

IL REATO OMISSIVO IMPROPRIO NEL
QUADRO DI UN APPROCCIO SISTEMICO
ALL'EVENTO OFFENSIVO

Caterina Iagnemma

SOMMARIO 1. Premessa. — 2. Sulla struttura dell'art. 40, comma 2, c.p.: la nozione di *evento* e quella di *obbligo giuridico*. — 3. La posizione di garanzia: un concetto attuale? — 4. Le *ambiguità* del potere impeditivo. Alcuni esempi. — 5. Il *criterio della competenza* nelle organizzazioni complesse. — 6. I processi deliberativi fallaci all'origine delle condotte omissive. — 7. Rilievi conclusivi.

1. Premessa

Nelle organizzazioni complesse i processi decisionali si sviluppano secondo *percorsi* articolati, che prevedono l'interazione – sia in chiave sincronica, sia in chiave diacronica – tra una pluralità di soggetti, dotati delle più diverse competenze.

In particolare, ogni operatore si occupa della gestione delle *fonti di pericolo* relative a un certo *fattore* del sistema: umano, organizzativo, tecnologico e strutturale. Poiché siffatte componenti sono tra loro connesse, le prestazioni individuali si manifestano anch'esse reciprocamente sovrapposte, tanto che, dall'esterno, non risulta agevole identificarle.

Si tratta di ambiti, perciò, in cui non vi è un 'garante-decisore solitario'. L'impedire un dato evento offensivo non dipende, infatti, *sic et simpliciter* dall'attivazione di un singolo intervento ostativo, quanto, piuttosto, dall'agire *collettivo* secondo *procedure organizzate*, che comportano l'implementazione *coordinata* di poteri aventi per oggetto sia l'acquisizione di informazioni, sia la sollecitazione e il controllo dell'operato altrui.

Non si può fare a meno di rilevare, allora, come siffatta concezione sistemica si dimostri difficilmente conciliabile con il concetto tradizionale di *Garantenstellung*: nozione la quale è concepita, a tutt'oggi, secondo un approccio individualistico-accusatorio ormai anacronistico. Tuttavia, si ricorre, sempre più di frequente, in sede giudiziaria, al paradigma omissivo improprio di cui all'art. 40, comma 2, c.p., forzandone i margini di operatività¹.

¹ Così che il ricorso alla medesima ha perduto, ormai da tempo, la caratteristica dell'*eccezionalità*, secondo una vicenda in qualche modo paragonabile a quella della responsabilità colposa (su cui, p. es., M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 625; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in

Tale fenomeno di espansione dell'imputazione per omesso impedimento dell'evento è alimentato, in particolare, dalla tendenza a considerare quali obblighi di garanzia altresì meri obblighi di attivazione e di sorveglianza². E, in effetti, la giurisprudenza fatica a discernere simili differenze³, ritenendo che, perfino in questi ultimi casi, la responsabilità omissiva impropria trovi «fondamento nel principio solidaristico di cui all'art. 2, all'art. 41, comma 2, e all'art. 42, comma 2, della Costituzione»⁴.

Sulla base di tale orientamento, infatti, sanzionando la violazione dei *comandi* (cioè dei precetti a contenuto *positivo*⁵) correlata al prodursi di un evento rilevante

Dig. disc. pen., II, Torino, 1988, p. 301; G. MARINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Giur.*, VII, Torino, 1991, p. 1; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2018, p. 310).

² La necessità di considerare, ai fini dell'art. 40, comma 2, c.p., solo gli obblighi di garanzia è stata ampiamente rilevata dalla dottrina più attenta, che ha evidenziato, per l'appunto, la suddetta partizione. In tema cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pp. 19 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, pp. 174 ss.; ID., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 342 ss. Sulla distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza v. anche A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, pp. 203 ss., il quale riconduce i primi alle «obbligazioni di risultato», in quanto «son post[i] esattamente per impedire quell'evento», mentre i secondi sarebbero paragonabili a delle «obbligazioni di mezzi», poiché «tendono ad agevolare l'impedimento dell'evento criminoso». Nel medesimo senso N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, pp. 51 ss.

³ Sul punto cfr. *infra*, § 4. Per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza v. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., pp. 26 ss.; pp. 156 ss.

⁴ Così Cass., sez. III, 9 novembre 2013, n. 49327, p. 5, in *Riv. pen.*, 2015, pp. 673 ss., con nota di M. MIGLIO-F. FERRI, *Omesso impedimento di reati ambientali commessi da terzi: la Cassazione esclude la posizione di garanzia in capo al terzo proprietario incolpevole*; in *Riv. giur. amb.*, 2014, pp. 356 ss., con nota di A.L. VERGINE, *Sulla singolare posizione di garanzia del proprietario del fondo che deve recintarlo per evitar che qualcuno lo attraversi e poi commetta un reato (ambientale)*. Sul fondamento solidaristico della responsabilità omissiva impropria la giurisprudenza s'è espressa, invero, a più riprese: v. anche Cass., sez. III, 12 dicembre 2005, n. 2206, in *Ced. Cass.*, Rv. 233007; Cass., sez. III, 6 giugno 2014, n. 23911, in *Dir. gius.*, 19 settembre 2014. In quest'ottica, dunque, «lo Stato moderno, lungi dal limitarsi alla funzione puramente negativa di armonizzare gli interessi degli individui e di dirimerne i conflitti, esplica un'azione eminentemente attiva, che è intesa a trasformare le condizioni di vita ed anche la coscienza del popolo, per assicurare il progresso e spesso anche per indirizzarlo a determinate finalità»: in questi termini F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., a cura di L. Conti, Milano, 2003, p. 5 s.

⁵ Si ha una *fattispecie di divieto*, com'è noto, quando «la fattispecie [è] integrata dalla causazione positiva dell'evento». La *fattispecie di comando*, invece, è «quella costituita dal mancato impedimento del risultato lesivo»: così G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 75. «Comando e divieto, prosegue l'Autore, rappresentano le due forme precettive corrispondenti alla possibile duplicità di struttura di un illecito che, però, risulta pur sempre dalla lesione di uno stesso bene giuridico» (*ibidem*). Secondo un più risalente orientamento, invece, nei reati omissivi propri sarebbe

sul piano penale sarebbe possibile garantire – si afferma – una tutela più intensa a quei beni giuridici che sono maggiormente esposti ai pericoli della modernità⁶. Senza che si consideri come il *sacrificio* richiesto a colui il quale è chiamato a tenere una condotta impeditiva sia, di regola, ben più pregnante rispetto a quello imposto al destinatario di un *divieto*: «per la semplice ragione che il divieto di un'azione rende lecite tutte le altre possibili, mentre l'obbligo di agire rende impossibili tutte le altre condotte, ponendosi in alternativa a esse»⁷.

Sono numerose le ipotesi, peraltro, nelle quali il singolo garante non è in grado di esercitare alcuna contropinta al verificarsi dell'evento avverso. Nell'ambito delle organizzazioni complesse, infatti, l'esito infausto, scaturendo dalle imprevedibili correlazioni tra il fattore organizzativo, strutturale e tecnologico, è di rado fronteggiabile in forma individuale⁸. Col risultato, dunque, che nei predetti contesti la responsabilità *per omissionem* finisce per celare – come segnalato, da tempo, in letteratura⁹ – forme 'occulte' di responsabilità oggettiva.

lesa una norma di comando, mentre in quelli impropri la violazione riguarderebbe una norma di divieto: sul punto cfr. F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 48 s.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, Torino, 1981, p. 690 s.; O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916, pp. 48 ss. In senso critico N. PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, p. 124, secondo il quale il «criterio basato sulla natura delle norme violate non [è] per nulla appagante»: «solo che si rifletta che alla base della definizione di reato omissivo improprio, commissione mediante omissione, vi è l'idea dell'identità di struttura del precetto violato (norme di divieto)».

⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2008, p. 902.

⁷ F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 622. Sul punto v. altresì le riflessioni di A. CADOPPI, *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il «caso» dell'omissione di soccorso*, in M. BERTOLINO - L. EUSEBI - G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, pp. 1340 ss., il quale chiarisce che i reati omissivi «non possono comunque obbligare i cittadini a prestazioni 'troppo onerose'».

⁸ Osserva, sul punto, J.M. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali* (1999), ed. it. a cura di V. Militello, Torino, 2014, p. 11, che «l'interazione individuale ha raggiunto, per necessità di cooperazione e di divisione funzionale, livelli finora sconosciuti»: perciò, «la profonda interrelazione delle sfere di organizzazione individuale incrementa la possibilità che alcuni di questi contatti sociali producano conseguenze lesive». Più in generale, circa il frequente ricorso al diritto penale in vista della gestione dei pericoli derivanti dalla relazione tra i fattori produttivi che caratterizzano le società contemporanee v. C. ROXIN, *Zur Entwicklung des Strafrechts im kommenden Jahrhundert*, in E.W. PLYWACZEWSKI (a cura di), *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie*, Bialystok, 1998, pp. 445 ss.

⁹ In questi termini v., p. es., A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 511; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Torino, 1983, p. 180 s., p. 425; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 49 s., p. 154, p. 406; F. MANTOVANI, *Diritto penale*,

Del pari, non sembra che il far leva sull'*intimidazione*¹⁰ possa stimolare, in maniera realmente efficace, l'adozione dei comportamenti attesi e, fra di essi, di quelli orientati a salvaguardare le esigenze di solidarietà emergenti dalla società contemporanea¹¹: non essendo immaginabile, soprattutto, che l'intervento penale possa coprire (e possa farlo in maniera equanime) ogni eventuale inadempienza. Si tratta di riflettere, allora, sulle *modalità* attraverso le quali promuovere il rispetto di un *comando* – ma lo stesso vale, altresì, per i divieti –, prendendo le mosse dall'idea secondo cui l'esercizio di atti *positivi* andrebbe sostenuto, piuttosto, sul piano *motivazionale*: ovvero favorendo, «anche attraverso le disposizioni penali o cautelari, scelte di adesione *personale* ai precetti normativi»¹².

2. Sulla struttura dell'art. 40, comma 2, c.p.: la nozione di *evento* e quella di *obbligo giuridico*

Il fatto che la responsabilità omissiva impropria, specie in contesti *densi* sia sul versante organizzativo sia su quello tecnologico, «diven[ga] la regola, e non l'eccezione del sistema imputativo»¹³ si spiega alla luce della «duttività (*rectius*: indeterminatezza) dell'art. 40, comma 2, c.p.»¹⁴. Come per le altre clausole generali del diritto penale¹⁵,

cit., 338; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, 2015, pp. 109 ss.; J. M. SILVA SÁNCHEZ, *L'espansione del diritto penale*, cit., p. 69.

¹⁰ Cfr. L. EUSEBI, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, in A. BONDI - G. FIAN-DACA - G.P. FLETCHER - G. MARRA - A.M. STILE - C. ROXIN - K. VOLK (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, pp. 425 ss., ove si evidenzia, fra l'altro, come l'inefficacia a fini di prevenzione della dinamica intimidativa sia stata resa manifesta dalla pandemia.

¹¹ N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma, 2007, p. 3, sottolinea che «[...] la prevalenza data al concetto di obbligo e alla spiegazione dell'obbligo in termini di sanzione e di coazione presuppone come modello di sistema un tipo di organizzazione sociale ormai perenta: lo stato gendarme che con tecniche limitate persegua fini altrettanto limitati».

¹² L. EUSEBI, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale*, cit., p. 443.

¹³ C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 483.

¹⁴ Così I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 408, che rileva altresì come non risulti ancor maturata «la consapevolezza dei rischi di una eccessiva espansione della responsabilità per omesso impedimento» (*ivi*, p. 406). Negli stessi termini, più di recente, anche C.E. PALIERO, *Le posizioni di garanzia*, in AA. VV., *Riscrivere il Codice penale. I fondamenti*, Pisa, 2014, p. 66 s.

¹⁵ Per gli opportuni rilievi critici in ordine all'indeterminatezza delle clausole generali di cui all'art. 56 c.p. e all'art. 110 c.p. rimane imprescindibile il lavoro di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo a una teoria delle clausole generali di incriminazione*

parimenti la norma or ora menzionata lascia emergere, quindi, un evidente *vulnus* al principio di legalità¹⁶.

Il che si manifesta, anzitutto, con riguardo alla definizione del concetto di *evento*. Non essendovi, sul punto, alcuna indicazione legislativa, s'è posto il problema, infatti, del significato da attribuire a tale locuzione: la stessa potendo essere declinata in chiave naturalistica oppure secondo un approccio di tipo giuridico¹⁷.

Ove concepito in termini naturalistici, quale, cioè, mero *effetto materiale* della condotta umana, il lemma *evento* non pone, invero, particolari questioni interpretative¹⁸: in quest'ottica, infatti, l'art. 40 cpv. c.p. può essere applicato alle sole fattispecie

suppletiva, Milano, 2001, pp. 7 ss. A riguardo v. anche G. CONTENUTO, *Clausole generali e regole di interpretazione come «principi di codificazione»*, in AA. VV., *Valori e principi della codificazione italiana: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze*, Padova, 1993, pp. 110 ss.; D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in A. CASTALDO - V. DE FRANCESCO - M. DEL TUFO - S. MANACORDA - L. MONACO (a cura di), *Scritti in onore di Alfonso Maria Stile*, Napoli, 2013, pp. 477 ss.; ID., *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2018, pp. 11 ss.; A. SERENI, *Amministratori non esecutivi. Sindaci e omesso impedimento del fatto altrui. Problemi irrisolti di teoria generale*, in A. BONDI - G. FIANDACA - G.P. FLETCHER - G. MARRA - A.M. STILE - C. ROXIN - K. VOLK (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, cit., p. 1075 s. La problematica relativa all'indeterminatezza delle clausole generali è ben approfondita, peraltro, anche in contesti teorici diversi da quello penalistico: cfr., p. es., C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 21 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, pp. 5 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, pp. 369 ss.; ID., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, pp. 411 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 709 ss.

¹⁶ In questi termini, ad esempio, L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 59; nonché G. CONTENUTO, *Clausole generali e regole di interpretazione come «principi di codificazione»*, cit., p. 110, il quale sottolinea, per l'appunto, come «le c.d. clausole generali rivel[i]no la loro potenziale pericolosità in relazione alla loro assai difficile compatibilità con i principi di stretta legalità e determinatezza dell'illecito penale». Per ulteriori riferimenti bibliografici v. anche *infra*, nota n. 37.

¹⁷ Sul concetto di evento v. *ex multis* N. MAZZACUVA, voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, Bologna, 1990, IV, pp. 445 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, pp. 3 ss.

¹⁸ È a tutt'oggi controversa, invece, la questione relativa all'applicabilità dell'art. 40, comma 2, c.p. ai reati di evento a forma vincolata. In tema, la giurisprudenza maggioritaria ha mostrato un atteggiamento di apertura, ammettendo la configurabilità della responsabilità omissiva impropria anche con riguardo alle predette fattispecie. In questo senso cfr. Cass., sez. II, 19 marzo 2013, n. 28703, in *www.giurisprudenzapenale.it*, 22 luglio 2013; Cass., sez. III, 23 settembre 2013, n. 43273, in *Ced Cass.*, Rv. 256859; Cass., sez. IV, 8 aprile 2016, n. 28301, in *Ced Cass.*, Rv. 267829; Cass., sez. III, 22 settembre 2016, n. 53102, in *Ced Cass.*, Rv. 268554; Cass., sez. VI, 9 maggio 2018, n. 23079, in *Ced Cass.*, Rv. 256348. Di recente, peraltro, la problematica s'è riproposta con riguardo, in particolare, all'imputazione

commissive causalmente orientate¹⁹.

Se, invece, con l'espressione evento si intende il fatto di reato *nel suo complesso*, la clausola di equivalenza finisce per essere riferita *tout court* anche all'illecito altrui, senza considerare, dunque, la circostanza che la fattispecie incriminatrice violata dal terzo sia strutturata o meno come un reato dotato di evento naturalistico²⁰. Con la

in forma omissiva del reato di epidemia di cui all'art. 438 c.p. Sul punto cfr. P. PIRAS, *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, in www.sistemapenale.it, 8 luglio 2020; L. AGOSTINI, *Pandemia e 'panedemia': sull'applicabilità della fattispecie colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, *ivi*, 30 aprile 2020. Seppure limitatamente a una vicenda diversa da quella relativa alla pandemia Covid-19, la giurisprudenza, pronunciandosi sulla configurabilità in forma omissiva dell'art. 438 c.p., s'è discostata, infatti, dall'orientamento dominante, affermando che l'art. 40, comma 2, c.p. sia riferibile alle sole fattispecie a forma libera: così Cass., sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 9133, in www.penalecontemporaneo.it, 28 giugno 2018, con nota di S. FELICIONI, *Un'interessante pronuncia della Cassazione su epidemia, avvelenamento e adulterazione di acque destinate all'alimentazione*; in *Cass. pen.*, 2018, pp. 3214 ss., con nota di C. ROSSI, *L'elemento materiale dei reati previsti dagli artt. 438, 439 e 440 c.p.*, e con nota di E. MAZZANTI, *Sui torbidi confini del corrompimento colposo di acque*. Nel caso di specie, di conseguenza, a giudizio della Corte il reato di epidemia non è punibile nella modalità omissiva, trattandosi di un delitto a condotta vincolata.

¹⁹ Secondo un primo orientamento, come noto, l'espressione *reato omissivo improprio* indica le ipotesi risultanti dal combinato disposto della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. e delle fattispecie incriminatrici di parte speciale che vietano la causazione di un evento. Viceversa, si definiscono *reati omissivi propri* quelli espressamente tipizzati nella parte speciale del Codice penale. In tal senso cfr., p. es., G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2019, p. 625 s.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 7 ss. Stando, invece, a un diverso indirizzo interpretativo (a riguardo v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2015, pp. 258 ss.; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, Padova, 1988, pp. 67 ss.; M. ROMANO, *sub Art. 40 c.p.*, in ID., *Commentario sistematico al Codice penale*, I, Milano, 2004, pp. 379 ss.), i reati omissivi non andrebbero classificati secondo il suddetto *canone della tipizzazione* quanto, piuttosto, in base a un criterio di tipo 'materiale'. Di conseguenza, i reati omissivi propri sarebbero integrati dal solo mancato impedimento di un'azione comandata dalla legge, mentre quelli omissivi impropri richiederebbero il mancato impedimento di un evento.

²⁰ In dottrina, a favore dell'impostazione che equipara, ai fini dell'applicazione dell'art. 40 cpv. c.p., la nozione di evento a quella di fatto illecito altrui v., in particolare, M. ROMANO, *sub Art. 40*, cit., p. 379, il quale osserva come, nonostante «il presupposto dell'applicazione dell'art. 40, co. 2° [sia] la realizzazione dell'evento naturalistico di una fattispecie incriminatrice», «talvolta questo evento non impedito è dato dalla realizzazione di un fatto criminoso da parte di un terzo». Siffatta ricostruzione, secondo G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 140 ss., troverebbe conferma nel disposto dell'art. 138 c.p.m.p. Quest'ultima norma punisce «il militare che, per timore di un pericolo o altro inescusabile motivo, non usa ogni mezzo possibile per impedire l'esecuzione di alcuno dei reati contro la fedeltà o la difesa militare, o di rivolta o di ammutinamento, che si commetta in sua presenza», «ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'art. 40 del codice penale». Tale disposizione, secondo il predetto orientamento, «non avrebbe alcun senso se non disciplinasse la partecipazione omissiva al reato commesso da altri» (*ivi*, p. 140). A ben vedere, tuttavia, una simile lettura dell'art. 138 c.p.m.p. non pare del tutto accettabile, almeno per due distinte ragioni. Come osserva L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 392 s., anzitutto, il succitato articolo

conseguenza, perciò, che i margini di applicabilità della responsabilità commissiva per omissione finiscono per essere estesi²¹.

Al fine di contenere l'ambito applicativo dell'art. 40, secondo comma, c.p., s'è proposto di ricorrere a un criterio di carattere 'contenutistico'²². Si tratterebbe, secondo questa prospettiva, di limitare l'ambito di operatività della norma *de qua* alle sole fattispecie poste a tutela di taluni beni giuridici fondamentali: come, ad esempio, la vita e l'incolumità²³. A ben vedere, tuttavia, non vi sono disposizioni legislative che avvalorino tale orientamento. E in effetti, in sede giudiziaria, non si tiene conto, nel valutare l'addebito di responsabilità per l'omesso impedimento dell'evento, della *natura* del bene giuridico offeso.

Più comunemente, per circoscrivere l'area dei reati suscettibili di realizzazione mediante una condotta omissiva, anche nelle ipotesi di concorso di persone²⁴, la giurisprudenza²⁵, allineandosi a posizioni già espresse in dottrina²⁶, richiama la figura della *posizione di garanzia*. Siffatta nozione, intesa in termini meramente sostanziali, non assume, tuttavia, sufficiente *capacità euristica*.

configura un reato omissivo *proprio*, prevedendo una tipizzazione espressa delle omissioni punibili. Inoltre, stante l'inciso dell'art. 138 c.p.m.p. secondo cui è 'ferma in ogni altro caso l'operatività dell'art. 40, comma 2, c.p.', non sembrano «pregiudica[ti], in alcun modo, i margini di applicabilità» di quest'ultima norma: «margini che dovranno essere distintamente e autonomamente accertati sulla base delle esigenze interpretative prospettate di per sé dall'art. 40 cpv.». «Come tale, conclude l'Autrice, l'art. 138 c.p.m.p. non può costituire il fondamento di un'estensione generalizzata delle ipotesi di compartecipazione criminosa mediante omissione a reati di mera condotta».

²¹ Secondo L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 389, interpretando il concetto di evento di cui all'art. 40, comma 2, c.p. in senso giuridico, si realizza «un'estensione analogica *in malam partem*» della nozione in oggetto.

²² *Contra* M. ROMANO, *sub* Art. 40 c.p., cit., p. 381 s., secondo il quale «non si può convenire che dall'art. 40, co. 2° siano riguardati i soli beni giuridici della vita e dell'incolumità individuale e pubblica»: «vero che tali ipotesi» osserva l'Autore «sono in proposito le più importanti, e non soltanto storicamente, la formula amplissima della disposizione in esame, sancendo una fondamentale equivalenza, a date condizioni, fra condotte omissive e condotte attive, non consente restrizioni particolari a seconda del bene giuridico interessato».

²³ G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 178.

²⁴ D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2019, p. 186, descrive icasticamente il ricorso, in combinato disposto, all'art. 110 c.p. e all'art. 40, comma 2, c.p. come «un incrocio senza semaforo, senza regole precostituite di precedenza», ove «la soluzione del singolo caso è rimessa alla volontà dell'interprete, che potrà far prevalere ora le esigenze di legalità, ora quelle della tutela».

²⁵ Da ultimo, cfr. Cass., sez. V, 20 novembre 2020, n. 71, in *Ced Cass.*, Rv. 280410; Cass., sez. IV, 15 ottobre 2020, n. 2845, in *Ced Cass.*, Rv. 280319; Cass., sez. V, 17 settembre 2020, n. 31812, in *Ced Cass.*, Rv. 279768; Cass., sez. IV, 16 settembre 2020, n. 27574, in *Ced Cass.*, Rv. 279960; Cass., sez. V, 5 febbraio 2020, n. 11936, in *Ced Cass.*, Rv. 278985-02; Cass., sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 13848, in *Ced Cass.*, Rv. 279137.

²⁶ V., per tutti, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 33 ss.

Com'è noto, l'approccio di tipo *sostanziale-funzionale*²⁷ ha come obiettivo quello di non «subordinare il giudizio di rilevanza penalistica *ex art. 40 cpv.* al richiamo di criteri di valutazione facenti capo ad altre branche dell'ordinamento»²⁸: volendo, in tal modo, superare le criticità proprie della *formelle Rechtspflichttheorie*²⁹, secondo cui l'obbligo d'agire deve essere «disposto da una norma *ad hoc*, dotata dei caratteri della giuridicità e *già* preveduta dall'ordinamento in modo più o meno manifesto»³⁰. L'impostazione funzionale suggerisce, allora, di valorizzare «gli elementi che caratterizzano il fatto 'concreto'»³¹, ricorrendo, per l'appunto, allo strumento della *posizione di garanzia*.

Tale locuzione, che trova origine nella *Garantenlehre* di matrice tedesca, indica tutte quelle ipotesi in cui: «a) il titolare del bene penalmente protetto, e cioè il

²⁷ Com'è noto, la teoria funzionale è stata mutuata dalla dottrina tedesca. A riguardo cfr., p. es., ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1988, pp. 283 ss.; ID., *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, in *JuS*, 1961, pp. 173 ss.; K. KÜHL, § 13, in K. KÜHL - M. HEGER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2014, pp. 91 ss.; W. STREE, § 13, in A. SCHÖNKE - F.C. SCHROEDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2019, pp. 221 ss.; T. WEIGEND, § 13, in *Leipziger Kommentar StGB*, Band I, Berlin, 2020, pp. 884 ss. La contrapposizione tra la teoria formale e quella sostanziale si colloca, a ben vedere, «nel solco della più generale dialettica tra il principio del *favor libertatis*, da un lato, e l'istanza di tutela dei beni giuridici, dall'altro» (F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., p. 624). «La dogmatica dell'omissione – prosegue l'Autore – non è una dogmatica ideologicamente neutra (ammesso che esista una dogmatica ideologicamente neutra); in essa l'opzione ideologica dell'interprete – intesa a considerare come prevalente l'impronta individualistica dei diritti di libertà o, all'opposto, la dimensione solidaristica della tutela penale – risulta particolarmente evidente, se non addirittura necessaria per superare le imperfezioni della disciplina codicistica» (*ibidem*).

²⁸ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 650.

²⁹ Per la verità, la concezione formalistica annovera tra le fonti dell'obbligo di agire anche un criterio nient'affatto formalizzato: cioè, quello relativo all'azione pericolosa precedente. Il che, a ben vedere, pare contraddire quanto imposto dal principio di legalità, non essendovi, infatti, alcuna disposizione, almeno nell'ambito della legislazione penale, che imponga di impedire le offese derivanti dalla suddetta attività. Sul punto v. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., pp. 24 ss.; F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., p. 622; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 196; T. PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, p. 146.

³⁰ In questi termini si esprime F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 121, il quale sottolinea che il riferimento contenuto nell'art. 40 cpv. c.p. alla giuridicità dell'obbligo «è interpretabile non soltanto nel senso di un rinvio alla fonte formale di giuridicità della norma comportamentale, ma anche nel senso di un rinvio a norme comportamentali che siano dalla legge (magari in altra sede) considerate come giuridicamente vincolanti, a prescindere dalla loro fonte e dal procedimento della loro formazione» (*ivi*, p. 135).

³¹ A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., p. 260.

soggetto ‘garantito’, si trova nell’*incapacità* (totale o parziale) di difendersi personalmente dai pericoli che lo minacciano; *b*) la salvaguardia del bene in questione viene affidata al ‘garante’ *anteriamente* all’insorgere della situazione di pericolo; *c*) il ‘garante’, in forza dei presupposti *sub a*) e *b*), signoreggia l’accadere che sfocia nell’evento lesivo in modo penalmente equivalente a quello di chi aggredisce positivamente il bene tutelato»³².

Declinato in questi termini, il concetto di posizione di garanzia consentirebbe, si afferma, di individuare «le situazioni fattuali, giuridicamente rilevanti, in presenza delle quali l’ordinamento fa scaturire la doverosità dell’azione impeditiva»³³. Non servirebbe, perciò, alcuna previsione, da parte di una fonte formale, di un obbligo finalizzato a impedire l’evento: essendo sufficiente, a tal fine, accertare la sussistenza di un precedente *rapporto di dipendenza* tra il soggetto garante e il bene giuridico oggetto di tutela. Relazione la quale, chiarisce la dottrina, «riposa sul fenomeno di ‘funzionalizzazione’ di un certo interesse (la libertà comportamentale di un individuo) a un altro (la tutela di un determinato bene)»³⁴.

Resta irrisolta, allora, la questione relativa ai criteri selettivi di siffatto «vincolo di tutela tra un soggetto garante e un bene giuridico»³⁵: non essendo esplicitati dalla legge i ‘termini’ della relazione in cui si sostanzia la posizione di garanzia, quest’ultima finisce per essere riconosciuta, per via interpretativa, anche in situazioni prive di rilevanza sul piano del diritto penale³⁶.

Se non si vuole abbandonare, dunque, il concetto di *posizione di garanzia*, occorre, quanto meno, ricostruire la suddetta nozione in termini *giuridico-formali*, così da non frustrare l’istanza costituzionale di legalità formale³⁷.

³² G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, cit., p. 130.

³³ Così rileva F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., p. 620.

³⁴ F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, cit., p. 206.

³⁵ Cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 650.

³⁶ Così che, precisa M. ROMANO, *sub Art. 40 c.p.*, cit., p. 392, «se si vuole essere conseguenti, dunque, si deve concludere che la regolamentazione attuale dei reati omissivi impropri attraverso l’art. 40 cpv. non può essere condivisa, poiché non soltanto non consente alcuna certezza [...], ma addirittura rappresenta uno dei casi più clamorosi di creazione giurisprudenziale delle fattispecie».

³⁷ Sull’inconciliabilità tra la concezione sostanzialistico-funzionale e il principio di legalità v., ad es., G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 201 ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 77; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 170; ID., *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, cit., pp. 340 ss.

In quest'ottica, affinché sussista un obbligo rilevante ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., non basta che il garante possa impedire *in concreto* il verificarsi dell'esito avverso, essendo necessario che la legge, «già *in astratto e preventivamente*»³⁸, gli attribuisca «poteri che consentano una tale condizione di signoria»: «non, quindi, semplici poteri di un'azione in qualche modo incidente sul decorso causale e solo eccezionalmente idonei a impedire l'evento disvoluto, ma quei precisi poteri che tale impedimento effettivamente possono già garantire *a priori* con un'adeguata sicurezza»³⁹.

L'utilità di siffatto criterio *giuridico-formale* tende, tuttavia, a scemare laddove sussistano dinamiche organizzative complesse. In tali contesti, infatti, essendo non agevole rinvenire precise indicazioni legislative sulla base delle quali ricostruire i *rapporti di tutela* intercorrenti tra i vari membri dell'ente e la molteplicità di beni esposti alle diverse fonti di pericolo che caratterizzano il piano organizzativo, strutturale e tecnologico, si corre il rischio, come si dirà più oltre⁴⁰, di continuare a interpretare il concetto di *Garantestellung* pur sempre in termini sostanzialistico-funzionali.

3. La posizione di garanzia: un concetto attuale?

La locuzione 'posizione di garanzia', elaborata dall'orientamento funzionalistico, ha assunto rilievo, altresì, sul piano legislativo. Ad essa, in particolare, fa riferimento espresso l'art. 299 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro, stabilendo che i soggetti coinvolti nel sistema prevenzionistico deli-

³⁸ Come osserva altresì I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 76, un «requisito implicito della 'posizione di garanzia', talora trascurato dalla dottrina, è la sua *preesistenza* al verificarsi del presupposto di fatto, che attualizza lo specifico obbligo di impedire l'evento». «Solo ove la 'posizione di garanzia' sia assunta anteriormente, rileva l'Autrice, la tutela del bene giuridico può dirsi effettivamente 'affidata' al garante».

³⁹ A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 203, nonché A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 587; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, p. 237, p. 260; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., pp. 70 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale*, cit., pp. 50 ss.; M. ROMANO, *sub Art. 40 c.p.*, cit., p. 391 s. Come precisa F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, cit., p. 206, è la legge che deve indicare i «termini» della «relazione 'soggetto – bene'». «Il che, prosegue l'Autore, può avvenire in due diversi modi»: «o facendo perno sulla descrizione di una 'fonte di pericoli' e ponendo espressamente a carico di taluno il compito di controllo su di essa; o facendo perno sulla descrizione di un complesso di *funzioni* attribuite a certi soggetti; o indicando un certo bene particolarmente bisognoso di protezione e creando correlativamente una relazione di dovosità fra tale bene e un determinato soggetto».

⁴⁰ V. *infra*, § 4.

neato dalla predetta normativa (si tratta, in particolare, del datore di lavoro, del dirigente e del preposto) sono titolari, per l'appunto, di una *posizione di garanzia*, anche nelle ipotesi in cui risultino eventualmente sprovvisti di una regolare investitura⁴¹. In tal senso, s'è inteso chiarire che la fonte dell'obbligo di impedire l'evento sarebbe l'«ordinamento di impresa»⁴²: le posizioni che gravano sui garanti, pertanto, «si formano con la mera attribuzione, all'interno della costellazione organizzativa, dei poteri d'intervento su un certo settore»⁴³. Siffatti poteri vengono, dunque, considerati *giuridici* «in quanto scaturiti dalle mosse organizzative dell'imprenditore, dalla struttura creata discrezionalmente dal titolare del potere primario»⁴⁴.

Sul piano giudiziario, del resto, la disposizione in commento è declinata in termini alquanto ampi, ravvisandovi l'affermazione espressa del *principio di effettività*: ovvero, del «principio funzionalistico, in base al quale», per configurare un obbligo rilevante in chiave omissiva, «occorre fare riferimento alle mansioni disimpegnate in concreto, e non alla qualificazione astratta del rapporto»⁴⁵.

⁴¹ Più precisamente, secondo N. PISANI, *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione*, cit., p. 129 (nonché ID., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 828), l'art. 299 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, sposa il paradigma della teoria formale-funzionale o eclettica: dal momento che «non può costituire fonte dell'obbligo di impedire l'evento l'esercizio di fatto di un potere meramente 'naturalistico', laddove non si accompagni a una 'regolare' investitura di poteri giuridici congruenti». Diffusamente, sulla teoria c.d. eclettica o mista v. *ex multis* R. ALAGNA, *Sul reato omissivo improprio: spunti problematici e sistematici*, in *Foro it.*, 2001, p. 230 s.; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, cit., pp. 265 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 242 ss.; M. ROMANO, *sub Art. 40 c.p.*, cit., pp. 382 ss. In termini critici, con riguardo all'impostazione in esame, si è espressa, ad esempio, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., pp. 192 ss., la quale osserva che «la presente concezione rischia, talora, di cumulare gli inconvenienti delle tesi precedenti anziché superarli, allorché i criteri formale e funzionale vengano impiegati non in una reciproca integrazione, ma alternativamente».

⁴² A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, cit., 2017, p. 520.

⁴³ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 182. Così anche V. MONGILLO, *Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione*, in A.M. STILE - A. FIORELLA - V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità individuale alla «colpa» dell'ente*, Napoli, 2014, p. 26.

⁴⁴ *Ibidem*. Nel solco di questa prospettiva, le fattispecie che rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 299 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, sono (come chiarisce anche T. PADOVANI, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1588): *i*) la subdelega ulteriore; *ii*) l'usurpazione di funzioni, *iii*) l'assunzione 'al nero' oppure, ancora, *iv*) lo svolgimento di mansioni superiori alla qualifica formalmente assunta.

⁴⁵ Cass., sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 10704, in *Ced Cass.*, Rv. 25676, nonché, sempre in materia, cfr. Cass., sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 22246, in *Ced Cass.*, Rv. 25922401; Cass., sez. IV, 6 maggio 2016, n. 24136, in *Ced Cass.*, Rv. 26685401; Cass., sez. IV, 10 ottobre 2017, n. 50037, in *Ced Cass.*, Rv. 271327-01; Cass., sez. IV, 2 febbraio 2019, n. 22079, in *Ced Cass.*, Rv. 276265-01. Il principio di effettività è stato

Senonché, l'art. 299 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 tace circa «i criteri diagnostici in forza dei quali il giudice dovrebbe essere in grado di riconoscere il garante di fatto»⁴⁶. Né, tanto meno, vi sono altre norme dell'ordinamento penale che forniscono indicazioni adeguate in materia.

Viste tali carenze, è stata la giurisprudenza a esplicitare le condizioni necessarie per la sussistenza di una posizione di garanzia, precisando che si configura un obbligo di impedimento dell'evento allorché vi sia: «a) un bene giuridico [che] necessiti di protezione, poiché il titolare da solo non è in grado di proteggerlo; b) una fonte giuridica – anche negoziale – [che] abbia la finalità di tutelarlo; c) tale obbligo gravi su una o più persone specificamente individuate; d) queste ultime siano dotate di poteri atti a impedire la lesione del bene garantito, ovvero siano a esse riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari a evitare che l'evento dannoso sia cagionato»⁴⁷.

Tale definizione solleva, a tutt'oggi, significative incertezze, specie con riguardo al concetto di *potere impeditivo*, sebbene, almeno a livello teorico, siffatta locuzione sia stata oggetto, ormai da tempo, di ampio approfondimento. In letteratura, infatti, con tale espressione viene indicata «la possibilità, sotto il profilo giuridico e materiale,

enucleato, per la prima volta, dalla sentenza della Cass., Sez. Un., 1° luglio 1992, n. 9874, in *Ced Cass.*, Rv. 191185, che, con riguardo segnatamente alla materia infortunistica, stabilisce quanto segue: «l'individuazione dei destinatari degli obblighi posti dalle norme sulla prevenzione degli infortuni e sull'igiene del lavoro deve fondarsi non già sulla qualifica rivestita, bensì sulle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono, quindi, rispetto alla carica attribuita al soggetto, ossia alla sua funzione formale».

⁴⁶ D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, p. 167. Muovendo dal *deficit* di determinatezza che affligge l'art. 299 del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81, si propone di mutuare i canoni necessari per l'individuazione del garante di fatto dall'art. 2639 c.c. Disciplina, questa, che equipara all'*intraneus*, formalmente investito di poteri giuridici ostativi, l'*estraneus* che «esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica e alla funzione»: cfr., in tal senso, A. LANZI, *Testo unico. Disposizioni in materia penale e di procedura penale, in Igiene e Sicurezza del lavoro*, 2008, p. 343; C. BERNASCONI, *Gli altri garanti della sicurezza sul lavoro*, in F. GIUNTA - D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, pp. 77 ss.

⁴⁷ Cfr., ad es., Cass., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 185 ss., con nota di F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*; Cass., sez. IV, 11 novembre 2014, n. 49732, in *Ced Cass.*, Rv. 261181; Cass., sez. I, 7 febbraio 2020, n. 9049, in *www.sistemapenale.it*, 13 aprile 2020, con nota di B. FRAGASSO, *La Cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione di soccorso aggravata dall'evento morte in un noto caso di cronaca*; in *www.giurisprudenzapenale.com*, con nota di M. BIANCHI, *Il fatto crea il precetto? Alcune considerazioni 'a prima lettura' sulla sentenza Vannini/Ciontoli*; in *Arch. pen. Web*, 13 ottobre 2020, e con nota di M. SPINA, *Il 'caso Vannini'. Brevi note su azione, omissione e obblighi di garanzia*; in *www.discrimen.it*, 18 novembre 2020, con nota di A. GARGANI, *Lo strano caso dell'azione colposa seguita da omissione dolosa'. Uno sguardo critico alla sentenza 'Vannini'*.

di intervenire direttamente, in prima persona, ed efficacemente sulla situazione di pericolo per il bene»⁴⁸. La «sola possibilità di informare il titolare del bene o il garante»⁴⁹ circa il concretizzarsi di simile condizione di pericolo non basterebbe, invece, a integrare alcuna posizione giuridica di garanzia.

Sul piano pratico-applicativo, tuttavia, si fatica a distinguere le ipotesi in cui ricorre un potere autenticamente *impeditivo* da quelle caratterizzate da un *potere di sorveglianza* o da un *mero potere di attivarsi*⁵⁰: irrilevanti entrambi ai fini dell'imputazione *ex art. 40, comma 2, c.p.*⁵¹

L'indagine circa i predetti «poteri deboli»⁵² è, a ben vedere, trascurata. Può accadere, perciò, che essi vengano assimilati erroneamente ai poteri *di controllo* o a quelli

⁴⁸ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 153. Sul punto v. anche, ad es., A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 200 s., il quale chiarisce che, in taluni casi, «il legislatore, sul presupposto di una particolare posizione di potere di determinati soggetti, si attende e impone un'azione, per così dire, 'risolutiva', nel senso di attendersi un intervento penetrante che effettivamente impedisca il verificarsi dell'evento criminoso»; in altri casi, «il legislatore, mancando quel presupposto di particolare potere, si attende e impone atti che semplicemente 'agevolino' l'impedimento; non aspettandosi dunque un intervento ugualmente decisivo».

⁴⁹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 153.

⁵⁰ Sulla differenza tra poteri impeditivi e poteri di mera vigilanza e di informazione cfr., in particolare, F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, cit., p. 343, il quale precisa che «a) per il principio della responsabilità penale personale, l'inosservanza dell'obbligo di sorveglianza non dà luogo a responsabilità per non impedimento dell'evento, perché in assenza dei poteri impeditivi, si tratterebbe di responsabilità per fatto altrui; b) il titolare dell'obbligo di sorveglianza non risponde neppure di concorso omissivo nel reato commesso dal soggetto sottoposto a vigilanza; c) *de jure condito*, l'omessa sorveglianza è punibile solo nei casi espressamente previsti da specifiche norme della parte speciale del diritto penale (es.: per il reato di omissione di atti di ufficio da parte del pubblico ufficiale), stante l'assenza – quanto meno nel codice penale italiano – di una previsione generale sull'obbligo di sorveglianza [...]; d) *de jure condendo*, è sentita l'esigenza di introdurre – come ha fatto lo Schema di un nuovo codice penale italiano del 1992 – sia una disposizione generale sull'obbligo di sorveglianza, che ne stabilisca i requisiti e la rilevanza penale, sia autonome fattispecie incriminatrici delle violazioni di specifici obblighi di sorveglianza». Sulla prospettiva *de lege ferenda* v. *infra*, § 7.

⁵¹ In dottrina, sulla distinzione tra obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza e mero obbligo di attivarsi v. A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, cit., pp. 615 ss.; F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 608 s.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., pp. 56 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 169 s.; A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., pp. 273 ss.; N. Pisani, voce *Obbligo di impedire l'evento*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, pp. 3861 ss. Sul punto cfr. anche A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 203 s.

⁵² Con l'espressione *poteri deboli* vengono indicati «quei poteri il cui esercizio può produrre solamente un'influenza sulle decisioni del soggetto controllato», non potendo rilevare «nemmeno che tale influenza, in casi analoghi, abbia indotto il soggetto controllato ad astenersi dall'illecito»: così F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., p. 608.

di protezione: i primi finalizzati a «preservare i beni protetti da tutti i rischi che possono lederne l'integrità», i secondi, invece, a «neutralizzare le eventuali fonti di pericolo che possono minacciare il bene protetto»⁵³.

Si consideri, in tal senso, quanto avviene con riguardo a talune «posizioni ausiliare o di supporto»⁵⁴: come quella di cui è titolare, ad esempio, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione *ex artt.* 31 ss. del d. lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

Secondo quanto previsto da tale normativa⁵⁵, l'organo in questione ha il compito di *i)* individuare e valutare i fattori di rischio; *ii)* elaborare le misure volte a prevenire il concretizzarsi dei rischi in precedenza individuati; *iv)* predisporre programmi di informazione e di formazione dei lavoratori sui rischi connessi all'attività di impresa. Attività nel cui espletamento il responsabile del servizio di prevenzione e protezione riveste l'incarico di *consulente* del datore di lavoro, «essendo privo di un ruolo gestionale, decisionale, e svolge[ndo] solo una funzione di supporto alle determinazioni di quest'ultimo»⁵⁶. Poiché, dunque, si tratta di un collaboratore privo di reali poteri impeditivi, costituirebbe un assunto ben difficilmente motivabile quello inteso a sostenere che il medesimo sia gravato da una posizione di garanzia.

⁵³ Nel medesimo senso, di recente, Cass., sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214, in *Ced Cass.*, Rv. 276685-01; Cass., sez. IV, 14 giugno 2018, n. 49593, cit.; Cass., sez. IV, 11 novembre 2014, n. 49732, cit.; Cass., sez. IV, 28 febbraio 2019, n. 16029, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 174 ss., con nota di N. CAROLEO GRIMALDI, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento nel caso di calamità naturali*. Nell'ambito degli obblighi/poteri *di protezione*, rientrano, ad esempio, gli obblighi gravanti, *ex art.* 147 c.c., sui genitori con riguardo alla tutela della vita e dell'integrità fisica dei figli minori; gli obblighi dei coniugi sulla reciproca vita e incolumità di cui all'art. 143 c.c.; gli obblighi del personale sanitario sulla salute dei pazienti, come previsto dall'art. 7 del d.P.R. n. 128 del 1979; nonché, gli obblighi dei dipendenti dell'Amministrazione penitenziaria sulla vita e sulla incolumità dei detenuti negli istituti di pena, ai sensi degli artt. 1 e 11 della l. n. 354 del 1975. Più problematica, invece, è la definizione degli obblighi/poteri *di controllo*. Nell'ambito di siffatta categoria vengono abitualmente ricondotti: *i)* gli obblighi connessi alla proprietà, al possesso o alla detenzione di cose o di animali pericolosi, secondo quanto stabilito dagli artt. 2051, 2052 e 2053 c.c.; *ii)* gli obblighi connessi all'esercizio di attività pericolose, come, ad esempio, quelli imposti dall'art. 2054 c.c.; *iii)* gli obblighi che richiedono l'impedimento di azioni illecite altrui, il cui fondamento viene rintracciato negli artt. 2047, 2048 e 2049 c.c. Discussa, invece, è la possibilità di includere nell'ambito degli obblighi di controllo quelli derivanti dall'esercizio di una precedente attività pericolosa, secondo la tesi di matrice tedesca dell'*Ingerenz*.

⁵⁴ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, cit., p. 521.

⁵⁵ Cfr. art. 33 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

⁵⁶ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, § 21, che è richiamata, in questa sede, nella versione integrale, come pubblicata in *www.penalecontemporaneo.it*. Tra i molti e autorevoli commenti alla sentenza *de qua v.*, p. es., A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 novembre 2014; R. BARTOLI, *Luci e ombre della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 2565 ss.; G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle SS. UU. sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. e*

Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza è giunta a conclusioni del tutto diverse⁵⁷. Descrivendo i poteri di sorveglianza, o – per meglio dire – di consulenza, del responsabile del servizio di protezione e prevenzione come dei poteri *di controllo* rilevanti *ex art. 40, comma 2, c.p.*, s'è affermata, infatti, la responsabilità del predetto organo. Quest'ultimo, pertanto, identificato – con una forzatura del dato normativo – nel ruolo di garante, è stato chiamato a rispondere penalmente, insieme col datore di lavoro, degli «eventi dannosi derivati dai suoi suggerimenti sbagliati, o dalla mancata segnalazione di situazioni di rischio, che abbiano indotto il secondo [*scilicet*: il datore di lavoro] a omettere l'adozione di misure prevenzionali doverose»⁵⁸.

4. Le *ambiguità* del potere impeditivo. Alcuni esempi

Allargando, per un momento, l'orizzonte dell'analisi, può essere interessante una rapida panoramica circa taluni contesti esemplificativi della *complessità* che caratterizza i sistemi in cui interagiscono fattori umani, organizzativi e tecnologici.

Si consideri, in tal senso, il diritto penale dell'economia: ambito nel quale s'è registrata «la massima responsabilizzazione soggettiva sul fronte dell'omesso impedimento dell'evento»⁵⁹.

proc. pen., 2015, pp. 77 ss.; L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S. U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 623 ss.; G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il mistero del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1938 ss.; M. ROMANO, *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, pp. 559 ss.; M. RONCO, *La riscoperta della volontà nel dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1953 ss.; K. SUMMERER, *La pronuncia delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 490 ss.

⁵⁷ Sull'affermazione della responsabilità omissiva del responsabile del servizio di prevenzione e protezione per gli eventi avversi occorsi a danno dei lavoratori nell'esercizio dell'attività d'impresa, oltre alla sentenza sul caso *ThyssenKrupp*, v. anche Cass., sez. IV, 21 dicembre 2018, n. 111708, in *Ced Cass.*, Rv. 275279-01; Cass., sez. IV, 26 aprile 2017, n. 40718, in *Ced Cass.*, Rv. 270765-01; Cass., sez. IV, del 23 novembre 2011, n. 49821, in *Foro it.*, 2013, II, pp. 350 ss., con nota di G. FIANDACA, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e di protezione*; Cass., sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2814, in *Guida al dir.*, 2011, pp. 58 ss., con nota di G. AMATO, *L'omissione fa scattare un concorso di colpa con il datore titolare della posizione garanzia*. In termini parzialmente difformi, invece, Cass., 1° febbraio 2018, n. 4941, in *Guida lav.*, 2018, pp. 21 ss.; Cass., sez. IV, 26 aprile 2017, n. 24958, in *Ced Cass.*, Rv. 270286-01; Cass., sez. IV, 5 aprile 2013, n. 50605, in *Dir. pen. proc.*, 2014, pp. 440 ss., con nota di V. FERRO, *Delega di funzioni: i confini della posizione di garanzia e il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*.

⁵⁸ Cass., sez. IV, 21 dicembre 2018, n. 11708, cit., § 2.

⁵⁹ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 664.

Con riguardo al sistema societario, emergono non poche difficoltà nel tratteggiare la corretta *fisionomia* dei poteri attribuiti, per esempio, ai membri del collegio sindacale. Sul punto, a ben vedere, la normativa non offre sufficienti indicazioni, così che, in sede giudiziaria, si tralascia la distinzione tra poteri di mera sorveglianza, non rilevanti ai fini dell'art. 40, comma 2, c.p., e quelli propriamente dotati di efficacia impeditiva.

Secondo quanto previsto dall'art. 2403 c.c., il collegio sindacale *vigila* sia sull'attività di gestione, verificando il rispetto della legge – più in particolare, dei principi di corretta amministrazione –, sia sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Nel caso delle società quotate, ai sensi dell'art. 149 del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*), al collegio sindacale spetta altresì il compito di vigilare sul funzionamento del sistema di controllo interno e di quello amministrativo-contabile (affinché prospettino correttamente i fatti di gestione). Nel contempo, il suddetto organo è tenuto a esaminare le modalità di concreta attuazione dei codici di *corporate governance* ai quali la società dichiara di attenersi⁶⁰.

In vista dell'esecuzione di siffatte mansioni, i sindaci, anche *uti singuli*, possono effettuare atti di ispezione e di controllo ai sensi dell'art. 2404-*bis* c.c., con la facoltà, per le società quotate, di accedere inoltre «a qualsiasi dato, documento o fatto sociale senza che sia loro opponibile il segreto aziendale, e ciò vuoi attraverso atti d'ispezione nella sede o in altre dipendenze o uffici della società, vuoi attraverso richieste indirizzate agli amministratori»⁶¹. Peraltro, ciascun sindaco può assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo, secondo quanto stabilito dall'art. 2405 c.c. e dall'art. 149, comma 2, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. A tale facoltà, nel caso delle società quotate, si aggiunge, poi, quella di poter convocare tanto il consiglio d'amministrazione, previa comunicazione al presidente di quest'ultimo organo, quanto l'assemblea dei soci: come previsto dall'art. 151,

⁶⁰ Con riguardo ai doveri di controllo dei membri del collegio sindacale v. F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, pp. 26 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, pp. 334 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., pp. 185 ss.; A. ROSSI, *La responsabilità penale dei componenti degli organi di controllo societario: riflessioni e digressioni su struttura, accertamento, limiti*, in M. BARTOLINO - L. EUSEBI - G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, cit., pp. 2110 ss.

⁶¹ G. CAVALLI, *sub* Art. 151 T.U.F., in G. CAMPOBASSO (diretto da), *Commentario al T.U.F.*, Torino, 2002, p. 1258.

comma 2, del decreto testé citato⁶². Infine, ai sensi dell'art. 2409 c.c. – e, nel caso delle società quotate, dell'art. 152 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 – i sindaci possono rivolgersi all'autorità giudiziaria, ove abbiano il sospetto che siano state compiute gravi irregolarità nella gestione della società.

Ora, secondo l'impostazione giurisprudenziale più diffusa, la succitata disciplina descriverebbe, nel complesso, veri e propri poteri *inibitori* dell'attività illecita altrui. In forza di questo orientamento, perciò, i membri del collegio sindacale, non esercitando le predette competenze, potrebbero essere giudicati responsabili a titolo di concorso omissivo per i reati commessi dai soggetti sottoposti alla loro vigilanza⁶³.

⁶² Le prerogative del collegio sindacale sono state oggetto di riforma, come noto, da parte del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. In tal modo, si è inteso rimediare alla «vastità ed eterogeneità dei compiti attribuiti ai sindaci [che era] tale da rendere *in concreto impossibile* l'efficace svolgimento degli stessi, soprattutto nelle società di grandi dimensioni» (così G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XVI, Torino, 1985, p. 537). Al collegio sindacale spettava, infatti, il dovere, alquanto ampio, di vigilare sull'osservanza della legge e di controllare l'amministrazione della società (cfr. art. 2403 c.c.). Stante la precedente normativa, dunque, «la funzione di controllo del collegio si esplica[va] in tutte le direzioni sullo svolgimento in senso ampio dell'azione sociale, [era] generale e senza limiti, anche al di là di quanto previsto in singole norme specifiche o strumentali» (ivi, p. 561). A ben vedere, tuttavia, anche dopo la riforma del 2003 la funzione di vigilanza affidata al predetto organo risulta descritta in termini alquanto indeterminati, risolvendosi nel generale obbligo di verificare l'*osservanza della legge e dell'atto costitutivo*: ovvero, in «un dovere d'amplissimo contenuto, che ha come proprio punto di riferimento ogni tipo di normativa legale e regolamentare (e non soltanto quella di tipo più strettamente societario) e che investe l'intera vita della società, ivi compresa l'attività delle assemblee» (G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate*, in P. ABBADESSA - G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, III, Torino, 2007, p. 57). Peraltro, accanto all'*illimitato* dovere di vigilanza appena descritto, il collegio sindacale è tenuto ad accertare, altresì, che siano rispettati, ai sensi dell'art. 2403 c.c., i *principi di corretta amministrazione*, ovvero a effettuare un «controllo (parimenti *illimitato*) sul rispetto delle regole aziendalistiche di corretta e prudente amministrazione» (ivi, p. 151). Diversamente dal passato, invece, l'esame della contabilità e della regolarità del bilancio non è più espressamente annoverato tra gli obblighi dei sindaci. Sebbene la normativa non contenga alcun riferimento esplicito a siffatto dovere, non sembra comunque possibile esonerare l'organo menzionato dallo svolgere tale funzione, dal momento che *ex art. 2403, comma 1, c.c.* il collegio sindacale deve in ogni caso vigilare «sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e *contabile* adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento» [corsivo nostro].

⁶³ Cfr. Cass., sez. V, 5 febbraio 2020, n. 11936, in *Ced Cass.*, Rv. 278985-2; Cass., sez. V, 11 maggio 2018, n. 44107, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 gennaio 2019, con nota di G. RAPELLA, *In tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale: la Cassazione precisa i confini del concorso omissivo dei sindaci nelle condotte distrattive degli amministratori*; Cass., sez. V, 14 gennaio 2016, n. 18985, in *Ced Cass.*, Rv. 267009-01; Cass., sez. V, 5 marzo 2014, n. 26399, in *Ced Cass.*, Rv. 260215-01; Cass., sez. V, 13 dicembre 2006, n. 17393, in *Ced Cass.*, Rv. 236630-01. Il tema del concorso omissivo dei sindaci nell'attività illecita altrui risulta problematico, come si dirà meglio *infra*, § 6, anche sotto il profilo della ricostruzione dell'*elemento soggettivo*. La giurisprudenza, infatti, tende ad accogliere la teoria dei segnali

Come accuratamente rilevato da un orientamento dottrinale⁶⁴, la tesi che descrive le prerogative proprie dei sindaci come *ostative* dell'azione illegale altrui non pare, tuttavia, condivisibile, trattandosi, a ben vedere, di poteri meramente *sollecitatori*. Pur avendo il diritto di convocare l'assemblea e di manifestare, in questa sede, il proprio dissenso rispetto alle iniziative ritenute indebite poste in essere dagli amministratori, i sindaci non dispongono, infatti, della facoltà di adottare provvedimenti intesi a impedire simili attività, svolgendo, in realtà, una funzione di controllo *successiva* alla realizzazione degli atti di gestione illeciti⁶⁵. E lo stesso vale, del resto, anche con riferimento all'attivazione, mediante denuncia, dell'autorità giudiziaria nel caso in cui vi sia il sospetto di gravi irregolarità relative alla gestione. Peraltro, anche laddove tale segnalazione risultasse tempestiva, il collegio sindacale non potrebbe parimenti emanare alcun provvedimento impeditivo.

Un'ulteriore riprova di come, in sede applicativa, non risulti affatto agevole delineare correttamente il contenuto dei poteri rilevanti *ex art. 40*, comma 2, c.p. si può trarre dalla giurisprudenza che si è occupata delle responsabilità in capo all'autorità comunale nel caso di eventi calamitosi⁶⁶.

In materia di protezione civile, l'art. 15, comma 3, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, stabilisce che, «al verificarsi dell'emergenza nell'ambito del territorio comunale, il sindaco assume la direzione e il coordinamento dei servizi di soccorso e di

d'allarme, secondo cui la sussistenza del dolo si dovrebbe dedurre dalla prova della percezione (o, finanche, della mera conoscibilità) dei *deficit* gestionali.

⁶⁴ Cfr. A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp. 501 ss.; F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, cit., pp. 609 s.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., pp. 172 ss.; A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 68 ss.; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, cit., pp. 196 ss.; F. STELLA - F. D'ALESSANDRO, *sub Art. 40 c.p.*, in G. FORTI - S. SEMINARA - S. ZUCALÀ (a cura di), *Commentario breve al Codice penale*, Padova, 2017, p. 157. Diversamente, L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1362 s.; G. CHIARAVIGLIO, *Il collegio sindacale e l'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. dott. comm.*, 2011, pp. 198 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 357 ss.; A. NISCO, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro*, cit., p. 174, il quale osserva che «la tesi del potere impeditivo quale potere mediato non è insostenibile». In particolare, secondo l'Autore, «l'ordinamento può ben allestire la tutela di determinati beni mediante un reticolo di posizioni di controllo, alcune delle quali concepite proprio con il fine di rendere possibile l'intervento di altri garanti».

⁶⁵ Si tratta, cioè, di «prerogative meramente reattive», «cronologicamente e logicamente successive al fatto illecito posto in essere da altri»: F. CONSULICH, *Poteri di fatto e obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societari*, in *Le Società*, 2012, pp. 556 ss.

⁶⁶ V. *infra*, nota n. 69.

assistenza alle popolazioni colpite e provvede agli interventi necessari dandone immediata comunicazione al prefetto e al presidente della Giunta regionale». Tuttavia, allorché la calamità naturale, in ragione della sua significativa «estensione» e «dimensione», non possa essere fronteggiata con i mezzi a disposizione del comune, il sindaco ha il compito, ai sensi del comma 4 del medesimo articolo, di «chiede[re] l'intervento di altre forze e strutture al prefetto, che adotta i provvedimenti di competenza, coordinando i proprio interventi con quelli dell'autorità comunale»⁶⁷.

Nel caso, quindi, di emergenze particolarmente significative, il sindaco è titolare di un potere di carattere *pre-impeditivo*: il potere, per l'appunto, di attivare il prefetto. Quest'ultimo, infatti, è il soggetto istituzionalmente competente a disporre le misure necessarie al fine di contenere e mitigare gli effetti dell'evento avverso⁶⁸ (senza che ciò ovviamente possa giungere a configurare, anche in capo al prefetto, una sorta di responsabilità oggettiva). Poiché il sindaco non è munito di alcun potere *risolutivo* circa la gestione degli accadimenti che fuoriescono dall'ordinario, se ne deve dedurre che,

⁶⁷ La disciplina in materia di protezione civile, prevista dalla legge 24 febbraio 1992, n. 225, è stata modificata dalla legge 9 novembre 2001, n. 401, e, più di recente, dal d.l. 15 maggio 2012, n. 59, conv. in l. 12 luglio 2012, n. 100, e dal d.l. 14 agosto 2013, conv. in l. 15 ottobre 2013, n. 242. Siffatta normativa descrive «un modello organizzativo stabile, 'diffuso' e 'reticolare', incentrato sulla ripartizione di funzioni tra Stato, regioni ed enti locali [...]. Si tratta di una struttura organizzativa 'plurilivello' e policentrica, composta dall'Amministrazione centrale e periferica dello Stato, dagli Enti locali (Regione, Provincia, Comune), dagli Istituti di ricerca scientifica e da ogni altra Istituzione, pubblica e privata, interessata»: così A. GARGANI, *Omesso impedimento di calamità naturali? La problematica posizione di garanzia posta a carico dei titolari di funzioni di protezione civile*, in www.legislazionepenale.eu, 6 novembre 2015. A riguardo v. anche G. CANZIO, *Introduzione*, in AA.VV., *Protezione civile e responsabilità nella società del rischio. Chi valuta, chi decide, chi giudica*, Pisa, 2013, pp. 13 ss.; F. GANDINI, *Profili costituzionali e amministrativi*, in F. GANDINI - A. MONTAGNI (a cura di), *La protezione civile. Profili costituzionali e amministrativi, riflessi penali*, Milano, 2007, pp. 5 ss.; I. PISA, *Protezione civile e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 229 ss.; C. VALBONESI, *Le posizioni d'obbligo penalmente rilevanti nel contesto della Protezione civile*, in www.discrimen.it, 19 febbraio 2021.

⁶⁸ *Ex art.* 14, comma 2, della legge 24 febbraio 1992, n. 225, il prefetto, al verificarsi di eventi naturali che per natura ed estensione «comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria» o di «calamità naturali che, «in ragione della loro intensità ed estensione, debbono, con immediatezza di intervento essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari», ha il compito di: *a*) informare il Dipartimento della protezione civile, il presidente della giunta regionale e il Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile del Ministero dell'interno; *b*) assumere, coordinandosi con il presidente della giunta regionale, la direzione unitaria dei servizi di emergenza da attivare a livello provinciale, coordinandoli con gli interventi dei sindaci dei comuni interessati; salve le disposizioni vigenti nell'ordinamento giuridico della regione Friuli-Venezia Giulia; *c*) adottare tutti i provvedimenti necessari ad assicurare i primi soccorsi; *d*) vigila sull'attuazione, da parte delle strutture provinciali di protezione civile, dei servizi urgenti, anche di natura tecnica».

almeno in simili circostanze eccezionali, il medesimo non riveste alcun ruolo di garante circa l'incolumità della popolazione, spettando, invece, tale compito al prefetto.

In materia, tuttavia, la giurisprudenza accoglie una tesi opposta. Secondo l'impostazione più diffusa, infatti, i sindaci – descritti quali autorità comunali *di protezione civile* in caso di calamità gravi – rispondono a titolo di omissione impropria per il delitto di omicidio colposo multiplo, pur essendo titolari di una funzione di mero supporto informativo. Così che, stando all'orientamento or ora richiamato, la posizione di garanzia potrebbe essere integrata da semplici obblighi di attivazione⁶⁹.

La ricognizione, seppur cursoria, delle varie declinazioni giurisprudenziali in merito al concetto di potere impeditivo consente pertanto di rilevare, in termini assolutamente generali, la scarsa 'capacità euristica' di quel concetto, che si presenta incerto nella sua definizione e mutevolissimo nelle vicende applicative. Di tal che si finisce per «tramuta[re] il garante nella figura di un soggetto 'onnipotente', esponendolo al pericolo di una scontata responsabilità, dal momento che egli può fare, o, comunque, tutto avrebbe potuto fare per impedire la verifica dell'evento»⁷⁰.

Dietro la scelta interpretativa di non distinguere i poteri di garanzia da quelli di attivazione e di sorveglianza si nasconde, a ben vedere, l'esigenza di colmare presunti vuoti di tutela, così da poter perseguire intenti intimidatori o di soddisfazione dei cosiddetti bisogni di pena riscontrabili nel contesto sociale. In quest'ottica, allora, la responsabilità commissiva mediante omissione subisce un fenomeno di indebita espansione, con oneri che finirebbero per incidere sul rispetto delle garanzie fondamentali nel cui ambito deve pur sempre muoversi l'adempimento di un obbligo giuridicamente rilevante. Senza, peraltro, che tali 'sacrifici' siano compensati dal conseguimento di finalità solidaristiche.

Come già si osservava, infatti, la logica dell'intimidazione non costituisce un valido stimolo all'adozione da parte dei consociati di condotte *attive* orientate al soddisfacimento delle istanze solidaristiche. Posto che l'impedire certi fatti lesivi non dipende tanto dal carattere esemplare della condanna applicata *ex post*, ma dalla capacità dell'ordinamento di *agevolare* l'esercizio *ex ante* di condotte impeditive. In vista di ciò, sarà dunque necessario operare, già in sede legislativa, una più attenta selezione e descrizione degli obblighi impeditivi rilevanti ai fini della responsabilità omissiva impropria.

⁶⁹ Cfr. Cass., sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214, in *Ced Cass.*, Rv. 276685-01; Cass., sez. IV, 28 febbraio 2019, n. 16029, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 174 ss.; Cass., sez. IV, 11 marzo 2020, n. 16761, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 101 ss., con nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazione applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*.

⁷⁰ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, cit., p. 662.

Allorché, del resto, il contenuto del dovere giuridico di agire risulta *evanescente*, il garante è scoraggiato dall'intervenire, percependo che, a fronte dell'impegno profuso nel contrastare l'accadimento offensivo, sussiste pur sempre il rischio di possibili contestazioni legali future. Possibilità, questa, che, nel caso di un *facere* sembra essere perfino superiore rispetto alle ipotesi in cui si adotti un contegno passivo. Ciò in quanto, data l'inevitabile fallibilità umana, anche il più competente degli operatori non è immune dal commettere errori: laddove al contrario, nel caso in cui si rimanga inerti, il pericolo di sbagliare si affievolisce, potendosi far conto, anzi, sul fatto che gli eventi evolvano naturalmente *nel verso giusto*⁷¹.

Anche per questo, le istanze di tutela che emergono nei contesti organizzativi complessi impongono, come torneremo a dire⁷², di approcciare il tema della responsabilità commissiva per omissione secondo una prospettiva *olistica*: indirizzata, cioè, a disinnescare i fattori *sistemici* che inducono all'inazione, ben prima che l'evento si verifichi⁷³.

5. Il *criterio della competenza* nelle organizzazioni complesse

Nei sistemi complessi, i processi decisionali che conducono all'attivazione dei poteri inibitori dell'evento avverso richiedono, il più delle volte, il coinvolgimento di una pluralità di garanti, secondo *iter* deliberativi che possono protrarsi anche per lunghi periodi di tempo⁷⁴. Di frequente, si rende necessario altresì l'intervento di soggetti non titolari, almeno sul piano formale, di obblighi rilevanti ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., ma comunque dotati *de facto* di capacità impeditive. Così che, in simili contesti,

⁷¹ Con il rischio, perciò, di una fuga dall'assunzione di determinate decisioni, parallela a quella che si può riscontrare, soprattutto nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, conseguente al timore di incorrere in responsabilità per colpa.

⁷² Sul punto v. *infra*, § 7.

⁷³ A riguardo v. quanto afferma C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale. Atti del Convegno Arel del 17 marzo 1978*, Milano, 1979, p. 34: «Di fronte a realtà troppo complesse, sovraccariche di intrecci e di interconnessioni difficilmente districabili, al legislatore non resta... che astrarre da una rilevazione concreta delle conseguenze dannose o pericolose, per concentrare l'incriminazione su schemi di comportamento che l'esperienza segnala come atti a incidere negativamente sugli interessi che si intendono tutelare». «È un procedimento di astrazione legislativa, prosegue l'Autore, che risponde a un bisogno di semplificazione e, al tempo stesso, di certezza».

⁷⁴ Per una disamina dettagliata del tema relativo alla successione nella titolarità delle posizioni di garanzia cfr. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., pp. 581 ss.

la contropinta ostativa alla verifica dell'esito lesivo assume carattere *organizzativo*, essendo il frutto di molteplici prestazioni individuali correlate tra loro.

Rebus sic stantibus, la capacità selettiva del tradizionale paradigma della posizione di garanzia risulta alquanto limitata: ragion per cui s'è avvertita l'esigenza di ricorrere a un canone diverso, quello, cioè, della *sfera di competenza*. Quest'ultimo criterio, secondo un'elaborazione dovuta in Italia⁷⁵ soprattutto a Luigi Cornacchia, «individua l'ampiezza dell'ambito di responsabilità, il limite entro il quale ciascuno può essere chiamato a rispondere penalmente»: «non, di converso, di tutti quei fatti che, pur essendo causati sul piano naturalistico e persino voluti, non rientrano nella sfera di competenza del soggetto, ma costituiscono estrinsecazione del mero rischio generale della vita o ubiquitario, ovvero rientrano nella sfera di competenza di altri (agenti o vittime)»⁷⁶. Richiedendo perciò, oltre all'astratta titolarità di un obbligo giuridico, anche la sussistenza *in concreto* della *signoria fattuale* sulla situazione di pericolo⁷⁷, il canone della sfera di competenza ambisce, in definitiva, a contenere il rischio che la responsabilità soggettiva venga surrettiziamente trasformata in «responsabilità oggettivo-sistemica, ascritta a precostituiti centri di imputazione»⁷⁸.

⁷⁵ L'approccio fondato sul concetto di competenza s'è sviluppato originariamente in Germania, a seguito dei lavori di G. JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, Monaco, 1992, pp. 31 ss.; ID., *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, Francoforte sul Meno, 2012, pp. 24 ss.

⁷⁶ L. CORNACCHIA, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. pen.*, 2013, p. 263; ID., *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, pp. 426 ss. In particolare, l'Autore distingue tra competenza generale e competenza istituzionale. La *competenza generale* è quella che «ogni persona, in quanto riconosciuto soggetto di diritto, assume rispetto alla propria sfera di libertà e ai rischi da essa dismessi all'interno del proprio status» (*ivi*, p. 440). La *competenza istituzionale*, invece, è quella che assegna ai singoli specifiche competenze legate, per l'appunto, «alle strutture organizzative fondamentali della società di un determinato contesto storico»: «il soggetto gravato da un potere positivo di ordine istituzionale, precisa l'Autore, risponde non per l'esercizio 'rischioso' della propria libertà di organizzazione (e responsabilità per le conseguenze), ma per le ragioni dell'istituzione stessa (responsabilità istituzionale)». (*ivi*, p. 440 s.).

⁷⁷ Cfr. in argomento D. MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, cit., pp. 153 ss.; ID., *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, pp. 509 ss., il quale definisce la competenza come «il riflesso di una *signoria giuridico-fattuale* concernente il rischio da fronteggiare»: «una signoria che discende dalla convergenza su un unico soggetto di adeguati poteri decisionali e impeditivi, da un lato, e di una situazione concreta, dall'altro, che renda materialmente esigibile ed efficace in termini preventivi il loro adempimento».

⁷⁸ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., p. 350.

Si tratta di un approccio che ha avuto, peraltro, un certo riscontro giurisprudenziale⁷⁹, tanto da essere adottato dalle Sezioni Unite nella sentenza sul caso *Thyssen-Krupp*⁸⁰. Ivi, infatti, la Suprema Corte ha definito il soggetto garante come il «gestore di un rischio», volendo in tal modo sottolineare che, nell'ambito di «contesti lavorativi complessi», «si è frequentemente in presenza di differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati»⁸¹. «Ciò – proseguono i giudici – suggerisce che in molti casi occorre configurare, già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre: «esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto 'gestore' del rischio»⁸². Al fine di individuare correttamente quest'ultima figura, si tratterebbe di «partire dall'identificazione del rischio che si è concretizzato, del settore, in orizzontale, e del livello, in verticale, in cui si colloca il soggetto che era deputato al governo del rischio stesso, in relazione al ruolo che questi rivestiva»⁸³. Per quanto riguarda, in particolare, la definizione del ruolo, servirebbe prendere in considerazione sia la carica formalmente attribuita al soggetto agente, sia, più in generale, il 'contesto organizzativo' in cui egli opera. Soltanto, infatti, attraverso un'analisi complessiva circa l'organizzazione dell'ente è possibile comprendere, secondo l'impostazione in esame, quali siano gli effettivi poteri decisionali e di intervento di cui è dotato il singolo gestore.

Sulla base di quanto appena evidenziato, si comprende, allora, come l'orientamento che fa leva sul criterio della competenza approcci il tema della responsabilità omissiva impropria secondo una prospettiva *olistico-sistemica*: il che segnala, senza dubbio, un punto di forza del succitato modello. Tuttavia, nel fare ricorso al canone fondato sulla competenza si deve altresì tener conto di alcune cautele.

Segnatamente, dall'applicazione del parametro in oggetto può derivare un'indebita *sovrapposizione logica* tra il momento relativo all'accertamento della causalità e quello attinente all'individuazione del soggetto titolare di obblighi rilevanti ai sensi

⁷⁹ Cass., sez. IV, 23 novembre 2012, n. 49821, in *Foro it.*, 2013, II, cc. 350 ss., con nota di G. FIAN-DACA, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*; Cass., sez. IV, 13 gennaio 2015, n. 6394, in *www.repertoriosalute.it*, 24 febbraio 2015; Cass., sez. IV, 15 ottobre 2014, n. 43168, in *Ced Cass.*, Rv. 260947-01; Cass., sez. IV, 18 aprile 2019, n. 39261, in *Ced Cass.*, Rv. 277193.

⁸⁰ Per i numerosi commenti alla predetta sentenza v. i riferimenti bibliografici richiamati *supra*, nota n. 56.

⁸¹ Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., § 13.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

dell'art. 40, comma 2, c.p. Posto che infatti la «meccanica del criterio della competenza»⁸⁴ prevede che l'indagine muova dall'evento non allo scopo di comprenderne in via preliminare la causa eziologica, bensì con l'obiettivo di identificare il soggetto competente a fronteggiare il rischio che si è trasfuso nel fatto verificatosi in concreto⁸⁵, è necessario prestare una certa cautela all'applicazione del canone suddetto, affinché non si rinunci al giudizio controfattuale in punto di causalità, ma si proceda a effettuare simile indagine solo dopo aver rintracciato il garante⁸⁶.

Nel contempo, il fare riferimento alla tipicità come 'competenza a gestire il rischio', ovvero quale inosservanza di una regola cautelare attinente al ruolo rivestito dal soggetto agente, si presta ad «aggirare le difficoltà insite nella distinzione tra azione e omissione»⁸⁷: con la conseguenza che si realizza *di fatto* un'estensione dell'ambito della punibilità. Un esito, questo, che, tuttavia, si pone in contraddizione con l'intento,

⁸⁴ D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento*, cit., p. 515.

⁸⁵ La stessa Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., § 13.1, si sofferma sul tema del rapporto tra causalità e criterio della sfera di responsabilità, riportando talune esemplificazioni. Viene proposto, in particolare, il caso di un operaio che subisce un infortunio sul lavoro, avendo tenuto una condotta imprudente. Secondo la Corte, il comportamento «abnorme» del lavoratore è «'interruttivo' (per restare nel lessico tradizionale) non perché 'eccezionale', ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare». «Tale eccezionalità» prosegue la sentenza «renderà magari in qualche caso (ma non necessariamente) statisticamente eccezionale il comportamento, ma ciò è una conseguenza accidentale e non costituisce la reale ragione dell'esclusione dell'imputazione oggettiva dell'evento».

⁸⁶ In tema, D. MICHELETTI, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento*, cit., p. 516, puntualizza che il «superamento della preliminare ricognizione eziologica» rivela persino dei «vantaggi»: il criterio della competenza, secondo questa prospettiva, consentirebbe di «rilegge[re] la dinamica causale in termini di governabilità umana», senza concentrarsi, dunque, soltanto «sull'anello della sequenza causa-effetto più prossimo in termini meccanicistici all'evento». Di conseguenza, «il bilancio delle garanzie risulta quindi incrementato, nella misura in cui si fa precedere l'accertamento controfattuale da una valutazione funzionalistica volta a verificare la congruità dell'addebito rispetto al ruolo svolto dall'individuo nella collettività». Come precisa altresì L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, cit., pp. 350 ss.: «il rischio delle attuali società tecnocratiche [è quello] di vedere trasformata la responsabilità soggettiva delle persone in responsabilità oggettiva-sistematica ascrivita a precostituiti centri di imputazione». «Diversamente però» sottolinea l'Autore «se l'accertamento della competenza, definita astrattamente *ex ante*, viene assunto come *momento previo* rispetto alla tipicità, la dommatica del fatto proprio non viene affatto superata, ma integrata dalla pre-definizione di ruoli attraverso la (astratta, ma solo finché non positivizzata) preposizione di obblighi giuridici»: «non si delegittima la valenza della legge, ma si richiede un *quid pluris* a implementare la responsabilità per fatto proprio» (*ivi*, p. 353).

⁸⁷ A. NISCO, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni Unite ThyssenKrupp*, in F. CURI (a cura di), *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, Bologna, 2016, p. 169.

del tutto condivisibile, di «districare intricati scenari, nella prospettiva di ricercare responsabilità e non capri espiatori»⁸⁸.

6. I processi deliberativi fallaci all'origine delle condotte omissive

Il 'modello della scelta razionale'⁸⁹, secondo cui «ogni individuo, caratterizzato da una varietà di obiettivi, è capace di confrontare la soddisfazione ottenibile da ciascuno di essi, giungendo così a un giudizio di valore complessivo»⁹⁰, è stato ampiamente smentito, com'è noto, dalla 'teoria della razionalità limitata'⁹¹.

Le moderne scoperte circa i meccanismi deliberativi evidenziano, infatti, che, nell'ambito dei sistemi organizzativi complessi, la decisione circa l'adozione di una certa condotta non proviene per lo più da un'analisi ragionata in merito ai costi e ai benefici che potrebbero derivarne, ma origina dall'operare, spesso inconsapevole, di peculiari procedure mentali di natura intuitiva: le cosiddette *euristiche*⁹². Sebbene queste ultime consentano, il più delle volte, di risolvere problemi articolati in breve tempo e con risultati corretti, può accadere, peraltro, che conducano ad assumere scelte errate⁹³. Il che,

⁸⁸ Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., § 13, p. 96.

⁸⁹ La teoria della 'scelta razionale' è stata elaborata sulla base degli studi condotti, in ambito economico, da J.S. MILL, *On the definition of Political Economy; and on the method of philosophical investigation in that science*, in *London and Westminster Rev.*, 1831, pp. 1 ss. L'Autore descrive l'individuo come un *homo oeconomicus*: ovvero, come un soggetto capace di raggiungere sempre i propri obiettivi, servendosi della illimitata razionalità (detta anche *razionalità olimpica*) di cui è dotato. A riguardo cfr. anche D. GREYER - C. PLOTT, *Economic Theory of Choice and the Preference Reversal Phenomenon*, in *Am. Ec. Review*, 1979, pp. 623 ss.; G.S. BECKER, *Irrational Behaviour and Economic Theory*, in *Journal of Political Economy*, 1962, pp. 1 ss.

⁹⁰ S. HARGREAVES - M. HOLLIS - B. LYONS, *et al.*, *La teoria della scelta. Una guida critica* (1981), tr. it. a cura di L. Sacconi, Bari, 1996, p. 19.

⁹¹ Sulla teoria della razionalità limitata v., in particolare, gli studi di H. SIMON, *Il comportamento amministrativo* (1947), tr. it. di S. Cimmino, Bologna, 1957, pp. 1 ss.; ID., *Rational choice and the structure of the environment*, in *Psychological Review*, 1956, pp. 129 ss.; ID., *Models of Man: Social and Rational*, New York, 1957; ID., *Models of Bounded Rationality. Behavioural Economics and Business Organization*, II, Cambridge, 1982; ID., *Rationality in psychology and economics*, in R. HOGARTH - M. REDER (eds.), *Rational choice: The contrast between economics and psychology*, Chicago, 1986, pp. 25 ss.

⁹² Con il termine *euristica* si indica, secondo la definizione proposta da D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci* (2011), tr. it. a cura di L. Serra, Milano, 2012, p. 109, «una semplice procedura che aiuta a trovare risposte adeguate, anche se spesso imperfette, a quesiti difficili».

⁹³ Le euristiche rappresentano automatismi decisionali propri del *sistema cognitivo di tipo 1*, ovvero di quella modalità di elaborazione dei dati che procede *intuitivamente*. Siffatto sistema decisionale consente di risolvere problemi complessi in breve tempo, ma rischia, non di rado, di incorrere in errori (*bias*). Questi ultimi, tuttavia, possono essere corretti attraverso il ragionamento di tipo analitico afferente al *sistema cognitivo di tipo 2*. Come osserva D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, cit., p. 31, non

nel caso dei processi decisionali alla base dei comportamenti omissivi, può derivare soprattutto dall'attivarsi del cosiddetto *omission bias*⁹⁴.

Il *bias* dell'omissione, secondo la definizione fornita dalla letteratura di settore, «consiste nella tendenza sistematica a favorire scelte che implicano l'omissione piuttosto che l'azione concreta, anche quando l'omissione espone a rischi maggiori»⁹⁵.

Al ricorrere dell'euristica in esame, dunque, il soggetto agente non si comporta come un 'decisore razionale' poiché, in presenza di due diverse opzioni, non si orienta su quella che consente la massimizzazione del guadagno o, comunque, la minimizzazione della perdita.

Così, ad esempio, è possibile spiegare il comportamento dei protagonisti di uno dei principali esperimenti condotti con riguardo, per l'appunto, all'*omission bias*. I soggetti coinvolti nello studio in questione, posti di fronte alla decisione di vaccinare o meno i propri figli al fine di proteggerli da un pericoloso *virus*, decidevano di non immunizzare i bambini: i genitori intervistati, seppur consapevoli del fatto che il rischio di morte a seguito della vaccinazione fosse esiguo rispetto a quello derivante dall'aver contratto l'infezione, sceglievano comunque un contegno omissivo, senza, tuttavia, voler in tal modo arrecare alcun danno ai propri piccoli⁹⁶. E non pare stiano

è sempre agevole ricorre al sistema analitico di tipo 2, poiché il suo impiego richiede un dispendio di energie elevato.

⁹⁴ M. SPRANCA - E. MINSK - J. BARON, *Omission and commission in judgment and choice*, in *J. Exp. Soc. Psychology*, 1991, p. 78; J. BARON - I. RITOV, *Reference Points and Omission Bias*, in *Organizational behaviour and Human Decision Processes*, 1994, pp. 477 s.; ID., *Reluctance to vaccinate: omission bias and ambiguity*, in *Journal of Behavioural Decision Making*, 1990, pp. 263 ss.; ID., *Status quo and omission bias*, in *Journal of Risk and Uncertainty*, 1992, pp. 14 ss.; J. BARON, *Non-consequentialist decisions*, in *Behavioural and Brain Sciences*, 1994, pp. 2 ss.

⁹⁵ R. DI SCHIENA - G. BELLELLI, *Bias di omissione: un contributo al dibattito attraverso la proposta di un test empirico*, in *Psychofenia*, 2007, p. 147.

⁹⁶ D.A. ASCH - J. BARON - J.C. HERSHEY - H.H. KUNREUTHER - J. MESZAROS - I. RITOV - M. SPRANCA, *Omission Bias and Pertussis Vaccination*, in *Medical Decision Making*, 1994, pp. 118 ss. Analoghi risultati, peraltro, si sono avuti anche a seguito dello studio condotto da A.L. WROE - N. TURNER - P.M. SALKOVSKIS, *Understanding and predicting parental decisions about early childhood immunizations*, in *Health Psychology*, 2004, pp. 33 ss., circa la scelta dei genitori di sottoporre i propri figli alla vaccinazione contro il morbillo e la parotite. Anche in questo caso, infatti, coloro che decidevano, pur adeguatamente informati, di non sottoporre a vaccinazione i propri figli non operavano una valutazione di tipo logicamente consequenziale in merito ai costi e ai benefici che ne sarebbero potuti derivare, ma adottavano la condotta omissiva sulla base, per l'appunto, dell'*omission bias*. L'impatto dell'euristica dell'omissione è stato studiato, altresì, con riguardo alle decisioni assunte dai medici in condizioni di complessità: v., p. es., J.L. NATES, *To Behave, or not to Behave: That is the question*, in *Crit. Care Medicine*, 2006, pp. 908 ss.; R.A. HAYWARD - S.M. ASCH - M.M. HOGAN - T.P. HOFER - E.A. KERR, *Sins of omission: Getting too little medical care may be the greatest threat to patient safety*, in *J. of Gen. Intern. Medicine*, 2005, pp. 686 ss. Da tali studi è emerso che i professionisti dell'ambito sanitario, dovendo

diversamente le cose, oggi, con riguardo alle scelte di alcuni adulti di non accedere, per sé medesimi, alle vaccinazioni anti-Covid 19.

Secondo gli esperti di psicologia cognitiva, alla base della fallacia cognitiva in esame vi sarebbe la tendenza degli individui ad *amplificare* il sentimento di frustrazione che si avverte al ricorrere di un evento avverso soprattutto nelle ipotesi in cui siffatto esito derivi da una condotta attiva⁹⁷. È stato dimostrato, infatti, che le persone, a parità di esito, tendono a rimproverarsi più per l'azione che non per l'omissione⁹⁸.

Tale propensione si spiega tenendo conto di un ulteriore *bias*: ovvero, quello dell'*avversione alle perdite*⁹⁹. Siffatta locuzione viene utilizzata per descrivere la naturale inclinazione degli individui ad «attribuire maggior valore agli effetti avversi conseguenti a una perdita, piuttosto che a quelli positivi derivanti da un guadagno»¹⁰⁰. Nell'eventualità, pertanto, che il medesimo risultato negativo possa essere cagionato tanto dall'inazione quanto dall'adoperarsi concretamente, si registra comunque una più spiccata attitudine all'astensione¹⁰¹. In altri termini, le persone preferiscono rimanere

scegliere tra più opzioni terapeutiche, tendono *istintivamente* a preferire l'adozione di condotte omissive (cfr. S.K. ABEREGG - E.F. HAPONIK - P.B. TERRY, *Omission Bias and Decision Making in pulmonary and critical care medicine*, in *Chest*, 2005, pp. 1497 ss.).

⁹⁷ Si tratta del cosiddetto *exaggeration effect*: sul punto cfr. D. KAHNEMAN - A. TVERSKY, *The psychology of preferences*, in *Scientific America*, 1982, pp. 160 ss.; D.T. MILLER - C. MCFARLAND, *Counterfactual Thinking and Victim Compensation: a Test of Norm Theory*, in *Personality and Social Psychology Bulletin*, 1986, pp. 513 ss.; J. LANDMAN, *Regret and elation following action and inaction: affective responses to positive versus negative outcomes*, *ivi*, 1987, pp. 524 ss.

⁹⁸ R. DI SCHIENA - G. BELLELLI, *Bias di omissione: un contributo al dibattito attraverso la proposta di un test empirico*, cit., p. 151. In questo stesso senso anche T. GILOVICH - V.H. MEDVEC - D. KAHNEMAN, *Varieties of regret: A debate and partial resolution*, in *Psychological Review*, 1998, pp. 602 ss.

⁹⁹ D. KAHNEMAN - A. TVERSKY, *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, in *Econometrica*, 1979, pp. 263 ss.; A. TVERSKY - D. KAHNEMAN, *Loss aversion in riskless choice: a reference-dependent model*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1991, pp. 1039 ss.; D. KAHNEMAN - J. L. KNETSCH - R.H. THALER, *Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias.*, in *J. of Economic Perspectives*, 1991, pp. 193 ss.; R. THALER, *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*, in *J. of Economic Behaviour and Organization*, pp. 39 ss.; N. NOVEMSKY - D. KAHNEMAN, *The Boundaries of Loss Aversion*, in *J. of Marketing Research*, 2005, pp. 119 ss.; P. BROOKS - H. ZANK, *Loss Averse Behaviour*, in *J. of Risk and Uncertainty*, 2005, pp. 301 ss.

¹⁰⁰ J. BARON - I. RITOV, *Reference Points and Omission Bias*, cit., p. 479. Gli Autori riportano il seguente esempio: «al denaro impiegato in un certo affare si attribuisce un valore maggiore rispetto al denaro guadagnato, pur trattandosi, dal punto di vista quantitativo, della stessa somma, allo stesso modo un bene a cui si rinuncia è considerato di valore superiore rispetto a quello che si acquista, così le persone che non vogliono spendere \$X per una certa merce, non accetteranno \$2X per quello stesso prodotto» [traduzione nostra].

¹⁰¹ Il *bias* dell'avversione alle perdite è stato ben approfondito in ambito economico. A riguardo, cfr. S. BENARTZI - R. THALER, *Myopic loss aversion and equity premium puzzle*, in *Quarterly J. of Econom-*

inerti poiché sperano che le cose si *mettano a posto* da sole e che da ciò derivi un vantaggioso ‘risparmio’, non dovendo impiegare tempo, energie e risorse economiche per eseguire l’azione doverosa¹⁰².

Il che, peraltro, rischia di manifestarsi con maggiore evidenza quando il soggetto agente non comprenda agevolmente il contenuto dell’attività da intraprendere: per cui, non sapendo con esattezza come modificare l’iniziale situazione di pericolo, si preferisce lasciare quest’ultima inalterata¹⁰³.

Si tratta, a ben vedere, di acquisizioni che, seppure attinenti alle discipline psicosociali, non possono essere trascurate altresì dalla scienza penalistica, sollecitando, in particolare, la riflessione circa i criteri soggettivi di imputazione della responsabilità omissiva impropria.

Il fatto che, soprattutto in contesti caratterizzati dalla costante interazione tra una pluralità di soggetti agenti e tecnologie altamente specializzate, l’inazione non venga programmata, di regola, secondo criteri orientati alla logica calcolante in vista del perseguimento di uno scopo specifico, ma sia motivata da fattori emotivi e situazionali tali da favorire l’instaurarsi di errori cognitivi, induce a dubitare circa la possibilità di rinvenire nelle fattispecie commissive mediante omissione gli estremi del *dolo intenzionale*¹⁰⁴.

Affinché si riscontri la sussistenza di tale elemento soggettivo, infatti, occorre comunque accertare, oltre alla «conoscenza dell’obbligo giuridico di garanzia» e alla «rappresentazione del presupposto di fatto che attiva tale obbligo»¹⁰⁵, anche la «*volontà*

ics, 1995, pp. 73 ss.; B. HERDIE - E.J. JOHNSON - P. FADER, *Modelling loss aversion and reference dependence effects on brain choice*, in *Marketing Science*, 1993, pp. 378 ss.; D. PUTLER, *Incorporating reference price effects into a theory of consumer choice*, *ivi*, 1992, pp. 287 ss.; M. RABIN - R. THALER, *Risk Aversion*, in *J. of Economic Perspectives*, 2001, pp. 219 ss.; S. SEN - E.J. JOHNSON, *Mere-possession effects without possession in consumer choice*, in *J. of Consumer Research*, 1997, pp. 105 ss.; M.A. STRAHILEVITZ - G. LOEWENSTEIN, *The effect of ownership history on the valuation of objects*, *ivi*, pp. 276 ss.

¹⁰² Si rammenti quanto già evidenziavamo, parallelamente, al termine del § 4.

¹⁰³ È questo il cosiddetto *status quo bias*. v. D. GAL, *A psychological law of inertia and the illusion of loss aversion*, in *Judgement and Decision Making*, 2006, pp. 26 ss.; A. MOSHINSKY - M. BAR-HILLEL, *Loss aversion and status quo label bias*, Hebrew University, 2005, *passim*.

¹⁰⁴ Come osserva R. PALAVERA, *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, Pisa, 2020, «per l’indagine *circa il dolo*, il codice seleziona quel segmento decisionale in cui l’*evento penalmente rilevante* è assunto dal soggetto come *oggetto dell’intenzione*, ossia come esito di questa, a cui l’azione è finalisticamente orientata».

¹⁰⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 343; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 308. Circa il dolo negli illeciti omissivi impropri G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 667, precisano che tale elemento soggettivo «abbraccia i presupposti di fatto della posizione di garanzia»: non si richiede, perciò, «che l’omittente sappia che la violazione dell’obbligo di garanzia è penalmente sanzionata».

di non tenere l'ultima azione impeditiva (idonea e possibile) dell'*evento* materiale quale conseguenza di tale omissione»¹⁰⁶. E, ovviamente, la volontà che l'evento si produca. Senza, tuttavia, che ciò risulti agevole, essendo ben difficile immaginare un individuo che, al fine di conseguire un certo obiettivo illecito, si limiti a *non facere quod facere debetur*.

Non è inconsueto, d'altra parte, che la responsabilità omissiva impropria venga addebitata a titolo di dolo eventuale¹⁰⁷. Eppure, sussistono valide ragioni per confutare la correttezza di simile operazione ermeneutica, comportando essa, fra l'altro, l'applicazione contestuale, secondo criteri ampiamente discrezionali, di due categorie ben lontane dall'istanza di determinatezza espressa dall'art. 25 della Costituzione.

La condotta omissiva, in effetti, non è finalizzata, generalmente, all'ottenimento di alcunché: s'è già visto, infatti, che l'inerzia è dettata, semmai, dall'esigenza di evitare i 'sacrifici' – misurabili, per esempio, in termini di rischio, di impegno economico o di fatica – imposti dall'atto doveroso. In tal caso, pertanto, l'evento offensivo non risulta accessorio a un fine (perseguito dal soggetto agente) che abbia *attivato* il rischio del prodursi (con un coefficiente volontaristico) di quel medesimo evento: «quando – cioè – il soggetto, senza intervenire, lascia decorrere verso un evento offensivo, da lui previsto come conseguenza accessoria della sua omissione, serie causali preesistenti, il puro fatto di accettare il rischio, sia pure con un atteggiamento di disprezzo verso il bene concreto, non sembra, rispetto ai fini delle norme penali, equivalente alla volontà dell'evento»¹⁰⁸. Del resto, «configurare un dolo [diretto o eventuale] il quale si instauri su una condotta [omissiva] che nulla abbia di intenzionale risulta assolutamente contraddittorio»¹⁰⁹.

¹⁰⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 344.

¹⁰⁷ Sull'esclusione della configurabilità del dolo eventuale e del dolo diretto nei delitti omissivi impropri v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, p. 324 s. (conf. L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, p. 208). Più di recente, D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, ha rilevato come, in contesti emotivamente densi «soprattutto nei casi di maggiore incertezza», «come quello caratterizzato dalla speranza nella mancata verifica dell'evento», l'imputazione vada proiettata sul versante colposo e non su quello del dolo eventuale. In senso contrario, invece, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 68; M. ROMANO, *sub* Art. 43 c.p., in ID., *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 439 s. Sulla possibilità di rimproverare, a titolo di dolo eventuale, la fattispecie omissiva di omicidio di cui all'art. 575 c.p. s'è espressa, da ultimo, la sentenza della Cass., sez. I, 7 febbraio 2020, n. 9049, cit., §§ 21 ss.

¹⁰⁸ Così A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 325.

¹⁰⁹ Così L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., p. 208, il quale osserva (*Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1095) come una diversa conclusione potrebbe trarsi, sussistendone gli ulteriori requisiti (su cui ora Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n.

Né, tanto meno, la componente volitiva può essere recuperata in via *presuntiva*, deducendola, come pure suggerisce un'impostazione giurisprudenziale, dalla mera percezione in ordine alla gravità dell'iniziale situazione di pericolo¹¹⁰. Ragionando in questi termini, infatti, il dolo «finisce col retrocedere su una pura potenzialità dell'atteggiamento volitivo»¹¹¹.

Se dunque la condotta omissiva è animata, il più delle volte, non dall'intenzione di realizzare un certo obiettivo quanto, invece, da *bias* cognitivi, viene in ogni caso a mancare «il fattore che contraddistingue unitariamente [il] dolo c.d. diretto e [il] dolo eventuale»: «vale a dire l'essere disposti a pagare il prezzo costituito dalla realizzazione dell'evento, pur di conseguire *un proprio fine*»¹¹².

38343, [*ThyssenKrupp*] cit.), solo nei casi limite nei quali «l'omettere sia davvero psicologicamente determinato, addirittura, dalla prospettiva di conseguire un fine che *nulla abbia a che fare con l'evitare gli oneri dell'adempimento* e che sia conseguibile, dato il ruolo del soggetto interessato, proprio non adempiendo».

¹¹⁰ Con riguardo alla giurisprudenza che deduce la sussistenza dell'elemento volitivo del dolo dalla percezione da parte del soggetto rimasto inerte dei cosiddetti *segnali d'allarme* v. Cass., sez. V, 5 maggio 2007, n. 23838, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 109 ss., con nota di F. CENTONZE, *La Suprema Corte di Cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*; in *Le società*, 2008, pp. 902 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*; Cass., sez. V, 5 novembre 2008, n. 45513, in *Le società*, 2009, con nota F. CERQUA, *La posizione di garanzia degli amministratori: brevi riflessioni*; Cass., sez. V, 5 marzo 2014, n. 26399, Rv. 260215-01; Cass., sez. V, 11 maggio 2018, n. 44107, in *www.penalcontemporaneo.it*, 20 marzo 2019, con nota di L. CARRARO, *Il concorso omissivo dei sindaci nei fatti di bancarotta commessi dagli amministratori*. Si noti, peraltro, che, sulla base di un orientamento giurisprudenziale più risalente, la volontà di non impedire l'evento avverso veniva accertata prendendo in considerazione la mera *conoscibilità* dei segnali d'allarme: esemplificativa di questo indirizzo è la sentenza Cass., sez. V, 22 aprile 1998, n. 8327, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 651 ss. Sull'uso scorretto dei segnali d'allarme in sede giudiziaria cfr. C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1265 ss.

¹¹¹ A. SERENI, *Amministratori non esecutivi, sindaci e omesso impedimento del fatto altrui*, cit., p. 1078.

¹¹² L. EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale*, in *Studium Iuris*, 2000, p. 1079. Sulla componente volitiva del dolo, specie nella forma del dolo eventuale, v. la sentenza Cass., sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit., § 50, ove si precisa che «il dolo esprime la più intensa adesione interiore al fatto, costituisce la forma fondamentale, generale e originaria di colpevolezza». Si tratta, precisa la Corte, «di un atteggiamento psichico che indic[a] una qualche adesione all'evento anche per il caso che esso si verifichi quale conseguenza non direttamente voluta delle proprie condotte»: «il contrario avviso trascura, come è stato considerato dalla più attenta dottrina, che chi agisce dubitando a volte si determina in condizioni di irrazionalità motivazionale, oppure versa in uno stato di opacità che rapporta il rimprovero giuridico alla sfera della colpa».

Ca va sans dire: le fattispecie omissive improprie si configurano – per così dire – *ordinariamente* come reati colposi¹¹³.

In forza delle succiate euristiche deliberative può accadere, al più, che da parte del garante vi sia la *consapevolezza* dell’omettere l’azione doverosa, ma non la volizione né la stessa rappresentazione dell’esito avverso.

Come s’è già detto, a causa dell’operare dell’*omission bias* può accadere sia che il soggetto non si rappresenti affatto l’evento, sia che egli, pur impiegando le risorse cognitive necessarie, si rappresenti l’esito infausto in modo inesatto per via di un *errore di valutazione*, omettendo, perciò, di adottare le cautele opportune. In quest’ultimo caso, il garante rischia di subire un trattamento sanzionatorio ben più severo, a seguito dell’applicazione dell’aggravante prevista dall’art. 61, n. 3, c.p.

A fronte della sostanziale *identità* tra il processo decisionale che conduce all’assenza di rappresentazione e quello che, al contrario, determina la previsione, seppur errata, dell’esito infausto, simile conclusione pare, tuttavia, difficilmente condivisibile. Tanto più ove si consideri che, a seguito dell’applicazione dell’aggravante disciplinata dall’art. 61, n. 3, c.p. alle condotte omissive caratterizzate da un errore di valutazione, si finisce per ‘penalizzare’ coloro i quali hanno investito maggior impegno nella fase di *decision making*, ‘premiando’ chi, invece, ha scelto di *non conoscere*.

Sembra ben fondata, perciò, l’idea – sostenuta, di recente, in dottrina da David Brunelli – secondo cui bisognerebbe «sottrarre l’intero territorio dell’omissione alla sfera di operatività della [predetta] aggravante»¹¹⁴. Infatti, «non è agevole giustificare il trattamento più favorevole (non aggravato) di chi si mette in condizioni di non conoscere, magari neppure per dimenticanza, ma più spesso per la pura convenienza del risparmio di energie, pur sapendo di essere investito della posizione di garanzia, rispetto a chi, avendo assolto agli obblighi informativi, compia un errore omettendo di attivarsi nella direzione corretta»¹¹⁵.

¹¹³ In questi termini L. EUSEBI, *Il dolo nel diritto penale*, cit., p. 1079; ID., *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1094 s. Di certo, nel valutare la responsabilità del soggetto per non aver impedito l’evento che si aveva l’obbligo giuridico di evitare si rende necessaria un’attenta indagine altresì sulla dimensione soggettiva della colpa, al fine di comprendere, in particolare, se vi siano state circostanze anomale tali da incidere sulla capacità di percezione della situazione di pericolo che rende attuale il dovere di intervenire, favorendo, di conseguenza, l’attivazione del predetto *bias*.

¹¹⁴ D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1320. Ciò, ad ogni modo, non escluderebbe il rilievo, ai fini della valutazione *ex art.* 133, comma 1, n. 3, c.p., dell’aver consapevolmente trascurato le cautele doverose.

¹¹⁵ *Ibidem*.

7. Rilievi conclusivi

Le indagini psico-cognitive sui processi deliberativi che conducono all'inazione dimostrano come quest'ultima scaturisca da meccanismi intellettivi diversi da quelli che stimolano le condotte attive: consolidando, in tal modo, l'idea secondo cui il *non agere* rivela un minor disvalore soggettivo rispetto all'azione. Così che la proposta di differenziare il trattamento sanzionatorio con riguardo alle fattispecie omissive improprie pare, a tutt'oggi, attuale¹¹⁶. In vista di ciò, s'è suggerito, ad esempio, di introdurre un'attenuante facoltativa, secondo un'impostazione già recepita, peraltro, anche in altri ordinamenti. Si pensi, in tal senso, alla norma di cui al § 13 *StBG* (*Begehen durch Unterlassen*), introdotta nella parte generale del codice penale tedesco in seguito alla riforma del 1975.

Nella prima parte, la disposizione d'oltralpe risulta pressoché speculare all'art. 40, comma 2, c.p.¹¹⁷, stabilendo, infatti, che colui il quale «omette di impedire un evento previsto dalla fattispecie di una norma penale è punibile secondo questa norma solo se è giuridicamente obbligato a impedire il verificarsi dell'evento e se l'omissione corrisponde alla realizzazione di una fattispecie legale mediante condotta attiva»¹¹⁸. Diversamente, però, dalla normativa domestica, ai sensi del comma 2 del § 13 *StBG* il giudice

¹¹⁶ In tal senso cfr. D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, cit., p. 1319; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 460 s.; ID., *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento. Il nuovo § 13 del codice penale della Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, pp. 908 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 51 ss.

¹¹⁷ La norma tedesca contiene, altresì, la cosiddetta *Gleichwertigkeitsklausel*, ovvero la clausola secondo cui l'omissione «deve corrispondere alla realizzazione della fattispecie legale mediante una condotta attiva» (così G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 28). Il significato di tale clausola è ambiguo: «perché l'omissione da parte del garante era sempre stata considerata 'equivalente' o 'corrispondente' alla realizzazione della fattispecie con un'azione e, come tale, sottoposta a pena» (*ibidem*). «Sembrirebbe invece» osserva il medesimo Autore «che, in base alla formulazione letterale del § 13, l'omissione dell'impedimento di un evento da parte del garante possa non sempre equivalere in anti-giuridicità alla sua causazione». Sul punto v. anche le riflessioni di L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., p. 83, che rileva come «detta clausola, nata con l'originario intento di restringere l'ambito di operatività del § 13, finisce in realtà – per la sua infelice formulazione – con estenderlo anche ai reati di evento a forma vincolata (strutturalmente incompatibili, com'è noto, con la clausola di equivalenza *ex art. 40 cpv. c.p. italiano*)». S'è suggerita, perciò, da parte della dottrina tedesca la riforma della norma *de qua*: a riguardo cfr., p. es., H.H. JESCHECK, *Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht*, in *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, pp. 125 ss.

¹¹⁸ Cfr. §13 *StBG* «(1) *Wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht*».

può diminuire la pena comminata per la corrispondente fattispecie commissiva¹¹⁹. È vero che si potrebbe egualmente giungere a una mitigazione della sanzione penale già «attraverso i normali criteri di commisurazione»¹²⁰ stabiliti dall'art. 133 c.p., ma resta il fatto che un'attenuante la quale incida sulla determinazione della pena in senso lato consentirebbe di meglio valorizzare il minor disvalore insito nelle fattispecie omissive improprie. Fermo restando che, ovviamente, una tale previsione non dovrebbe fare da alibi per un utilizzo meno rigoroso della responsabilità commissiva mediante omissione.

Onde regolare in modo efficace il *fenomeno omissivo*, non sembra bastare, ad ogni modo, la sola diversificazione del trattamento sanzionatorio. Dall'analisi che s'è tratteggiata, emerge, infatti, la necessità di ripensare *complessivamente* la disciplina in materia di responsabilità per omesso impedimento dell'evento.

In vista di ciò, non sono mancate proposte di riforma dell'art. 40, comma 2, c.p.: proposte le quali, seppur con diversità di accenti, mirano tutte a colmare il *deficit* di determinatezza che affligge la norma in oggetto.

Nel progetto di riforma elaborato dalla Commissione presieduta dal professor Antonio Pagliaro¹²¹, s'è tentato, ad esempio, di formulare il testo di una nuova clausola di equivalenza, contenente, in particolare, il riferimento all'«obbligo di garanzia». Secondo l'art. 11 dello *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, occorrerebbe infatti «equiparare il non impedire l'evento al cagionarlo solo sotto il presupposto di un obbligo attuale di garanzia dell'interesse tutelato dalla legge». Il «titolare dell'obbligo di garanzia», ai sensi della medesima norma, «è la persona che, munita dei relativi poteri, è giuridicamente tenuta a impedire l'evento offensivo di interessi affidati alla sua tutela». E si precisa, altresì, che la figura del garante non è riconducibile a quella del titolare di un obbligo di sorveglianza, poiché, *ex art.* 11, comma 3, «il titolare dell'obbligo di sorveglianza è la persona che, priva dei suddetti poteri impeditivi, è tenuta a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e comunque a informare il titolare del bene o il garante».

Sebbene la suddetta proposta abbia il pregio di distinguere gli obblighi di garanzia da quelli di sorveglianza, non pare, tuttavia, che ciò consenta *per sé* di far luce sulle

¹¹⁹ Cfr. §13 *StBG* «(2) *Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden*».

¹²⁰ Questa è la conclusione alla quale giunge, ad es., I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 388, muovendo dal presupposto che «non sempre la condotta omissiva esprime un disvalore inferiore a quella attiva».

¹²¹ Per consultare il testo dello *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale v. Ind. pen.*, 1992, pp. 579 ss. A riguardo cfr. anche la relazione di A. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale? Itinerari – problemi – prospettive*, *ivi*, pp. 15 ss.

criticità dell'attuale disciplina in materia di responsabilità omissiva impropria. Nello schema resta irrisolta, a ben vedere, la questione relativa all'individuazione dei beni giuridici meritevoli della tutela rafforzata di cui all'art. 40, comma 2, c.p. Così come, d'altra parte, non si comprende né quali siano le possibili fonti degli obblighi di garanzia, né come vada inteso il concetto di evento.

Sul punto, peraltro, analoghe difficoltà definitorie si registrano nelle proposte di riforma successive¹²².

La medesima impostazione adottata dallo *Schema di delega legislativa* testé richiamato è stata accolta dalla Commissione Nordio¹²³, la quale ha ribadito la dicotomia tra doveri di sorveglianza e doveri di intervento, precisando che solo la legge può costituire la fonte di questi ultimi¹²⁴ e dedicando, inoltre, un certo spazio alla descrizione delle posizioni di garanzia che caratterizzano la persona giuridica: per cui l'art. 12 del Progetto citato stabilisce che «l'amministratore, il dirigente o il preposto all'attività di un'organizzazione complessa [sono garanti dei] beni, tutelati penalmente, messi a rischio dall'attività dell'organizzazione o di uno dei suoi appartenenti», «nei soli limiti delle funzioni specificamente esercitate al momento del fatto»¹²⁵.

¹²² Diversamente dai Progetti di riforma di cui si dirà nel prosieguo della trattazione (v. *infra* in questo stesso paragrafo), nel Progetto predisposto dal Comitato per la riforma del codice penale istituito dalla Commissione Giustizia del Senato nel 1995 (disegno di legge n. 2038 del 1995, XII Legislatura, cosiddetto Progetto Riz) non v'è alcuna significativa proposta con riguardo ai reati omissivi impropri (per il testo dell'articolato v. *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 927 ss.). L'art. 35, comma 2, del suddetto Progetto si limita a stabilire, infatti, quanto segue: «quando sussiste un obbligo giuridico attuale di salvaguardia del bene tutelato dalla legge, non impedire l'evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

¹²³ V. il testo del Progetto di codice penale elaborato dalla Commissione Nordio e la Relazione in *Cass. pen.*, 2005, pp. 244 ss.

¹²⁴ *Ex art.* 11, n. 5 e n. 6 (*Condotta, evento, rapporto di causalità*) del Progetto di codice penale realizzato dalla Commissione Nordio: «Non risponde per omesso impedimento chi è privo dei poteri giuridici di impedire l'evento che costituisce il reato commissivo. Salva diversa disposizione, quando la legge collega alla qualifica del soggetto attivo la titolarità di particolari doveri o poteri giuridici, essa indica la persona cui sono attribuiti al momento del fatto, anche se sprovvista di regolare investitura».

¹²⁵ Ai sensi dell'art. 12 (*Obblighi di impedimento e di intervento nelle organizzazioni complesse*) del Progetto di codice penale della Commissione Nordio: «1) L'amministratore, il dirigente o il preposto all'attività di un'organizzazione complessa assume l'obbligo giuridico di impedire l'offesa dei beni tutelati penalmente, messi a rischio dall'attività dell'organizzazione o di uno dei suoi appartenenti, nei soli limiti delle funzioni specificamente esercitate al momento del fatto. L'obbligo giuridico di impedimento opera verso gli specifici soggetti e gli specifici interessi rispetto ai quali sia stato assunto. 2) La legge stabilisce i casi in cui il soggetto risponde non quale titolare dell'obbligo giuridico di impedimento, ma per non aver sorvegliato o non essere intervenuto per evitare reati che altri stavano commettendo».

In senso parzialmente difforme si è espressa, invece, la Commissione Pisapia¹²⁶. Pur recependo condivisibilmente, essa pure, l'indirizzo *formale* secondo cui soltanto la legge può istituire doveri di impedimento rilevanti penalmente, il relativo Progetto ammette, infatti, il ricorso ad atti normativi di rango inferiore (come, per esempio, «regolamenti, provvedimenti della pubblica autorità, ordini o atti di autonomia privata»), onde specificare il contenuto dei singoli obblighi di intervento¹²⁷. Nulla si dice, invece, circa le posizioni di garanzia con riguardo alle *corporations*.

La proposta di disciplinare i reati omissivi impropri attraverso l'innesto di una *nuova* clausola di equivalenza nella parte generale del Codice penale non era stata condivisa, tuttavia, dalla Commissione presieduta dal professor Carlo Federico Grosso¹²⁸, la quale ebbe a ritenere più conveniente formulare un catalogo *chiuso* di posizioni di garanzia, distinte per materia¹²⁹.

Nonostante l'intento apprezzabile, anche simile soluzione solleva, nondimeno, talune perplessità. Il rischio, a ben vedere, è che siffatte *Garantenstellungen*, essendo costruite in termini alquanto generici, finiscano per trasformarsi in «macro-posizioni di garanzia che 'chiameranno' poi i loro sventurati titolari a rispondere per qualsiasi evento

¹²⁶ Il testo dello *Schema di disegno di legge recante delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale* (ovvero *Progetto Pisapia*) e quello della Relazione sono disponibili in www.giustizia.it. In generale, in merito a questo Progetto v. le riflessioni di G. PISAPIA, *La riforma del codice penale muove i primi passi: le scelte della Commissione ministeriale per una nuova parte generale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 565 ss.; ID., *Prospettive di riforma del Codice penale*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 407 ss.; G. FORTI, *Sulla definizione della colpa nel progetto di riforma del codice penale*, in *Jus*, 2001, pp. 143 ss.

¹²⁷ Secondo, infatti, quanto previsto dall'art. 13 del Progetto Pisapia, occorre prevedere che «l'obbligo di garanzia sia istituito dalla legge e, nei limiti da essa determinati, possa essere specificato da regolamenti, provvedimenti della pubblica autorità, ordini o atti di autonomia privata».

¹²⁸ V. il testo del Progetto di riforma del codice penale e la Relazione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 574 ss. Più in generale, sulla proposta elaborata dalla Commissione Grosso cfr. A.M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003; G.F. CIANI - G.F. IADECOLA - G. IZZO *et al.*, *Osservazioni sulla relazione della commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998 e presieduta dal prof. C.F. Grosso*, in *Riv. pen.*, 2000, pp. 113 ss.; E. DOLCINI, *Responsabilità oggettiva e principio di colpevolezza. Qualche indicazione per l'interprete in attesa del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 871 ss.; D. PULITANÒ, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 3 ss.

¹²⁹ Cfr. gli artt. 18 ss. del Progetto di riforma elaborato dalla Commissione Grosso. Ivi si fa riferimento alle posizioni di garanzia che gravano sugli esercenti la professione sanitaria, sugli appartenenti alle forze di polizia, su coloro i quali hanno specifici compiti di vigilanza e protezione di determinate persone o beni, su chi è incaricato del dovere di controllare cose pericolose o fonti di pericolo, sui soggetti con poteri di direzione nell'ambito delle organizzazioni complesse.

si verifichi – ‘a catena’ – lungo la filiera non intercettabile dei processi catastrofici»¹³⁰.

Per scongiurare un tale esito, bisognerebbe, allora, non solo stabilire *quali* siano gli obblighi di garanzia penalmente rilevanti, ma anche definirne il *contenuto*: descrivendo, in particolare, i soggetti che ne sono titolari, i poteri di cui questi ultimi devono disporre e i beni salvaguardati¹³¹.

Come, dunque, evidenziano le proposte di riforma prima analizzate, la disciplina della responsabilità *per omissionem* richiede un significativo intervento di *ammoderamento* che la renda compatibile con il dettato del principio di legalità.

Si tratta, a ben vedere, di riconsiderare le modalità tradizionali di gestione del *non agere*, mettendo in discussione il modello stesso del reato omissivo improprio di cui all'art. 40, comma 2, c.p.¹³²

A tal proposito, potrebbero essere introdotte nuove fattispecie di parte speciale¹³³ – senza mutuare, ovviamente, le pene applicabili per i reati commissivi di evento –

¹³⁰ C.E. PALIERO, *Le posizioni di garanzia*, cit., p. 71.

¹³¹ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, cit., p. 540 s., e C.E. PALIERO, *Le posizioni di garanzia*, cit., p. 72 s., suggeriscono, per esempio, di disciplinare nella parte generale del codice penale i principi comuni a tutte le posizioni di garanzia, ricorrendo alla legislazione complementare per stabilire nel dettaglio il contenuto di ciascuna di esse.

¹³² A favore del superamento del modello del reato omissivo improprio di cui all'art. 40, comma 2, c.p., *ex multis* A. CADOPPI, *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci di società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 496 s.; G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 535; C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, cit., pp. 17 ss.; L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, cit., pp. 92 ss.; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale e accertamento processuale*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, p. 2000.

¹³³ È ciò che prevede, ad esempio, l'art. 114 dello *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale* del 1992 (v. *supra*, nota n° 121). Stando, infatti, al testo di questa disposizione, occorre «prevedere la contravvenzione di omessa vigilanza, consistente nel fatto di chi, non adempiendo al proprio obbligo giuridico di sorveglianza, ostacola l'impedimento, da parte del garante, di reati commessi nell'attività d'impresa». Come si chiarisce nella *Relazione introduttiva al disegno di legge-delega*, cit., p. 629, l'introduzione di siffatta norma consentirebbe di «s drammatizzare il problema della rilevanza penalistica delle omissioni all'interno delle organizzazioni pluripersonali, nelle ipotesi in cui, nel progredire di un certo *iter* criminoso, chi dovrebbe intervenire, pur non essendo un garante in senso stretto, non intervenga in qualche modo o misura, ostacolando o comunque non permettendo, sia pure non intenzionalmente, l'altrui impedimento del reato. Tale fattispecie riguarda, tra gli altri, i sindaci e i membri degli organi di controllo». In merito all'articolo ora descritto, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, cit., p. 399, rileva l'utilità di inserire una clausola di riserva, del tipo «fuori dai casi di concorso di reato», «stante la possibilità che il titolare dell'obbligo di sorveglianza possa intenzionalmente violare il suo obbligo, al fine di consentire la realizzazione del reato, di concerto con gli autori del reato stesso» (*ibidem*).

nell'ambito delle quali tipizzare la violazione, soltanto, di specifici *doveri di agire*, «considerati in sé e per sé e non già con riguardo a eventuali future conseguenze»¹³⁴.

Quanto al criterio d'imputazione soggettiva, sulla base delle acquisizioni circa i processi decisionali all'origine dell'inazione, i delitti omissivi impropri andrebbero ancorati, almeno di regola, alla *colpa*¹³⁵, escludendo altresì l'applicazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 3, c.p. nelle ipotesi in cui sussista da parte del garante la consapevolezza di trasgredire la regola cautelare, ma *non* anche la previsione dell'evento avverso¹³⁶. Ad ogni modo, il fatto che ordinariamente il mancato compimento di un'azione impeditiva non sia finalizzato alla realizzazione dell'esito infausto induce a escludere la compatibilità della responsabilità penale per inerzia con le forme *oblique* del dolo, considerando altresì le incertezze definitorie che si registrano con riguardo a siffatti criteri d'imputazione soggettiva¹³⁷. Ragionando diversamente si corre il rischio, infatti, di ammettere la punibilità a titolo di dolo eventuale, o comunque a titolo di dolo diretto, in ordine a condotte omissive che *nulla* hanno di volontario.

Né potrebbe trascurarsi l'esigenza di diversificare le tipologie sanzionatorie applicabili con riguardo a tali nuove ipotesi delittuose: così che la prevenzione non risulti fondata *sic et simpliciter* su dinamiche di coazione esterna, ma sull'*interiorizzazione* di meccanismi decisionali tali da contrastare le fallacie cognitive che favoriscono l'adozione di condotte omissive, rafforzando il consenso intorno ai precetti normativi¹³⁸. Perciò, potrebbe risultare utile l'introduzione, ad esempio, di sanzioni interdittive, prescrittive o pecuniarie¹³⁹.

¹³⁴ F. STELLA - D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, p. 573.

¹³⁵ Cfr. in proposito L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., p. 204, «a noi pare, del resto, che sia del tutto conforme alla struttura del reato omissivo improprio il suo configurarsi, di regola, come reato *colposo*». Sulla compatibilità del dolo, specie nelle sue forme *oblique*, con le fattispecie omissive improprie v. *supra* in questo paragrafo.

¹³⁶ Sul rapporto tra colpa omissiva *con rappresentazione* e colpa omissiva *con previsione* v. altresì *supra*.

¹³⁷ Si sono già rilevati, cfr. *supra* § 6, i rischi conseguenti all'applicazione contestuale di due categorie, quella della responsabilità omissiva impropria e quella del dolo eventuale, ben lontane dall'istanza di determinatezza espressa dall'art. 25 della Costituzione.

¹³⁸ Si tratta, in altri termini, di prevedere modalità sanzionatorie non concepite in senso retributivo, quanto, piuttosto, in termini *reintegrativi*. Per mezzo dell'espressione prevenzione *reintegrative*, o *positiva*, si intende sottolineare come, in sede normativa, le scelte sanzionatorie edittali devono essere operate dal legislatore secondo una prospettiva orientata alla reintegrazione sociale del reo: secondo quanto stabilito, del resto, dall'art. 27, comma 3, della Costituzione.

¹³⁹ Più in generale, la diversificazione delle pene principali, non limitata solo alle fattispecie omissive proprie, si suggeriva già nei Progetti di riforma del codice penale elaborati dalla Commissione Grosso

Tuttavia, l'intervento riformatore dovrebbe tener conto anche delle possibili relazioni tra le condotte omissive *dei singoli* e il livello *organizzativo* entro cui queste ultime si collocano: adottando un approccio di tipo *sistemico*.

Si deve ricordare, infatti, che l'esito infausto non sempre può essere fronteggiato dal singolo garante. Come s'è già chiarito, l'evento è il frutto, il più delle volte, dell'indistricabile interazione tra carenze organizzative, tecnologiche, strutturali e condotte (attive e omissive) pericolose. Limitando l'analisi al livello delle responsabilità individuali non si riesce, dunque, «a contenere il fenomeno, che oggi pare inarrestabile, di *escalation* delle pene individuali e di moltiplicazione giurisprudenziale dei soggetti garanti, spesso condannati per eventi lesivi in forza di addebiti evanescenti»¹⁴⁰.

In prospettiva *de iure condendo*, occorre, pertanto, focalizzare l'attenzione anche sul piano dell'*agire collettivo*. Per cui, oggi, potrebbe apparire realistico stabilire posizioni di garanzia, comportanti obblighi *di natura organizzativa*, a carico degli enti¹⁴¹.

In vista di ciò, si potrebbe pensare all'introduzione, nell'ambito della disciplina prevista dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, di un'apposita clausola di equivalenza, la quale, volendo immaginare – solo come ipotesi di lavoro – una possibile formulazione, potrebbe risultare del seguente tenore: «il non adempiere agli obblighi organizzativi imposti dalla legge equivale a cagionare l'evento penalmente rilevante che ne derivi».

Quanto, invece, ai contenuti di siffatti doveri organizzativi, questi andrebbero puntualmente specificati, eventualmente all'interno della legislazione complementare, di modo che gli enti siano edotti *ex ante* circa le modalità idonee a ostacolare il verificarsi di esiti infausti¹⁴².

(v. G.F. GROSSO [a cura di], *Per un nuovo Codice penale*, Padova, 2000, pp. 53 ss.), dalla Commissione Nordio (v. *Cass. pen.*, 2005, cit., pp. 244 ss.) e dalla Commissione Pisapia (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, cit., pp. 1581 ss.). Da ultimo, in questo senso, si è espressa anche la (prima) Commissione Palazzo, in www.giustizia.it/giustizia/it/mg_14_7.page. Sul tema, peraltro, si vedano le *Linee di riforma in tema di pene alternative edittali*, in www.aidp.it, marzo 2021, ad opera del gruppo di ricerca coordinato dal professor Francesco Palazzo.

¹⁴⁰ V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Napoli, 2018, p. 466.

¹⁴¹ Suggestiscono altresì di approcciare il tema della responsabilità commissiva per omissione secondo una prospettiva che tenga conto delle carenze organizzative riconducibili all'ente A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, cit., p. 542; D. PIVA, *La responsabilità del 'vertice' per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, pp. 282 ss.; A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2018, pp. 147 ss.

¹⁴² In tal modo, si potrebbero, forse, contenere le criticità già sorte con riguardo alla norma di cui all'art. 6 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. La predetta disciplina, non prevedendo alcunché

Al contempo, si renderebbe necessario modificare la disposizione dell'art. 8 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. *Prima facie*, infatti, tale norma sembrerebbe essere modellata secondo la logica di tipo *olistico*, consentendo, come ben si sa, di punire l'ente anche quando l'autore del reato presupposto non sia stato identificato oppure non sia imputabile¹⁴³. A uno sguardo più attento, tuttavia, si nota come tale disciplina sia dettata da esigenze di natura meramente probatoria: avendo come scopo, cioè, soltanto quello di «ovviare alle difficoltà di procedere all'individuazione dell'autore del reato nelle strutture complesse»¹⁴⁴. Al netto dei necessari approfondimenti, si tratterebbe, allora, di modificare la predetta normativa così da imputare alla persona giuridica, in via *esclusiva e originaria*, l'evento ogni qualvolta risulti che sia derivato da omissioni 'sistemiche'¹⁴⁵: ovvero, allorché il fatto verificatosi – in quanto indotto, a monte, da lacune organizzative dell'ente – non possa essere rimproverato al singolo.

circa il parametro dell'idoneità del modello di gestione e prevenzione adottato dall'ente, risulta, in effetti, una «delega in bianco al giudice»: così V. MANES - A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE - M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, p. 140.

¹⁴³ Come rileva M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 404, stando alla *littera legis* dell'attuale art. 8 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, è pur sempre necessario, infatti, che sia individuato in capo al singolo «un reato completo dei suoi elementi costitutivi, dunque un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ovvero un reato doloso o colposo (sebbene possa mancare l'imputabilità)».

¹⁴⁴ Così Cass., sez. VI, 10 novembre 2015, n. 28299, Rv. 267048, § 9.3, in *Cass. pen.*, 2017, con nota di J. SACCOMANI, e in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 934 ss., con nota di A. ORSINA, *L'autonomia della responsabilità degli enti tra pragmatismo e garanzie*.

¹⁴⁵ Si tratta di una soluzione già ampiamente sperimentata in altri ordinamenti. Ci riferiamo, in particolare, all'esperienza inglese: v. a riguardo l'incriminazione degli enti commerciali per omessa prevenzione della *corruzione* (cfr. *Bribery Act 2010*, sec. 7) e per omessa prevenzione dell'agevolazione dei *reati tributari* (cfr. *Criminal Finances Act 2017*, sec. 45-46). Sul punto v. C. WELLS, *Corporations and Criminal Liability in England*, Oxford, 2010, pp. 99 ss.; C. BAUGHAN - N.L. BODIE - M.A. BIXBY, *Bribery in international business transactions*, in *Journal of Business Ethics*, 2010, pp. 20 ss.; M. RAPHAEL, *Blackstone's Guide to Bribery Act*, Oxford, 2010; J. HORDER, *On Her Majesty's Commercial Service: Bribery, Public Officials and the UK Intelligence Services*; in *Modern Law Review*, 2011, pp. 911 ss. In ambito nazionale, osserva F. CONSULICH, *Punibilità di organizzazione? Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'Ente colpevole*, in A. BONDI - G. FIANDACA - G.P. FLETCHER - G. MARRA - A.M. STILE - C. ROXIN - K. VOLK (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, cit., p. 281, come «sarebbe riduttivo e in fondo errato sostenere che la persona giuridica risponda *per lo specifico reato commesso dall'individuo* [...]. Più corretto rilevare che il rimprovero cade sulla violazione del dovere di organizzarsi *per prevenire* la commissione *di quel genere di reato* o, con lettura solo un poco diversificata, per l'omessa adozione e attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati *del tipo di quello verificatosi*».