità anche del secondo pilota, unitamente a quella del primo pilota, in relazione al rovinoso ammaraggio di un velivolo per improvviso spegnimento in volo dei motori propulsori, reputando non rilevante che tale copilota non rivestisse una posizione apicale nella gerarchia dell’equipaggio di bordo ed affermando che egli dovesse parimenti rispondere di non essersi prudentemente attivato, una volta constatato l’atteggiamento colpevolmente omissivo da parte del superiore gerarchico, nel seguire le fasi del rifornimento di carburante, nell’operare una diminuzione di quota, nel posizionare correttamente le eliche durante l’ammarraggio e nell’avvertire per tempo i passeggeri.

22. Per il quadro sul tema, RISCATO, *Cooperazione colposa*, cit., 331 ss.

la *sinergia* dell'opera di tutte deve prendere corpo il fattore che «cagiona» l'evento. È la cooperazione a costituire l'antecedente causale dell'evento, non ciascuna condotta dei concorrenti, isolatamente considerata.

Anche a favore di questa tesi militano argomenti letterali e sistematici non facilmente aggirabili, che in questa sede possiamo dare per conosciuti; ma, al di là di essi, ciò che conta è l'affermazione secondo cui «in tali situazioni, l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio, giustifica la penale rilevanza di condotte che, *sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano e si compenetrano con altre condotte tipiche*. In tutte tali situazioni ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui»²³.

Questo sul piano oggettivo equivale a dire che la condotta concorsuale può consistere anche in una mera agevolazione nella causazione dell'evento. Infatti, si legge ancora in giurisprudenza: «la fattispecie disciplinata dall'art. 113 c.p. vale a porsi quale strumento normativo di estensione della responsabilità penale colposa in relazione al rilievo di condotte che, se astrattamente atipiche (*meramente agevolatrici o anche di modesta significatività*) rispetto alla produzione dell'evento non voluto, assumono piena rilevanza penale, in termini di colpevolezza e d'imputazione causale obiettiva dell'evento, attraverso il nesso d'indole psicologica che lega la condotta dell'agente con quella degli altri soggetti cooperatori nel delitto colposo»²⁴; ciò determina «una saldatura dei distinti profili di colpa riconosciuti a ciascun imputato, in quanto confluiti nel determinismo dell'evento, di talché non è consentito procedere, ai fini penali, ad una postuma verifica frazionata, parcellizzata e diacronica degli stessi, ma si impone una valutazione unitaria del complesso delle condotte asseritamente antidoverose, laddove la comune gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di *apporti che, sebbene atipici, incompleti o di semplice partecipazione, si*

23. Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2013, n. 43083, rv. 257197, che riprende testualmente Cass., Sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 1428, rv. 252940.

24. Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786, rv. 242566 (corsivo mio). Si veda anche Cass., Sez. IV, 20 settembre 2012, n. 36280, rv. 253566 («qualora i compartecipi agiscano simultaneamente secondo uno specifico e convergente modulo organizzativo connesso alla gestione del rischio, ciascuno di essi deve intervenire non solo individualmente in modo appropriato, ma deve anche adoperarsi efficacemente per regolare e moderare la condotta altrui, ponendo così in essere un'azione di reciproca vigilanza»). Sull'irrilevanza dell'incertezza circa l'attribuibilità delle singole condotte ai singoli cooperanti, Cass., Sez. IV, 1° febbraio 2008, n. 5111, rv. 238741.

coniugano tra di loro compenetrandosi laddove gli obblighi di cooperazione e di coordinamento rappresentano “la cifra” della loro posizione di garanzia e delimitano l’ambito della rispettiva responsabilità»²⁵.

Spiega adesivamente la dottrina che con riguardo alla dimensione assunta dalla condotta del concorrente che «la definizione in termini di comportamento “atipico” della condotta di concorso deve essere, più precisamente, concepita nell’ottica di un collegamento di tale condotta con quelle degli altri soggetti partecipanti al reato» e che «alla condotta di concorso, in particolare, manca una dimensione di tipo “causale” in senso stretto, per la ragione fondamentale che il tipo di relazione intersubiettiva che la qualifica si sostanzia, necessariamente, in un rapporto – non direttamente con l’evento, bensì – con altre condotte, tra cui anche quella di colui che abbia eventualmente cagionato il risultato lesivo»²⁶.

Non solo, ma anche sul versante della tipicità soggettiva si propongono aspetti peculiari e derogatori²⁷. Ecco come li descrive la Cassazione: grazie all’elemento qualificante della comune consapevolezza «si genera così un legame e un’integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell’azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Tale pretesa “d’interazione prudente” individua il canone per definire il fondamento e i limiti della colpa di cooperazione. La stessa pretesa giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento e di autoresponsabilità, insita nell’idea di cooperazione colposa»²⁸.

Ricapitolando: l’avvento della cooperazione sulla skyline netta del reato colposo d’evento, disegnata da condotta colposa, più causalità, più evento, comporta una dissoluzione di questi elementi, una loro rarefazione se ci si riferisce all’apporto di taluno dei concorrenti, sia per quanto

25. Cass., Sez. IV, 22 maggio 2019, n. 22214, cit. (corsivo mio).

26. G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni*, cit., 521.

27. Scrive CONSULICH, *Errare commune est*, cit., 354, che «senza la norma codicistica, con la sua clausola generale della cooperazione per colpa, sarebbe impossibile far rilevare penalmente la violazione di cautele relazionali, in quanto tali indirette rispetto all’evento. Attraverso l’art. 113 c.p. è possibile apportare una deroga al divieto di regresso, che se assolutizzato imporrebbe all’imputazione di arrestarsi al comportamento dell’autore materiale del fatto».

28. Cass., Sez. IV, 18 ottobre 2013, cit.; sull’ampliamento del dovere di diligenza fino a ricomprendere la normalmente irrilevante prevedibilità del fatto del terzo nel caso di cooperazione colposa, RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., 138 s.

riguarda la dimensione oggettiva della condotta, sia per quanto riguarda la modulizzazione delle cautele doverose, non tutte necessariamente calibrate sull'evento finale che la cooperazione ha prodotto, ma su microeventi intermedi e strumentali assunti come obiettivo finalistico, la cui concretizzazione non è neppure da verificare con la lente di ingrandimento, spesso rivolti al contenimento o al controllo dell'opera altrui, vale a dire al funzionamento ottimale dell'organizzazione²⁹.

L'«interazione prudente» è ormai sacralizzata come una formula di successo in grado di simboleggiare efficacemente la dissoluzione della tipicità colposa e la riconoscibilità dei suoi connotati, dotata di una forza sfolgorante molto più efficace del tanto temuto agente modello e dei suoi corollari.

5. *Posizione di garanzia e cooperazione colposa.* In un contesto così rarefatto, soprattutto se riferito alle organizzazioni aziendali o alle pubbliche amministrazioni, per lo più basate sulla collaborazione e sulla “interazione” tra soggetti competenti, che fine fa la “purezza” dell'omissione calibrata come non azione impeditiva collocata in un punto esatto nel tempo e nello spazio?

L'impressione è che l'esame che abbiamo sinora condotto possa essere liquidato come un interessante esercizio di stile, pronto però ad essere travolto dalla violenza dei macroeventi distruttivi e dalla tragedia dei morti sul lavoro o sulle strade: dunque illusorio come tutti i prodotti dottrinari che si ispirano ai principi e tramite quelli leggono le regole.

Ciò è puntualmente descritto in un recente saggio, realisticamente registrato sulla attuale “situazione spirituale” del binomio posizione di garanzia/cooperazione colposa.

29. Molto efficace l'affresco proposto da Cass., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., la quale, a proposito della difficoltà di distinguere posizioni di garanzia e regole cautelari modali nelle organizzazioni complesse, connotate da una procedimentalizzazione dei doveri, con una distribuzione tra diversi centri di competenza, scrive: «la sempre più frequente opzione legislativa per le cautele procedurali degrada, se non ad un ruolo marginale, almeno a quello di co-protagonista il modello classico di regola cautelare, caratterizzato dalla indicazione di un determinato comportamento in funzione preventiva di uno specifico evento. La relazione di prossimità tra misura ed evento che s'intende prevenire, tipica della regola cautelare (e che assicura al massimo grado l'implementazione del principio di colpevolezza nel circuito della responsabilità colposa), si smarrisce; la nuova fenomenologia impone il conio di nuove definizioni: cautele procedurali, cautele indirette, cautele mediate, per rammentarne alcune» (corsivo mio) (concetti richiamati in Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, cit., relativa al disastro ferroviario di Viareggio).

Il primo effetto riguarda l'alternativa azione-omissione, la quale all'interno del fenomeno cooperativo perderebbe sostanzialmente di significato. Tale «distinzione – a volerla preservare a tutti i costi – dovrebbe essere, semmai, predicata, non tanto sotto un profilo meramente naturalistico, quanto, più esattamente, in un'ottica funzionale e più decisamente teleologica. L'azione, potremmo dire, non ha niente dietro di sé: consiste in un comportamento che si apprezza come tale sin dall'origine, ossia in mancanza di una precedente “qualificazione” oltre a quella del divieto di porlo in essere. Diversa è invece la situazione nel caso della preesistenza di un dovere, e, più propriamente, di una posizione di garanzia in capo al soggetto interessato; tale circostanza implica, in particolare, che il difettoso assolvimento dei compiti inerenti ad un siffatto ruolo di garanzia tende a partecipare di una logica analoga a quella omissiva»³⁰.

Nell'ambiente della cooperazione, dunque, poiché la condotta dei garanti è scandita da doveri comportamentali, in varia guisa prescritti, qualunque violazione di tali doveri costituisce un “omesso adempimento”, quindi, dal punto di vista normativo, una condotta sostanzialmente omissiva, quale che sia la sua dimensione fisico-naturalistica. Se il dovere e il suo adempimento costituisce il punto di partenza, è evidente che l'output che assume all'esterno il comportamento dell'obbligato deve essere valutato solo alla stregua dell'attesa, cioè della pretesa di comportamento³¹. La dinamica che abbiamo illustrato nel primo capitolo è completamente capovolta.

Ma non solo, anche il tema causale diviene irrilevante. Infatti, «una volta preservato il rapporto tra l'ambito dei doveri propri del “garante” ed il tipo di inadempienza a questo o quell'altro compito rientrante nella sua sfera di attribuzioni, sarà necessario riscontrare, ai fini di un'eventuale responsabilità penale, un rapporto di interconnessione teleologica tra la condotta inadempiente e le scelte compiute da altro soggetto a sua volta titolare di una posizione di garanzia», ciò onde valutare se esiste «un “nesso” tra il dovere disatteso e quello, posto a carico di [questo], destinato

30. G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni*, cit., 521 s.

31. Aggiunge G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni*, cit., 522, «in buona sostanza, che le “azioni” non in linea con quanto richiesto dalle “qualifiche” funzionali in cui dette posizioni [di garanzia] s'inscrivono finiscono anch'esse col denotare la mancata osservanza, per l'appunto, dei poteri-doveri inerenti al ruolo proprio del relativo “garante”, in un rapporto sistematicamente del tutto affine e complementare rispetto ai momenti “omissivi” degli adempimenti richiesti».

ad atteggiarsi quale complemento o sviluppo delle funzioni attribuite al soggetto inadempiente»³².

In definitiva, il bilancio è che in ambito di cooperazione colposa, soprattutto con riguardo alle organizzazioni complesse, si registrerebbe un profondo mutamento di paradigma, «nel senso che la stessa dimensione causale diverrebbe precaria ed incerta, essendo difficile predicarla riguardo a condotte ormai destinate a “decomporsi” nel coacervo inestricabile del fenomeno “collettivo”». Occorre riconoscere che «risulti difficile definire una specifica condotta materiale – attiva od omissiva – apprezzabile in termini totalmente coincidenti con quelli caratterizzanti il reato monosoggettivo», essendo ciò dovuto alla «trama dei contributi “strumentali” [...] converge[n]ti in direzione dell’evento in forza degli stessi rapporti che tra essi intercedono, in modo tale da poter valutare il fatto commesso come accadimento venuto ad esistenza proprio in ragione del loro reciproco innestarsi nel “mosaico partecipativo” cooperante all’offesa»³³.

Lo scenario è indubbiamente realistico e in linea con il diritto giurisprudenziale. A titolo di esempio, si consideri il tema dell’omesso dissenso nel quadro dell’equipe medica, su cui si è formata giurisprudenza secondo la quale, premesso che la posizione dell’assistente ospedaliero non è affatto quella di un mero esecutore di ordini, «nel caso in cui l’assistente (o l’aiuto) non condivide le scelte terapeutiche del primario, che non ha esercitato il potere di avocazione [...], [egli] è tenuto a segnalare quanto rientra nelle sue conoscenze, esprimendo il proprio dissenso; diversamente potrà essere ritenuto responsabile dell’esito negativo del trattamento terapeutico, non avendo compiuto quanto in suo potere per impedire l’evento»³⁴. Nella logica della cooperazione non conta neppure la gerar-

32. G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni*, cit., 523 s.

33. G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni*, cit., 525. Anche SUMMERER, *Il nesso tra colpa ed evento*, cit., 145 osserva che «quando il comportamento alternativo lecito si innesta su costellazioni complesse [...], implicando la sollecitazione, la segnalazione o il coinvolgimento di altri soggetti, l’accertamento [del nesso causale] è segnato da un elevato grado di incertezza», poiché «rispetto alle condotte umane ipotetiche entrano in gioco diversi elementi: la (libera) scelta e decisione di un terzo, la fedeltà dell’individuo alle norme (o la propensione a violarle), l’esistenza di norme di comportamento vincolanti per i destinatari. Si tratta, in ogni caso, di fattori non determinabili *ex ante* e rispetto ai quali non esistono generalizzazioni causali ritenute valide».

34. Cass., Sez. IV, 18 gennaio 2000, n. 556, rv. 215443.

chia, il potere effettivo³⁵, l'autoresponsabilità del capo³⁶: la violazione del dovere funzionale ha lo scopo («direzione teleologica») di influenzare le sue scelte e poiché tali scelte hanno causato l'evento, l'omittente risponde dell'evento causato dalla cooperazione senza che si possa sapere che fine avrebbe fatto il suo dissenso.

Del resto, nella stessa sentenza sul caso Thyssen emerge l'effetto "moltiplicatore" dei singoli fatti, che sul piano della tipicità colposa l'ambiente "cooperativo", grazie all'«intreccio» che genera, finisce per determinare. Il passaggio della sentenza-trattato è noto, ma lo riproduciamo: posto che «il vertice decisionale non può agire senza la collaborazione di dirigenti ed esperti che offrono il loro contributo» e che nella specie a un tecnico di altra qualificazione, a un direttore di stabilimento e a un dirigente nelle vesti di RSPP erano riferibili un fascio di condotte attive ed omissive di assecondamento della linea dell'amministratore delegato, «condotte costituenti frammenti del complesso processo decisionale, sicuramente colpose, sicuramente in grado di influenzare negativamente l'andamento delle cose e quindi significative se riguardate isolatamente», tali condotte dovevano ritenersi «*ancor più pregnanti in senso antigiuridico se incastonate nel complessivo quadro cooperativo*»³⁷.

La virtualità cooperativa, in questo caso, non sembrerebbe incriminare *ex novo* condotte atipiche, ma *illuminare ancora meglio* la tipicità colposa (originaria) delle condotte dei singoli; la precisazione è bizzarra, ma leggendo la sentenza viene da chiedersi che cosa ne sarebbe stato di quelle condotte, pur «significative se riguardate isolatamente», se non fossero state ricondotte sotto l'ombrello dell'intreccio cooperativo, che le confonde, le mescola, le sottrae alla lente di ingrandimento del pro-

35. Sull'affievolimento del criterio della previsione legale di "poteri impeditivi" in ordine all'individuazione dei garanti all'interno delle dinamiche organizzative complesse, IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio*, cit., 318. Analogamente, CONSULICH, *Errare commune est*, cit., 370, che parla di una «portata infestante della declinazione puramente omissiva del concorso colposo», ove l'affermazione di responsabilità tende a prescindere da una razionale dimostrazione delle possibilità di impedimento da parte di chi abbia un ruolo organizzativo e dell'analisi del tipo di potere di cui egli disponeva.

36. Sul principio di autoresponsabilità nella prospettiva dell'interruzione del rapporto di causalità, MEZZETTI, *Autore del reato e "divieto di regresso"*, cit., 110 ss.

37. Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, §§ 29 s.

cesso³⁸. La risposta circa la loro natura tipica originaria potrebbe non essere così certa.

6. *Omesso impedimento dell'evento e intreccio cooperativo*. Poste queste premesse da “diritto vivente” di cui occorre prendere atto, l'ulteriore riflessione da fare, nel campo dei reati omissivi impropri, riguarda la conciliabilità dell'art. 40, comma 2, con la deroga ai criteri di imputazione monosoggettiva che la giurisprudenza ricava dall'art. 113. Lo scenario dell'intreccio cooperativo descritto ora, almeno nella parte in cui si risolve in una incriminazione *ex novo* di condotte altrimenti atipiche, può essere considerato compatibile con le condizioni alle quali l'art. 40, comma 2, subordina la punibilità di una condotta omissiva atipica, vale a dire: a) che sia stata posta in essere da un garante; b) che il garante per suo tramite non ha impedito l'evento che doveva impedire?

Si è visto che la ricostruzione dell'art. 113 come incriminante l'intreccio cooperativo di condotte colpose anche non necessariamente causali muove dall'idea che nell'organizzazione in cui si incanalano le condotte dei cooperanti rileva innanzitutto la eventuale violazione dei doveri di comportamento gravanti sui soggetti in virtù della loro posizione e dei compiti che sono stati loro assegnati. In questa prospettiva, come abbiamo visto, conta anche assai poco che si tratti di doveri di azione o doveri di astensione da una certa condotta; il venir meno ai propri compiti funzionali in connessione teleologica con i compiti ad altri assegnati nel comune obiettivo di ridurre i rischi di un'attività pericolosa e mantener-

38. Secondo G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni*, cit., 532, il responsabile della prevenzione – od anche il preposto – sono privi del potere di decidere ed attuare le pertinenti misure di tutela (salvo eventuali deleghe rispettose delle previsioni di legge), essendo questo un compito posto a carico del datore di lavoro. Ma ciò non significa, pur tuttavia, che costoro, in quanto investiti del dovere di segnalare le situazioni di rischio, non vengano pur sempre ad assumere il ruolo di “garanti” in grado di influire, sotto questo profilo, sulle determinazioni dei soggetti titolari della funzione di attuare le predette misure di sicurezza: «onde, laddove non abbiano provveduto in tal senso, *non parrebbe ragionevole escludere una loro responsabilità per l'esito offensivo verificatosi*» (corsivo mio). Secondo l'A., dunque, è del tutto irrilevante, ai fini di tale responsabilità, stabilire cosa sarebbe successo se il potere-dovere fosse stato esercitato in relazione al decorso causale che ha portato alla verifica dell'evento.

lo all'interno del consentito³⁹, fa scadere a circostanza secondaria il dato fattuale che ad essi si sarebbe dovuto adempiere attraverso un'azione o un'omissione.

È indubbiamente un «paradigma» diverso e peculiare che, tuttavia, urta vistosamente con quello che abbiamo ricostruito nella dimensione monosoggettiva del reato omissivo improprio. Verosimilmente, intendere sin da subito l'omissione come un'entità calata dentro il dover essere, e non pensabile al di fuori di tale dimensione, avrebbe reso meno traumatico l'impatto prodotto dall'irrompere della figura concorsuale, e ciò spiega anche perché la questione di cui ci stiamo occupando non sia ancora stata adeguatamente tematizzata in dottrina. Ma, avendo nel corso di questo lavoro privilegiato un approccio di tipo fattuale-naturalistico all'identificazione della condotta tipica nel reato omissivo improprio, riusciamo a cogliere l'antinomia in modo ben più netto.

Vediamo. La violazione di un dovere non è un fatto, o, meglio, non designa di per sé un fatto. È piuttosto un giudizio, una qualificazione normativa attorno ad un determinato fatto. Concepire il reato come la violazione di un dovere è sempre stato osteggiato dalla penalistica post-costituzionale, che legge nella formulazione del principio di materialità-offensività la necessità che la responsabilità penale si fondi – cioè, parta – dalla realizzazione di un «fatto commesso». Tale fatto potrà corrispondere a quello descritto dalla fattispecie criminosa e potrà in taluni casi anche risolversi nella causazione di un evento. In ogni caso la scelta di incriminazione deve consentire ai consociati di comprendere quali fatti evitare e quali fatti compiere.

Partire – secondo la nostra prospettiva – dal fatto piuttosto che dalla violazione di un dovere funzionale significa necessariamente individuare se la

39. Con l'unico limite della obiettiva non ineranza della violazione al rischio che ha condotto all'evento: cfr. G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni*, cit., 529, che fa l'esempio dell'imputato nel processo per il disastro ferroviario di Viareggio (su cui Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, cit.), a cui era stato addebitato il difetto di "tracciabilità" dei materiali rotabili utilizzati (anche) per il vagone interessato, che non ha nulla a che vedere con i doveri di controllo sulle condizioni effettive dell'assile del vagone la cui rottura ha causato il deragliamento del treno e dunque non appariva tale da denotare un "nesso" rilevante tra il dovere violato e la dinamica causale all'origine dell'evento.

condotta ascritta è attiva o omissiva, se dunque occorre adottare il protocollo qualificato dell'art. 40, comma 2, oppure se è possibile farne a meno.

Invero, non è da escludere che l'impiego delle clausole concorsuali comporti deroghe al principio di cui all'art. 40, comma 1; ma rispetto al comma successivo il rapporto fra le norme deve essere diversamente ricostruito⁴⁰. Lo abbiamo già visto sopra, a proposito della necessità che tutti i cooperanti debbano anche essere garanti del bene coinvolto dalla causazione dell'evento ad opera della loro cooperazione.

Il discorso non è diverso per quanto riguarda il legame causale tra la condotta di ciascuno di essi e l'evento, poiché l'art. 40, comma 2, detta le condizioni che fondano la tipicità dell'omissione⁴¹, qualora tale condotta non sia descritta come tipica direttamente dalla norma penale incriminatrice. Tra esse interessa ora che il garante deve aver omesso non un'azione qualunque che aveva altrimenti l'obbligo di compiere, ma l'azione impeditiva dell'evento; un'azione la cui mancanza è *condicio sine qua* non dell'evento, perché il suo compimento lo avrebbe scongiurato, almeno nella fattezza concreta con cui si è manifestato.

Sembra perciò che, quando la giurisprudenza riconosce che la fattispecie disciplinata dall'art. 113 c.p. possa incriminare anche condotte «astrattamente atipiche (*meramente agevolatrici o anche di modesta significatività*) rispetto alla produzione dell'evento non voluto», l'affermazione non sia destinata a comprendere in ogni caso le condotte omissive. Non è sufficiente, infatti, che il garante, violando i propri doveri, in coordinazione con altri garanti, abbia omesso di compiere un'azione finalizzata alla riduzione del rischio dell'evento, ad esempio di fornire una consulenza, un consiglio, un suggerimento al decisore, ovvero di effettuare un controllo sull'attività, ovvero di svolgere pienamente un importante compito informativo; non è sufficiente, nella materia specifica dell'impedimento dei reati, dimostrare che una determinata iniziativa ne avrebbe ostacolato in qualche modo l'esecuzione, rendendola meno agevole, meno efficace o meno sicura. Affinché tali omissioni siano penalmente rilevanti conta innanzitutto la loro pronosticabile capacità impeditiva dell'evento, il che vuol dire anche che attraverso

40. Sull'antinomia tra il primo e il secondo comma dell'art. 40 c.p., v. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934, 168 ss.

41. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 207.

quelle azioni omesse il garante aveva il potere giuridico e di fatto di ottenere quel risultato⁴².

7. *Atipicità del contributo omissivo meramente agevolatore?* È davvero una soluzione plausibile quella che stiamo ipotizzando, vieppiù in contesti complicati dove non sempre è facile attribuire con esattezza i comportamenti alle persone e soprattutto capire se si tratta di azioni sbagliate o di omissioni? Stiamo ipotizzando che, una volta aperta la porta al contributo concorsuale di mera agevolazione per il quadrante della condotta commissiva, debba invece pretendersi che quel contributo rimanga rigorosamente causale condizionalistico in caso di condotta commissiva. Non ci nascondiamo che dal punto di vista sistematico, nonché su un piano di fruizione concreta del diritto, questa potrebbe sembrare una conclusione cervellotica e opinabile, tanto più se si considera che quando si parla di mancate azioni di tipo informativo, sollecitatorio, pareristico, di controllo, nella pratica non è semplice sviluppare un pronostico circa la sicura efficacia impeditiva di siffatti comportamenti senza confonderlo con un controfattuale che li accredita di una mera funzione ostacolatrice o di disturbo.

Se ne discute, ad esempio, a proposito dell'art. 57 c.p., che tipizza la condotta colposa di omesso controllo da parte direttore del periodico necessario ad impedire la commissione di reati a mezzo stampa, quindi un'attività strumentale volta ad esercitare poteri interdittivi di competenza dello stesso organo apicale. Rispetto a tale figura è molto arduo differenziare l'operatività di una causalità condizionalistica da quella di una causalità meramente agevolatrice e stabilire in concreto se l'azione omessa avrebbe impedito la commissione del reato o solo reso più difficile per il giornalista commetterlo. Si ipotizzi il caso che il giornalista stesse predisponen-

42. Nello stesso senso interpreto l'opinione di RISICATO, *L'attività medica di équipe*, cit., 75, la quale, sia pur dubitando della capacità di far breccia sul diritto vivente, sostiene che, nel campo della responsabilità sanitaria di équipe dovrebbe essere esclusa la rilevanza di forme di mera agevolazione (colposa) negativa dell'evento-reato le quali esulano assiologicamente dall'ambito di operatività dell'art. 40, comma 2. In precedenza l'A., anche ad esito del controllo sulla dottrina tedesca, si era espressa apertamente per questa soluzione più in generale (RISICATO, *Combinazione e interferenza*, cit., 413 ss.). Analogamente, LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 380 ss., per la quale non è configurabile un contributo omissivo "agevolatore" al di fuori del combinato disposto degli artt. 40, comma 2, e 110; e, prima ancora, FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., 181.

do un documento per costruire artatamente le sue fonti di informazione onde ingannare il direttore: è impossibile stabilire se il direttore fosse stato in grado di scoprire la frode, o comunque come si sarebbe comportato in conseguenza, e soprattutto come si sarebbe dovuto comportare alla stregua del modello di agente; quindi, in definitiva, distinguere i casi di omesso controllo colposo causali da quelli soltanto agevolatori⁴³.

A maggior ragione, più in generale, lo stesso dubbio può riguardare tutta l'ampia gamma di casi in cui l'attività strumentale omessa sia prevista dalle norme cautelari in funzione del comportamento altrui, anche eventualmente per l'impedimento di reati.

Ebbene, una risposta al quesito che abbiamo posto, può discendere proprio dal modello di speciale incriminazione dell'art. 57. Infatti, a prescindere dalla riconducibilità di quel modello al novero delle agevolazioni colpose di un reato altrui (ad es. artt. 254, 259 e 350⁴⁴ c.p.), l'insieme denota che quando il legislatore intende incriminare condotte che consistono in violazione di doveri funzionali di soggetti garanti in connessione con la verifica dell'evento che quelle regole miravano ad impedire, a prescindere dalla prova della loro incidenza causale («rendere possibile») dichiaratamente surrogata dal riscontro di una dinamica meno impegnativa («o comunque agevolare»), *costruisce norme speciali* che ampliano l'area del penalmente rilevante⁴⁵.

43. Del resto, la giurisprudenza non mostra alcuna sensibilità al tema della individuazione della condotta omissiva del direttore, accontentandosi di fondare la responsabilità attorno ad una qualunque negligenza nella conduzione del giornale. Ad es. si ritiene che la condotta omessa possa anche identificarsi nella mancata designazione di un sostituto durante il periodo di ferie, a prescindere da qualunque dimostrazione finanche della idoneità dell'azione dovuta a scongiurare il reato, fermo rimanendo che non opererebbe in questo caso la delega di funzioni, con l'effetto che la colpa prende il posto dell'omissione del controllo e questa si suppone per definizione causale-impeditiva (Cass., Sez. V, 20 novembre 1997, n. 10496, rv. 209026; Cass., Sez. V, 5 luglio 1991, n. 7222, in *Cass. pen.*, 1992, 1235, con nota critica di MAGRO, *La responsabilità del direttore di stampa periodica e il problema della determinazione della condotta tipica nei reati omissivi*).

44. Il reato originariamente presente nel codice è stato trasformato in illecito amministrativo dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, ma la fattispecie è rimasta inalterata.

45. Peraltro, anche in relazione alle stesse fattispecie speciali di agevolazione colposa si è posto in dubbio che la condotta tipica possa essere integrata da un'omissione, stante l'ostacolo dell'art. 40, comma 2 (per la negativa, ARGIRÒ, *Agevolazione colposa*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 28; per l'affermativa, ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 77 s.).

Se ne può desumere che la difficoltà di provare l'incidenza causale delle omissioni funzionali non comporta né giustifica la necessità dell'abbattimento del limite di tipicità sancito in generale dall'art. 40, comma 2⁴⁶, ben potendo la norma funzionare da filtro tra ciò che costituisce reato e ciò che semmai potrebbe rilevare in via disciplinare-amministrativa⁴⁷, secondo la normale distribuzione dell'onere probatorio nelle vicende processuali.

Rimane la verifica della sostenibilità sistematica di una soluzione che differenzi a tal punto la commissione dall'omissione⁴⁸, dal consentire solo per la prima e non anche per la seconda che attraverso l'intreccio cooperativo dell'art. 113 diventino tipiche condotte non causali rispetto all'evento, ma «*meramente agevolatrici o anche di modesta significatività*».

In altra sede ho accennato al tema della differenza di disvalore assoluto tra azione ed omissione da svolgere tenendo conto peraltro che il legislatore, soprattutto in linea con la crescita esponenziale della diffusione di posizioni di garanzia negli ordinamenti progrediti e della conseguente deflagrazione dei casi in cui i tribunali si occupano di reati omissivi, ha favorito la sempre maggiore penetrazione dei principi solidaristici ed il progressivo superamento dell'idea che la punizione della condotta omissiva costituisca un'eccezione alle regole generali⁴⁹. Il tendenziale pari trattamento che la disciplina del codice riserva all'endiadi azione-omissione testimonia come, in tempi non sospetti perché ancora non completamente calati nella logica "postmoderna" della società del rischio, il *non facere* fosse stato elevato a livello del *facere*, quanto meno nella considerazione della pari valenza dimostrativa del rapportarsi dell'uomo nei confronti del mondo esterno.

L'operazione equiparativa, però, non può piallare completamente gli elementi identificativi delle due forme di condotta e, in particolare, il dato

46. Anche MASULLO, *La connivenza*, cit., 63, evidenzia, sia pure incidentalmente in ordine alla difficoltà di reperire nella materia una certezza scientifica processualmente utilizzabile, che le ritenute difficoltà di prova «non possono però mai risolversi in una volatilizzazione dello stesso tema da provare».

47. In questi termini, RISICATO, *L'attività medica di équipe*, cit., 75.

48. Questa implicazione sistematica è presente in LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., 381 s., la quale conclude che «il problema dell'ammissibilità della agevolazione si atteggia in modo diverso con riferimento alle condotte attive ed omissive».

49. Rinvierei sul punto a BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1319 ss.

sul quale già più volte abbiamo insistito, concernente l'inevitabile causalità "debole" dell'omissione. È un connotato insopprimibile, vorrei dire "ontologico", che, marginalizzato allorché si descriva solo il disvalore della condotta, viene prepotentemente alla ribalta nel diverso scenario che aprono le incriminazioni fondate sul disvalore di evento.

Così, la scelta di limitare l'equiparazione in questa prospettiva solo allorché il soggetto si sia già previamente impegnato ad agire per proteggere beni o disinnescare fonti di pericolo e solo qualora la mancata azione doverosa in concreto non abbia impedito l'evento che si sarebbe potuto impedire, dal punto di vista ideologico potrebbe costituire un "cameo" liberale all'interno di un codice concepito con tutt'altra ideologia, ma dal punto di vista della spiegazione razionale è certamente tributaria della natura solo immaginaria della causalità omissiva⁵⁰.

Questo vuol dire che nessuna omissione atipica – salva espressa previsione contraria – può essere ascritta ad un soggetto senza rispettare la duplice condizione che pone l'art. 40, comma 2, sicché se si vuole riscontrare nell'art. 113 quella vocazione estensiva evocata dalla giurisprudenza e così ben descritta dalla adesiva dottrina, bisognerà registrare uno scostamento di disciplina tra azione ed omissione, con il conseguente impegno di interpreti e giudici nell'applicare criteri identificativi dell'una e dell'altra e delusione delle aspettative di poter anche rinunciare al cimento nei casi dubbi.

Neppure è condivisibile una diversa proposta di soluzione del problema che la dottrina ha avanzato in relazione all'omesso impedimento del reato altrui, con il dichiarato scopo di trovare una sorta di "compromesso" tra le opposte opinioni di chi nega e chi invece consente l'apertura all'omissione meramente agevolatrice nel campo del concorso di persone. Secondo tale proposta «si può condividere l'idea di mantenere una tipicità unitaria dell'omissione, che abbia tra i suoi requisiti strutturali l'efficacia impeditiva dell'evento, pur debitamente estesa a quella risultante da un modello *proceduralizzato* di intervento, in base al quale rileverà, in certi campi, anche un'efficacia impeditiva di tipo *congiunto e progressivo*, attivata cioè *per gradi* da più soggetti tenuti a garantire la singola *fase*». Ciò posto, da un lato, «le violazioni di meri obblighi di sorveglianza, gravanti su soggetti privi *ab origine* di qualunque potere giuridico impeditivo, saranno escluse dall'area della responsabilità concorsuale di tipo omissivo, per mancanza della "tipicità omissiva", in

50. V. *retro*, cap. 1, § 3.

quanto l'azione, omessa, di doverosa "sorveglianza" non avrebbe potuto dar luogo, neppure combinandosi con gli altri frammenti procedurali non attivati, all'impedimento del reato», mentre, d'altro lato, «sarà possibile punire a titolo di concorso omissivo il garante [...] che non si sia attivato per la tutela del bene a lui affidato, anche se in quel contesto realizzativo *hic et nunc* (che, come è ovvio, non dipende più *dalla forza* dei suoi poteri impeditivi) il suo mancato intervento si sia concretamente tradotto in una mera agevolazione del reato altrui, rendendolo più facile, più veloce o più sicuro»⁵¹.

Tale proposta, invero, non solo non raggiunge l'obiettivo di individuare una linea mediana tra le opposte soluzioni, ma si risolve in un sostanziale aggiramento del requisito-limite della causalità impeditiva dell'evento, ricavabile dall'art. 40, comma 2. Infatti, l'esclusione di tipicità della condotta del garante privo *ab origine* di poteri impeditivi corrisponde semplicemente alla presa d'atto della mancanza dalla stessa posizione di garanzia in capo a chi ha unicamente doveri-poteri di sorveglianza ed è quindi correlata al primo del due requisiti costitutivi ricavabili dalla clausola di equivalenza. Di contro, il ritenere che avrebbe impedito l'evento l'azione costituente frammento di un complesso procedurale destinato ad impedire l'evento apre un'alternativa secca: o si ritiene che sia sufficiente tale mera destinazione *ex ante* e in astratto o si pretende la riprova *ex post* che tale procedura avrebbe impedito in concreto l'evento. Nella prima variante il (secondo) requisito a cui l'art. 40, comma 2, subordina la tipicità omissiva è sostanzialmente bypassato, con un risultato coincidente con la tesi di chi apertamente crede che tale requisito debba disciogliersi al cospetto dei criteri che regolano il "disvalore di complicità", senza distinguere tra contributo attivo e contributo omissivo del partecipe⁵².

Se, invece, come è imposto dal principio di legalità, si vuole riconoscere che l'art. 40, comma 2, detta *due distinti requisiti* di tipicità della condotta omissiva, vale a dire che essa sia posta in essere da un garante e che la sua conseguenza si possa misurare nei termini del mancato (possibile e doveroso) impedimento dell'evento, non si intravede altra strada: prendere atto che la clausola di equivalenza, lungi dall'essere eclissata dall'intreccio cooperativo colposo, eventualmente calibrato su complessi programmi di

51. Così, MASULLO, *La connivenza*, cit., 66 s., secondo cui «siffatta lettura pare riuscire a conciliare "legalità" e "meritevolezza di pena", salvaguardando la tipicità dell'omissione, ma rendendola (già) punibile al raggiungimento del disvalore di complicità».

52. A parte la costante giurisprudenza, in dottrina, per questa affermazione, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 568.

prevenzione, irrompe su una scena così rarefatta e assai poco nitida, in cui tutti sembrano aver fatto tutto, e pretende di gettare luce a sufficienza per colpire tra i garanti solo coloro l'inerzia (o condotta contraria ai doveri) dei quali *ha in concreto concausato l'evento*.

Tradotto in pratica, non basta mancare un controllo, un consiglio, una sollecitazione, una informazione, una denuncia: si tratta di azioni volte ad attivare risorse impeditive altrui, stimolando un intervento mediato, richieste in funzione della gestione pur indiretta del rischio. Ma nel rispetto dell'art. 40, comma 2, tali omissioni non possono essere tipiche sol perché pregiudicano la funzione, se non si prova anche che con quell'azione doverosa l'evento non si sarebbe verificato, ad esempio perché il decisore avrebbe intrapreso un'altra strada, l'organizzazione avrebbe reagito diversamente alle avversità e il decorso degli avvenimenti sarebbe stato diverso, secondo un criterio di elevata credibilità razionale⁵³. In un intreccio cooperativo in cui nessuno si può fidare di nessuno e, anzi, tutti devono diffidare di tutti, occorre che risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che tuttavia la condotta omissiva che si ascrive al garante sia stata condizione necessaria dell'evento lesivo al di là di ogni ragionevole dubbio⁵⁴.

53. La "formula di successo" estratta – come detto – dalla sentenza Franzese è dichiarata applicabile quasi sempre in tema di responsabilità medica (ad es.: Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32860, rv. 282081; Cass., Sez. IV, 4 maggio 2021, n. 16843, rv. 281074; Cass., Sez. IV, 3 agosto 2021, n. 30229, rv. 282378; Cass., Sez. IV, 31 maggio 2019, n. 24372, cit.), ma comincia a farsi strada anche nel settore più rigido della responsabilità per infortuni sul lavoro (ad es. Cass., Sez. IV, 11 luglio 2017, n. 33749, rv. 271052). Essa è stata applicata dalla Cassazione anche in relazione al disastro della stazione di Viareggio, la quale ha stabilito che, essendosi verificato il deragliamento del treno a causa della rottura di un assile dovuta alla presenza di crateri di corrosione non rilevati in occasione delle manutenzioni eseguite, il mancato controllo sulla adeguatezza della gestione delle manutenzioni, operato attraverso acquisizione documentale, ha assunto rilievo causale, poiché data l'assenza della documentazione il carro sarebbe stato escluso dalla circolazione (Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, cit.).

54. Operazione solo sporadicamente sollecitata dalla Cassazione ai giudici di merito: si veda, come raro esempio, Cass., Sez. IV, 3 marzo 2010, n. 8622, rv. 246498, in cui si legge che il rapporto di causalità tra la condotta dei responsabili della normativa antinfortunistica e l'evento lesivo non può essere desunto soltanto dall'omessa previsione del rischio nel documento, di cui all'art. 4, comma 2, del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 (documento di valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute durante il lavoro), dovendo tale rapporto essere accertato in concreto, riportando gli effetti dell'omissione all'evento che si è concretizzato.

8. *Omissione e principio di affidamento.* L'ambiente cooperativo, come si è visto, non sembra tollerare il principio di affidamento, inteso come limite generale alla responsabilità colposa. La colpa di cooperazione è per lo più concepita come un sottoprodotto della colpa per l'evento, con una diversificazione di orizzonte nei confronti del singolo agente. Così la Cassazione in un celebrato intervento: «in tali situazioni ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui. Si genera così un legame ed un'integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell'azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di comportarsi, preoccupandosene, pure della condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Tale *pretesa d'interazione prudente* individua [...] il canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione»⁵⁵.

Come altrimenti si è detto, siffatta concezione «coglie il profilo relazionale della colpa, ovvero il fatto che chi esercita un'attività lecita rischiosa non è immerso in una *lunare dimensione di isolamento* ma piuttosto è nodo di una rete che lo connette ad altri soggetti: ad esempio, coloro che svolgono la stessa o diversa attività lecita rischiosa, le persone in vario modo coinvolte in tali attività»⁵⁶.

Anche in dottrina circola l'idea che il legame psichico tra le condotte dei concorrenti crei una fattispecie assai diversa dal fatto colposo monosoggettivo, contraddistinta da un'interazione consapevole di comportamenti che diventano *collettivamente* colposi in virtù dell'innalzamento della soglia del pericolo innescato da azioni sinergiche. Si aggiunge che ciò determinerebbe eccezioni al principio di affidamento, rendendo indistinguibile fatto proprio e fatto del terzo e che, data la consapevole interazione tra le condotte dei concorrenti, è possibile valicare i confini della tipicità colposa monosoggettiva, innalzando la soglia della "diligenza collettiva"⁵⁷.

55. Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786, cit. Poco dopo, in un caso simile, la Corte ha precisato che, qualora i compartecipi agiscano simultaneamente secondo uno specifico e convergente modulo organizzativo connesso alla gestione del rischio, ciascuno di essi deve intervenire non solo individualmente in modo appropriato, ma deve anche adoperarsi efficacemente per regolare e moderare la condotta altrui, ponendo così in essere un'azione di reciproca vigilanza (Cass., Sez. IV, 20 settembre 2012, n. 36280, cit.). Anche per Cass., Sez. un., 18 settembre 2014, cit., la *pretesa d'interazione prudente* giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento, che sarebbe "insita" nella cooperazione colposa.

56. Cass., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit. (corsivo mio).

57. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1998, 165 ss.

L'affermazione si presta ad una critica ambivalente. Da un lato, se dovesse essere presa alla lettera potrebbe costituire la porta d'ingresso alla configurazione di responsabilità da mera posizione, con dubbi sul rispetto del principio di colpevolezza. Se dovesse valere come un assioma la non invocabilità dell'affidamento nella condotta diligente di terzi cooperanti, una volta richiesta, ai fini della configurabilità del modello, una effettiva rappresentazione del dato cooperativo, avremmo sul piano soggettivo una situazione che ricorda il dolo misto a responsabilità oggettiva, dove un dato psichico effettivo di base "copre" ed esaurisce l'intera vicenda imputativa.

D'altro lato, però, si tratta di una conclusione sopravvalutata in quanto, a ben vedere, la "pretesa d'interazione prudente" che la Corte individua come specifico carattere della colpa di cooperazione, si traduce in niente altro che nella consueta "calibrazione" della pretesa di diligenza nella situazione concreta. Sostenere che nella colpa di cooperazione non opera il principio di affidamento, ravvisando in ciò una differenza "strutturale" tra tale colpa e quella ordinaria, significa non considerare che in ambito cooperativo tale principio opera, invero, nei limiti consueti connessi con la prevedibilità del comportamento colposo altrui. Il cooperante fa proprio il fatto del terzo, ma sempre nei limiti in cui si possa pretendere da lui il controllo di tale fatto.

Il principio di affidamento, come noto, non esprime un limite strutturale alla colpa, come se fosse l'errore sul fatto rispetto al dolo; è piuttosto una descrizione elastica e tendenziale dell'operatività della diligenza in situazioni relazionali. Le stesse eccezioni "codificate" alla possibilità di fare affidamento, indicano che il giudice di volta in volta dovrà ricostruire la pretesa di diligenza bilanciando, come sempre, gli elementi fattuali e di valore della situazione concreta⁵⁸. Nel caso dell'interazione il comportamento del soggetto relazionato costituisce il parametro, più che il limite alla diligenza, senza però che muti il paradigma di avvistamento della regola cautelare: in questo senso si può dire che *la c.d. colpa di cooperazione non è altro che la colpa*.

Ad esempio, come correttamente fatto notare dalla Cassazione, all'interno di un organo collegiale composto di professionisti con diversificate

58. Ad esempio, CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 501, pone in evidenza come la riconoscibilità di altrui comportamento non conforme al dovere giuridico (uno dei casi di c.d. eccezione alla invocabilità del principio), non vale mai a superare il limite della competenza, espressione del principio fondamentale di responsabilità per fatto proprio.

competenze, è esatto affermare in linea di principio che su ciascun esperto incombe l'obbligo di «intervenire a “correggere” affermazioni altrui», sicché non potrebbe essere invocato il principio di affidamento, «ma ciò può valere esclusivamente per affermazioni *la cui erroneità fosse riconoscibile* indipendentemente da un particolare patrimonio specialistico, diverso da quello posseduto»⁵⁹: in caso contrario lo sbarramento non funziona⁶⁰.

Tanto premesso, è altresì evidente che nel contesto relazionale la colpa omissiva può assumere sembianze non coincidenti con la colpa commissiva: la prima, perché costruita su un soggetto debitore di garanzia, dal quale l'ordinamento attende un comportamento salvifico, la seconda perché l'attivazione del decorso causale in sinergia con altri soggetti, moltiplica le attenzioni doverose, così come il rischio che il dominio degli accadimenti sfugga di mano⁶¹.

Ma mentre la condotta commissiva richiede, appunto, una specifica calibrazione del principio di affidamento, la condotta omissiva è individuabile in funzione della relazione se non addirittura del controllo del comportamento del terzo ovvero in connessione strutturale con esso, espressione di sinergia o antagonismo. Tale peculiarità annichilisce la pregnanza del riferimento al principio di affidamento, non perché impone la deroga alle regole generali dell'imputazione colposa, ma semplicemente perché rispetto a quelle regole, quel riferimento appare *del tutto privo di utilità*.

È anche interessante notare infine che l'asserto circa la inoperatività del principio di affidamento in ambito cooperativo subisce in giurisprudenza un rovesciamento dinnanzi al compito di accertare la capacità salvifica dell'azione omissiva. In questo caso, infatti, si è più volte sostenuto che «nella prospettiva dell'interazione tra più soggetti, sui quali incombe l'obbligo di adempiere allo stesso “dovere” o a “doveri” tra loro collegati, la valutazione della condotta di colui che è tenuto ad attivare altri va effettuata assumendo che il soggetto che da esso sarebbe stato attivato avrebbe agito correttamente, in conformità al parametro dell'agente “modello”», ricorrendo «a massime di esperienza attinenti al comportamento atteso

59. Cass., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit.; analogamente, Cass., Sez. IV, 15 dicembre 2016, n. 53315, rv. 269678.

60. Sulla centralità dell'affidamento nelle relazioni intra-collegiali, CORNACCHIA, *Responsabilità penali negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino, 2021, 102 ss.

61. Lo rileva anche CONSULICH, *Errare commune est*, cit., 369 s.

nell'ambito della ordinaria esplicazione dei compiti»⁶². Quindi, si potrebbe osservare che se nella formulazione del giudizio prognostico il principio di affidamento è assunto come regola dal giudice, lo stesso principio – salve le note controindicazioni – dovrebbe valere per il cooperante, chiamato anch'egli a compiere un pronostico sul comportamento altrui⁶³.

9. *Cooperazione e successione di garanti*. Si è visto sopra come il contributo concorsuale omissivo rilevante *ex art.* 113 c.p. in relazione a reati colposi di evento debba essere comunque posto in essere da un garante⁶⁴.

La vicenda della successione di garanti nel corso del tempo, molto ricorrente sia nel campo della sicurezza sul lavoro che in tema di responsabilità medica, propone la questione del se sia necessario il possesso della qualifica al tempo in cui si verifica l'evento lesivo o se sia sufficiente ai fini della responsabilità che il soggetto l'abbia comunque ricoperta in precedenza. L'ipotesi è che tale soggetto abbia ceduto un'attività che sia risultata inficiata da pregresse inosservanze cautelari non rimosse, rivelatisi causalmente rilevanti rispetto all'evento lesivo, che si manifesta in epoca successiva alla cessione.

Sulla questione si registra – come noto – una frattura nelle soluzioni offerte dalla giurisprudenza e dalla dottrina. La prima è tetragona nell'af-

62. Cass., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, cit., secondo cui «è del tutto ragionevole utilizzare un criterio di “regolarità comportamentale”, a meno che non siano dimostrate nel processo circostanze specifiche che contraddicono nel caso concreto la pertinenza di un simile criterio». In precedenza, in senso analogo, Cass., Sez. IV, 2 luglio 2015, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 773, con nota di MATTHEUDAKIS, *Causalità omissiva e presunzione di correttezza del comportamento altrui in ambito sanitario*. Stessi criteri sono richiamati da Cass., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899, cit., relativa al disastro ferroviario di Viareggio, secondo la quale «si tratta di un principio che sottende l'analisi della struttura dell'accertamento causale richiesto, il quale non può fare a meno di ricorrere a massime di esperienza atinenti al comportamento atteso nell'ambito della ordinaria esplicazione dei compiti».

63. Una attenta considerazione della “competenza” di ciascun cooperante, anche ai fini della valutazione giudiziale sulla “esigibilità” del comportamento doveroso, è svolta da Cass., Sez. IV, 31 maggio 2019, n. 24372, cit., relativa al c.d. processo Morosini, dove si legge che la valutazione relativa alla esigibilità della condotta attesa deve essere declinata in riferimento alla posizione – e alle competenze – di ciascun imputato, quale singolo cooperatore, poiché «la rimproverabilità soggettiva per la mancata attuazione della condotta doverosa va compiuta avuto riguardo alla concreta capacità dell'agente di uniformarsi alla regola cautelare in ragione delle sue specifiche qualità personali ed alle mansioni svolte».

64. V. § 2.

fermare la continuità delle posizioni di garanzia, che si fonda sul rilievo oggettivo del concorso di cause ai sensi dell'art. 41, comma 1, c.p., essendo l'evento conseguenza sia dell'omissione del cedente che di quella del cessionario, e sul rilievo soggettivo della non invocabilità da parte del cedente del principio di affidamento, avendo egli già infranto cautele doverose e non essendosi assicurato che all'eliminazione degli effetti negativi della sua condotta omissiva provvedesse il successore⁶⁵. La seconda, invano, fa notare che a seguito della cessione verrebbe meno ogni potere dispositivo sul bene oggetto della garanzia e, con esso, ogni possibilità per il cedente di porre in essere interventi atti a prevenire il pericolo in precedenza non schermato, sicché l'orientamento giurisprudenziale si risolve nell'affermazione di una responsabilità di "posizione", in palese contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost.⁶⁶.

È comprensibile l'esigenza di "giustizia" di cui si fa interprete la soluzione della continuità, la quale pretende di fornire uguali risposte sanzionatorie a fronte di uguali condotte inosservanti, ma l'inconveniente della disparità di trattamento in questi casi costituisce un prodotto fisiologico della scelta politico-legislativa di affidare la tutela penale dei beni a reati di evento, non configurabili per definizione se il disvalore della condotta non si connette con il disvalore di evento⁶⁷.

La perdita dei poteri impeditivi insieme con la cessione della posizione di garanzia e la dubbia configurabilità di un "evento" intermedio (di pericolo) non impedito, che il cedente avrebbe causato con la sua omissione, capace di inserirsi efficacemente nella catena causale che ha prodotto l'e-

65. L'orientamento risale alla sentenza sul disastro di Stava (Cass., Sez. IV, 6 dicembre 1990, in *Foro it.*, 1992, II, 36), ed è confermato senza alcuna deviazione sino ai nostri giorni: da ultimo, Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2014, n. 1194, rv. 258232; Cass., Sez. IV, 8 giugno 2015, n. 24455, rv. 263733; Cass., Sez. IV, 3 febbraio 2015, n. 12223, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1309, con nota di MORGANTE, *Sicurezza nelle scuole e posizioni di garanzia: divisione o moltiplicazione di responsabilità penali?*

66. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 639; DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 261. Ovviamente la questione neppure si pone se è il cedente ad aver aperto il rischio attraverso un'azione, poiché in tal caso non rileva il possesso della posizione di garanzia al momento dell'evento.

67. Sulla necessità di una rivisitazione del sistema attraverso una riforma organica che sposti invece il baricentro dell'incriminazione dall'evento alla condotta colposa, da ultimo, DOVERE, *Colpa e sanzioni: verso un nuovo paradigma?*, in *Arch. pen.*, 2022, 85 ss.

vento lesivo finale (non impedito dal cessionario), sono invero elementi difficilmente superabili nel quadro del rispetto dei principi costituzionali⁶⁸.

Interessante notare, tuttavia, come la dottrina abbia proposto una sorta di soluzione intermedia per contenere la frattura con le esigenze di cui si fa portatore il diritto vivente. È la prospettazione del caso in cui, quando l'evento si verifica, il soggetto subentrato nella posizione di garanzia dimostri di non conoscere le carenze cautelari ereditate dal cedente che gliel'aveva taciute e sostenga che l'ignoranza di siffatti fattori di rischio è stata la causa della sua omissione. In tale caso, si sostiene che un profilo di responsabilità a carico del cedente, non prospettabile in via autonoma per le ragioni evidenziate, potrebbe tuttavia discendere *ex art. 113* in relazione all'omessa informazione circa le condizioni reali della fonte di pericolo nei confronti del cessionario⁶⁹.

In particolare, secondo tale tesi, «nel momento in cui cede l'attività, il garante “intermedio” deve mettere in condizione il cessionario di percepire la situazione di pericolo e, in altri termini, rappresentargli il quadro delle deficienze cautelari che minano l'attività e che lui stesso non ha eliminato nel corso della propria gestione. Si origina, così, una posizione di garanzia tesa alla neutralizzazione “mediata” dei fattori di rischio, che si concretizza [...] nell'obbligo di informazione. Un obbligo di agire, pendente sino all'ultimo momento utile per consentire al neogarante di evita-

68. Né mi sembra sostenibile la spiegazione secondo cui si potrebbe parlare nei confronti del cedente di una posizione di garanzia «in funzione meramente incriminatrice riportando la questione al momento della cessione» e configurando «in capo ad entrambe le parti un onere legato alla rimozione degli effetti delle inosservanze» da assolvere in tale momento, per evitare che chi non adempie ai propri doveri di sicurezza possa «unilateralmente e, per così dire, potestativamente esonerarsi dalla responsabilità per gli eventi che da quella inosservanza derivino» (così MORGANTE, *Sicurezza nelle scuole*, cit., 1312 s.). Non è chiaro, infatti, come la violazione di questo “onere” possa venir sanzionata: se la sanzione è quella del reato omissivo improprio, le obiezioni di fondo formulate dalla dottrina non possono dirsi superate.

69. Per il resto, vale il principio ben evidenziato, secondo cui «la realizzazione colposa di una potenzialità causale, che, rimasta inerte per alcuni anni, si esprime e si manifesta allorquando è mutato il titolare della posizione di garanzia, non può assumere rilevanza omissiva rispetto al verificarsi dell'evento»: qualora sia il cedente che il cessionario siano perfettamente al corrente della situazione di rischio, il cedente che sino a quel momento ha scientemente omissso di intervenire non potrà rispondere di omissione impropria, se l'evento si verifica dopo la successione, e anche se la sua inerzia avrà incrementato il rischio dell'evento.

re il verificarsi del risultato e dal cui adempimento dipende la liberazione del “garante intermedio” da ogni responsabilità⁷⁰.

La premessa è che «il trasferimento dei poteri gestori non libera automaticamente il cedente da ogni responsabilità», perché «l’originaria posizione di garanzia non è esclusa, né eliminata, bensì modificata [...] in rapporto alla situazione effettiva in cui versa il cedente»⁷¹. Si tratterebbe, dunque, di una posizione di garanzia che non ha come contenuto l’obbligo di impedimento dell’evento, ma un residuo e specifico obbligo di agire, da adempiere una sola volta, anch’esso però penalmente rilevante non in quanto tale ma solo se causativo dell’evento.

Infatti, la conclusione è che il garante cedente risponde come concorrente nel reato insieme con il neogarante *ex art. 113*, nel caso appena descritto, sussistendo la consapevolezza di cooperare con l’altrui condotta⁷²: rimane fermo il principio per cui il contributo causale deve essere fornito da un garante, anche se qui siamo al cospetto di un garante *sui generis*, perché obbligato *ad actum*.

Si prospetta una conclusione indubbiamente ragionevole⁷³, pur se basata su una spiegazione poco convincente, quando si ipotizza la trasfor-

70. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 650 ss. La tesi è stata ripresa da MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, 1485, che si spinge ad affermare che l’obbligo di informativa perdura però solo sino al momento della cessione. Ad analoga conclusione perviene anche PALMA, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell’attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016, 35 ss.

71. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 643 s.

72. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 651 ss., che precisa che la responsabilità *ex art. 113* non è esclusa né dal fatto che le condotte violate dai concorrenti siano diverse, né dalla circostanza che le condotte dei singoli cooperanti si realizzano in momenti successivi, affermando che la cooperazione colposa nel delitto colposo può innestarsi anche su un fatto incolpevole da parte del neogarante.

73. Non la considera tale BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. mer.*, 2008, 2770 s., ritenendo non decisiva la circostanza della perdita del potere impeditivo in capo al cedente al momento in cui si verifica l’evento e paragonando il caso a quello di chi abbia costruito un edificio con criteri inadeguati e poi l’abbia venduto e a quello dell’addetto alla manutenzione di un aereo che abbia ommesso un controllo fondamentale così cagionandone la caduta. Il confronto, però, non è pertinente, perché si tratta di casi in cui i soggetti rispondono per una condotta commissiva e non omissiva (nel secondo caso il mancato controllo determina l’azione di consegna al pilota di un aereo non idoneo); l’A., invero, non coglie la sostanza dell’obiezione circa l’assenza dei poteri impeditivi, relegandola al

mazione della posizione di garanzia al momento della cessione e il sorgere di un semplice ed unico obbligo di agire. In realtà, l'obbligo di informare il cessionario non rappresenta il residuo di una posizione di garanzia un tempo "piena", ma semplicemente l'unica condotta attiva a cui è tenuto il garante, in quanto obbligato ad impedire l'evento, che egli ha anche il potere di compiere dopo la cessione.

Il caso evidenzia piuttosto a mio avviso la distinzione netta tra l'obbligo di garanzia, l'azione omessa e la sua doverosità, secondo le scadenze di quel "protocollo" che abbiamo scandito nel corso di questo lavoro. La vicenda dell'avvenuta "successione" tra garanti non richiede spiegazioni particolari.

Il garante cedente, infatti, come di consueto risponde dell'evento lesivo in quanto, nella sua qualità, lo ha causato con la propria condotta omissiva: se, ad esempio, riuscisse a dimostrare che il cessionario era altrimenti al corrente delle informazioni che si è dimenticato di dare o che avrebbe dovuto possedere e trasmettere al momento della cessione o in qualunque successivo momento utile prima del verificarsi dell'evento lesivo, non sarà responsabile della sua causazione, perché, una volta ricostruito il decorso causale che ha generato l'evento, quella condotta di omissione di informazioni non sarà selezionata tra le omissioni penalmente rilevanti per la sua ininfluenza⁷⁴.

Nessuna "trasformazione" della posizione di garanzia, nessuna sua "riduzione". Il garante è tenuto all'impedimento dell'evento e ciò comporta che deve porre in essere l'azione che nella situazione data lo evita, da individuare in concreto per la sua influenza nel decorso causale. Nella specie l'azione consiste nel fornire l'informazione che, al di là di ogni ragionevole dubbio, avrebbe indotto il cessionario a porre in essere a sua volta l'attività di schermatura del rischio che avrebbe prevenuto l'evento.

È vero che il cedente è tenuto alla informazione anche in un periodo successivo a quello della avvenuta cessione, sicché, dal punto di vista pratico-descrittivo si può dire che egli si libera definitivamente dei suoi obblighi col fornire quell'informazione, o anche che la cessione diviene

capitolo della esigibilità della condotta diligente senza collocarla – come deve essere – in quello della tipicità omissiva, incidente sul suo presupposto.

74. Si veda, ad esempio, Cass., Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 1175, rv. 274832, in cui si legge che ai fini della sussistenza del nesso causale tra tale omissione e l'evento deve accertarsi che la successiva condotta negligente del garante subentrato trovi causa proprio in tale mancata segnalazione.

definitiva una volta soddisfatto tale requisito: ma questa descrizione non può divenire una spiegazione della responsabilità per la causazione dell'evento, a meno che non si rimanga ancorati all'angolo visuale che vede nell'omissione un *non facere quod debetur*.

Dal punto di vista del garante, anche di quello che non ha ceduto la sua posizione, egli *ex ante* ha sempre davanti a sé solo una gamma di obblighi di agire da rispettare derivanti dalla posizione e in funzione dell'impedimento dell'evento. A seconda dei casi potrebbero essere molti e molto variegati, o anche uno solo; ma in tutti i casi egli è garante *optimo iure* e non dimezzato o ridotto, se tenuto a compiere un solo tipo di azione e semmai una volta soltanto.

La narrazione di una "riduzione" degli obblighi o di una loro trasformazione è valida nella tradizionale prospettiva "deontica", che muove dalla mappatura degli obblighi in capo al garante; ma, nella nostra proposta ricostruttiva della condotta nel reato omissivo improprio, che parte invece dall'evento e dalla descrizione di ciò che è successo a ritroso, l'accertamento della doverosità della condotta impeditiva in capo al garante costituisce l'ultimo passaggio. Non conta, quindi, un'indagine circa l'ampiezza e la consistenza degli obblighi modali a cui egli è tenuto, bensì solo se nel novero di questi rientrasse quello concernente l'azione omessa, impeditiva dell'evento. Se poi risulta che il garante cedente ha soddisfatto la pretesa fornendo tempestivamente l'informazione dovuta, dal suo punto di vista si può parlare di una cessione definitiva, o di una definitiva liberazione da tutti gli obblighi, ma dal punto di vista del reato omissivo improprio conta la circostanza che la realtà degli accadimenti non consente a quel punto di individuare una condotta omissiva causale a suo carico.

La peculiarità della vicenda, semmai, riguarda non il tema dell'individuazione della condotta omissiva, ma un profilo che concerne la sussistenza in capo al soggetto della qualifica soggettiva che attiva il meccanismo dell'art. 40, comma 2. Al riguardo, è corretto precisare che la ricerca di tale qualifica, sul piano diacronico, si estende oltre il momento in cui si è verificato l'evento e coinvolge, come capita nel reato commissivo, anche i momenti anteriori, allorché si sia individuata una condotta omissiva causale, ai quei momenti risalente. Che poi la condotta si possa protrarre sino ad una data prossima a quella della consumazione, al tempo in cui il garante ha ormai cessato l'attività, è variabile che costituisce connotato ontologico dell'omissione, qualificabile come condotta «eventualmente permanente».

Si suole accomunare la vicenda a quella del trasferimento della posizione di garanzia che avviene con la delega di funzioni nel campo della sicurezza sul lavoro e in quello della sicurezza ambientale, in conseguenza della quale residuano in capo al trasferente obblighi di vigilanza e controllo⁷⁵. La differenza, però, è che in quel caso non si apre alcuna sfasatura temporale tra il momento in cui si verifica l'evento e quello in cui avviene il trasferimento, poiché, se con la delega si "affievoliscono" gli obblighi di fare in funzione dell'impedimento dell'evento, non può sorgere il dubbio circa la persistenza della posizione di garanzia in capo al trasferente al momento della consumazione. Anche in questo caso la questione consiste nel verificare come sempre se si possa ipotizzare a carico del soggetto una omissione causale e se l'azione mancante era da lui dovuta nella situazione concreta, tenendo semmai conto che, a differenza del caso della cessione, qui il dovere di agire (vigilanza, controllo) non si esaurisce con il compimento di un'unica azione, ma permane costante nel tempo sino alla cessione (definitiva) della posizione⁷⁶.

75. Così, A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., 644.

76. Sulla persistenza di obblighi di vigilanza e controllo in capo al trasferente, espressamente indicata ora nell'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/2008, e sui limiti di tali obblighi, anche con riferimento alla struttura aziendale e al processo produttivo, Cass., Sez. III, 5 giugno 2020, n. 17174, rv. 279013; Cass., Sez. IV, 31 maggio 2016, n. 22837, rv. 267319; Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2014, n. 4968, rv. 258617.

Nota conclusiva

Le riflessioni che abbiamo sviluppato sono partite dalla constatazione che nello studio e nella pratica del reato omissivo improprio la parte del leone è da sempre riservata al tema della posizione di garanzia, della sua morfologia e delle sue vicende, e al tema della causalità omissiva, con la sua problematica equiparabilità alla causalità attiva. Queste due principali dinamiche, prepotentemente emerse anche nelle raffinate motivazioni delle sentenze a cui la Cassazione ha affidato la “chiusura” di importanti vicende giudiziarie, hanno lasciato in ombra il ruolo della condotta tipica, marginalizzando sia il profilo della sua descrizione sia quello del suo significato di disvalore.

La messa a fuoco della condotta omissiva che corrisponde alla individuazione dell'azione mancante nella contingenza si è sviluppata secondo una duplice direttrice: da un lato, la messa in discussione del dogma che colloca l'omissione in una realtà spiccatamente normativa, dimensione senza la quale neppure potrebbe essere pensata, e, d'altro lato, la valorizzazione dell'approccio causale dell'azione mancante, come azione che avrebbe impedito l'evento alle condizioni date.

Sì è così notato che la distanza che dovrebbe separare concettualmente azione e omissione, a dispetto della parificazione di disciplina riservata dal codice ad entrambe le forme di condotta, può ridursi sensibilmente sino quasi ad azzerarsi e che, soprattutto, il rapporto tra la dimensione naturalistica e la dimensione normativa nei due casi è del tutto corrispondente: la realtà mostra le sembianze di una condotta causale (in quanto attivante o incidente nel meccanismo che genera l'evento, ovvero in quanto non impeditiva-ostacolante) che diviene tipica allo stesso modo nel contatto fondante con la colpa.

Fatto e diritto (essere e dover essere) giocano la stessa partita nell'azione e nell'omissione, con uguale metodologia e uguale distribuzioni di ruoli. All'opposta morfologia corrisponde una coincidente modalità di affioramento della tipicità: il che non riduce la necessità di distinguere in concreto se accollare al garante-competente un'azione o una omissione, ma elimina le distorsioni indotte dall'egemonia deontologica nel quadrante omissivo.

Questa proposta metodologico-sistematica, infatti, ci ha consentito di separare meglio, all'interno del reato omissivo improprio, il dovere di ga-

ranza dal dovere di diligenza, laddove soprattutto la pratica giudiziaria – al di là delle enunciazioni e delle buone intenzioni – tende a eclissare l’uno dentro l’altro e viceversa. Ci ha altresì mostrato la criticità dell’impianto dogmatico, dominante ormai anche in Italia, che partendo dalla distinzione tra illiceità e colpevolezza nella teoria generale del reato, professa l’esistenza di una “doppia misura” della colpa, una oggettiva e una soggettiva, estraibile dall’unitaria formula normativa dell’art. 43, terzo alinea, c.p.

Su tale punto, la spiegazione più lineare ci è sembrata quella che vede nella colpevolezza uno strumento di misurazione della responsabilità graduabile sino allo zero, che tuttavia il giudice utilizza solo dopo aver stabilito di avere davanti a sé un fatto tipico doloso o colposo.

Azione e omissione, così uguali al confronto con le norme, rimangono allora l’una l’opposto dell’altra sul piano della loro naturalistica manifestazione, e ciò impone che sia valorizzato il criterio identificativo in grado di distinguerle nei casi dubbi: non tanto per la differenza di disciplina ad esse riservata, quanto perché la sempre più marcata propensione a svalutare la distinzione, soprattutto in ambienti altamente problematici come quelli delle c.d. strutture complesse, costituisce un prodotto avvelenato del deprecabile fenomeno dell’oscuramento del disvalore di condotta da cui abbiamo preso le mosse.

Lo statuto dell’omissione, cadenzato nell’art. 40, comma 2, ci è apparso in rilievo, in particolare, nell’ambito della cooperazione colposa, dove i requisiti di tipicità in esso scolpiti fungono da argine alla vocazione estensiva del punibile, che la clausola concorsuale esprime nella variante del contributo commissivo.

L’obiettivo della “pulizia” concettuale che abbiamo ricercato non deve essere scambiato per un ritorno nostalgico del “naturalismo” o, peggio ancora, del “semplicismo” penale; la stella polare rimane sempre quella della funzione garantistica delle categorie e del metodo, grammatica e sintassi del diritto penale liberale, nella speranza (o illusione) che tale guida, dai libri, possa discendere sin nella vita reale che popola le aule dei tribunali, rendendola migliore.

Bibliografia

- ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984.
- ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale d'impresa*, Milano, 1999.
- AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 2795 ss.
- ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1279 ss.
- ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Padova, 1934.
- ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁵, Milano, 1963.
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*⁵, I, Milano, 1966.
- ARGIRÒ, *Agevolazione colposa*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 20 ss.
- BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass. pen.*, 2010, 4329 ss.
- BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.
- BARTOLI, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*, in *Cass. pen.*, 2011, 1712 ss.
- BETTIOL, *Diritto penale*⁴, Palermo, 1958.
- BIANCHI D., *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2021.
- BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Torino, 2010.
- BLAIOTTA, *Garanzia e colpa nei gruppi societari*, in *Dir. pen. cont.*, 2022, I, 232 ss.
- BONUCCI, *L'omissione nel sistema giuridico*, I, Perugia, 1911.
- BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*³, Torino, 2019.

- BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1319 ss.
- BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012.
- BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. mer.*, 2008, 2767 ss.
- CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988.
- CANZIO, *A vent'anni dalla sentenza "Franzese"*, in *www.sistemapenale.it*, 12 settembre 2022.
- CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017.
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. I^o, Lucca, 1881, 60, § 1087.
- CARRIERO, *La morfologia della responsabilità penale datoriale per l'infezione da Covid-19*, in *Leg. pen.*, 2022, 2, 308 ss.
- CASTRONUOVO, *Colpa penale*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 200 ss.
- CAVALLINI e PONZONI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto: il diritto penale tra conservazione, tensione e trasfigurazione di causalità e colpa*, in *Ind. pen.*, 2013, 144 ss.
- CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 289 ss.
- CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 317 ss.
- CINGARI, *La responsabilità penale degli operatori dei Servizi sociali nella gestione dei c.d. incontri "protetti"*, in *Giur. it.*, 2015, 1717 ss.
- COLETTI, *Genova 2011. Analisi di un processo*, Genova, 2020.
- CONSULICH, *Errare commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in *Leg. pen.*, 2022, 1, 347 ss.
- CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.
- CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. II, Napoli 2011, 821 ss.
- CORNACCHIA, *Responsabilità penali negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino, 2021.

- D'ALESSANDRO, *Spiegazione causale mediante leggi scientifiche, a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in *Criminalia*, 2012, 331 ss.
- DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950.
- DE FRANCESCO G., *Aberratio. Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino, 1998.
- DE FRANCESCO G., *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *Studi in onore di A. Fiorella*, a cura di Catenacci, D'Ascola e Rampioni, vol. I, Roma, 2021, 517 ss.
- DE FRANCESCO G., *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *Leg. pen.*, 2021, 1, 28 ss.
- DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in una aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1487 ss.
- DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 77 ss.
- DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.
- DELL'OSSO, *Probabilità logica e "logiche" giurisprudenziali della mera probabilità: la Cassazione ribadisce i "veri" principi della sentenza Franzese*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 851 ss.
- DI FLORIO, *La cooperazione nel delitto colposo: una fattispecie con una (problematica) funzione incriminatrice*, in *Arch. pen. (web)*, 2021, fasc. I.
- DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.
- DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 261.
- DONINI, *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993.
- DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991.
- DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.
- DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32 ss.

- DOVERE, *Colpa e sanzioni: verso un nuovo paradigma?*, in *Arch. pen.*, 2022, 81 ss.
- EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1053 ss.
- EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993.
- FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1938 ss.
- FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità per omissione*, in *Foro it.*, 1983, V, 27 ss.
- FIGLIOLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.
- FIGLIOLA, *Le strutture del diritto penale*, Torino, 2018.
- FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.
- GALLIANI, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980.
- GALLO, *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1960, 624 ss.
- GARGANI, *Dal corpus delicti al tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.
- GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione dei garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 581 ss.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Una terza maniera di realizzare il reato: l'interruzione di serie causali di salvataggio*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1545 ss.
- GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 597 ss.
- GIUNTA, *Culpa, culpa*, in *Criminalia*, 2018, 569 ss.
- GIUNTA, *Illicità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.
- GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 620 ss.
- GRASSO, *Art. 113*, in M. ROMANO-GRASSO, *Commentario del codice penale*, vol. II, Milano, 1990, 179 ss.
- GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura oggettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 364.
- GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II², Milano, 1952.
- GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 16 ss.
- GROSSO, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 583 ss.

- IAGNEMMA, *Il reato omissivo improprio nel quadro di un approccio sistemico all'evento offensivo*, in *Criminalia*, 2020, 309 ss.
- Il diritto penale della medicina*, a cura di Giunta, Micheletti, Piccialli e Piras, Pisa, 2009.
- INSOLERA, *Concorso di persone*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 437 ss.
- Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, pt. II, Roma, 1929.
- LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.
- LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio dei delitti causali d'evento in senso naturalistico*, Bari, 2012.
- LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, vol. I, Göttingen, 1836.
- MAGRO, *La responsabilità del direttore di stampa periodica e il problema della determinazione della condotta tipica nei reati omissivi*, in *Cass. pen.*, 1992, 1235 ss.
- MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 984 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*¹¹, Padova, 2020.
- MARINI, *Condotta*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 13 ss.
- MARINI, *Profili della truffa nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1970.
- MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523 ss.
- MARINUCCI, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1040 ss.
- MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, ora riprodotto in *La colpa. Studi*, Milano, 2013.
- MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 ss.
- MASSARI, *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Pisa, 1923.
- MASSARO, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in www.lalegislazionepenale.eu, 8 maggio 2020.

- MASSARO, *La responsabilità colposa per omissivo impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2013.
- MASSARO, *Omissione e colpa*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 866 ss.
- MASULLO, *La connivenza. Uno studio sui confini con la complicità*, Padova, 2013.
- MATTHEUDAKIS, *Causalità omissiva e presunzione di correttezza del comportamento altrui in ambito sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 779 ss.
- MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2010, 1478.
- MENGONI, *Colpa generica e colpa specifica: la Corte di cassazione fissa le condizioni per l'applicabilità dell'esimente dell'adempimento del dovere*, in *Cass. pen.*, 2011, 3752 ss.
- MEZZETTI, *Autore del reato e "divieto di regresso" nella società del rischio*, Napoli, 2021.
- MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021.
- MORGANTE, *Sicurezza nelle scuole e posizioni di garanzia: divisione o moltiplicazione di responsabilità penali?*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1309 ss.
- NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. pen.*, 2004, 4296 ss.
- ORSINA, *La tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro al tempo del covid-19*, Torino, 2022, 133 ss.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁷, Milano, 2000.
- PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 ss.
- PALMA, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016.
- PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, 641 ss.
- PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.
- PERIN, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"*, in *Arch. pen. (web)*, 2018, fasc. II.
- PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020.

- PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. X, Milano, 2017, 222 ss.
- PREZIOSI, *La causalità penale all'orizzonte della "scienza nuova"*, Napoli, 2021.
- PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.
- PULITANÒ, *Diritto penale* ⁷, Torino, 2017.
- RANIERI, *La causalità nel diritto penale*, Milano, 1936.
- RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001.
- RISICATO, *Cooperazione colposa*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 321 ss.
- RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 132 ss.
- RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino, 2013.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I ³, Milano, 2004.
- ROMANO M., *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 559 ss.
- RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1953 ss.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* ⁴, t. I, München, 2006.
- SELVAGGI, *La tolleranza del vertice d'impresa tra "inerzia" e "induzione al reato"*, Napoli, 2012.
- SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988.
- SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.
- SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957.
- SPINA, *Il "caso Vannini". Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*, in *Arch. pen. (web)*, 2020, fasc. III.
- STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1893 ss.
- STELLA, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 23 ss.

- STELLA, *L'allergia alla prova della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 379 ss.
- STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1217 ss.
- SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013.
- TORRE, *Organizzazioni complesse e reati colposi*, in *Enc. dir. tem.*, vol. II, *Reato colposo*, Milano, 2021, 888 ss.
- TRAVAGLIA CICIRELLO, *Dovere e ordine scriminante. Contenuto e limiti dell'art. 51 c.p.*, Torino, 2020.
- VALENZANO, *Il rilievo dell'omissione nella truffa*, in *Studi in onore di A. Fiorella*, a cura di Catenacci, D'Ascola e Rampioni, vol. II, Roma, 2021, 1431 ss.
- VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916.
- VASSALLI, *Il contributo di Filippo Grispigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, in *Sc. pos.*, 1956, 367 ss.
- VENDITTI, *La tutela penale del pudore e della pubblica decenza*, Milano, 1963.
- VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1969 ss.
- VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.
- VICO, *Omicidio (diritto penale)*, in *Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1904, 214 ss.
- VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.
- ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.
- ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da Covid-19*, in www.sistemapenale.it, 20 aprile 2022.

EX LIBRIS



Αριστοτέλης

Questo ebook appartiene a
Gherardo Minicucci