

appunto, dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale". Il Supremo Collegio, pertanto, chiarisce che, "per evitare fraintendimenti tra i diversi usi del termine probabilità, il concetto di probabilità logica può essere sostituito con quello di corroborazione dell'ipotesi; alludendosi con ciò al resoconto che sintetizza l'esito della discussione critica sulle prove, alimentata dai segni di conferma o di confutazione delle ipotesi esplicative".

B) L'equivalenza tra azione ed omissione

VIII. L'art. 40 cpv. e l'obbligo giuridico di impedire l'evento

52 L'art. 40 cpv. stabilisce che l'omissione [tipico concetto normativo, che, cioè si riferisce a "dati che possono essere pensati solo sotto logica presupposizione di una norma [...] giuridica che imponeva di agire": MARINUCCI (79), 95] **equivale all'azione**, se sia stata *condicio sine qua non* dell'evento non impedito e il soggetto fosse titolare di un obbligo giuridico di impedire l'evento. In altri termini, la condotta omissiva di un soggetto, quando è causale nel senso sopra illustrato, diventa penalmente rilevante solo se l'agente aveva il dovere, imposto da una norma giuridica, di evitare l'evento lesivo, occupando cioè una **posizione di garanzia** per il non verificarsi dell'evento stesso [STELLA, *CB*, art. 40, 141; ROMANO, *Commissi* I, art. 40, 378; MONTAGNI (84), 35 e ss.]. L'effetto dell'art. 40 cpv. è dunque quello di dettare una regola sul fatto tipico, contribuendo a creare, con una clausola di tipo generale, fattispecie di reato non espressamente previste come realizzabili attraverso condotte omissive. Si dà vita, in tal modo, ad una nuova categoria di reati - i reati commissivi mediante omissione (o reati omissivi impropri) - che nasce attraverso il riferimento a reati commissivi mediante azione, espressamente tipizzati nella parte speciale, e individua quale autore del reato, in base al disposto dell'art. 40 cpv., colui che non ha impedito il verificarsi dell'evento descritto in una fattispecie a base attiva [GRASSO (66), 164; SGURBI (122), 114]. La *ratio* di tale disposizione, soprattutto con l'affermarsi nel dopoguerra di uno Stato sociale-solidaristico, può essere agevolmente rintracciata nella Costituzione, in particolare nel **giusto equilibrio tra i doveri inderogabili di solidarietà** di cui all'art. 2 e i **diritti di libertà** riconosciuti dall'art. 13; con l'art. 40 cpv., infatti, lo Stato impone ai cittadini determinati obblighi di azione diretti al raggiungimento di finalità che esso assume come proprie [FR. MANTOVANI (76), 338]. La clausola di equivalenza tra azione ed omissione posta dall'art. 40 cpv. determina, dunque, un'estensione dell'ambito della punibilità: l'art. 40 cpv. si colloca nel novero delle norme di parte generale cosiddette integrative [al pari, ad es., dell'art. 110; sul tema, ampiamente, RISCARDO (116), che segnala le pericolose interferenze tra le clausole generali d'incriminazione previste dagli artt. 40 cpv. e 110: la combinazione di due disposizioni così ampie e scarsamente determinate potrebbe infatti condurre - come spesso accade nella prassi - ad indebite estensioni della responsabilità].

53 Trattandosi di una **norma dalla portata così generale**, può forse sorprendere la collocazione negli articoli dedicati alla disciplina del nesso causale. Per evitare pericolosi fraintendimenti, è bene chiarire fin da subito che i profili della causalità e

dell'obbligo giuridico di impedire l'evento sono tra loro nettamente distinti, ancorché siano entrambi decisivi per la realizzazione (e l'accertamento) del reato commissivo mediante omissione. In apparenza, infatti, la norma sembrerebbe far dipendere l'esistenza del nesso causale da una considerazione di tipo normativo, qual è quella collegata all'esistenza di un obbligo giuridico di agire per impedire l'evento. Tuttavia, come si è evidenziato nell'analisi del c. 1 dell'art. 40, il nesso di condizionamento è un nesso esclusivamente fattuale, che ricollega l'evento finale agli antecedenti necessari per il suo verificarsi. Ciò significa, allora, che la mera presenza di un obbligo giuridico di agire non dice ancora nulla sulla effettiva esistenza del nesso di causalità, giacché nessuna considerazione di tipo normativo può rendere causale ciò che causale non è. Ecco dunque che le due indagini devono essere tenute tra loro distinte, pur essendo entrambe indispensabili per l'accertamento del fatto tipico. La conclusione da trarre, sul punto, è perciò la seguente: perché possa assumere rilevanza per il diritto penale l'omissione deve essere causale (in fatto) e contraria ad una norma giuridica (in diritto). Si può quindi concordare con la dottrina che ha ribadito, di recente, come "l'obbligo giuridico può fondare e fonda non la causalità dell'omissione, si invece la tipicità dell'omissione causale" [PULITANO 245].

54 I reati commissivi mediante omissione appartengono alla categoria dei **reati propri**. Attraverso l'innesto della clausola dell'art. 40 cpv. su una fattispecie di parte speciale, infatti, l'ordinamento crea un comando rivolto non alla generalità dei consociati, ma a cerchie determinate di soggetti, titolari di ben precisi obblighi di garanzia per l'impedimento dell'evento dannoso. Da questo punto di vista, peraltro, è necessario segnalare come la fattispecie omissiva impropria conservi comunque dei caratteri di autonomia rispetto alla corrispondente fattispecie commissiva: mentre in quest'ultima viene in rilievo il semplice divieto di cagionare il risultato lesivo preso in esame dalla norma, il reato commissivo mediante omissione richiede la **violazione di una specifica norma di comando**, che imponga di attivarsi per impedire l'evento dannoso.

55 Oltre al richiamo alla categoria dei reati propri, sono state spesso avanzate, in dottrina, alcune ulteriori distinzioni - ancorate di volta in volta a particolari **profili strutturali** - al fine di delimitare con maggiore precisione l'**ambito di rilevanza** delle fattispecie omissive improprie. Si osserva in primo luogo, in modo unanime, che non è necessario invocare l'art. 40 cpv. laddove la norma incriminatrice già faccia riferimento ad un'omissione [in questo caso si parla di reato omissivo proprio: correttamente PANDECA-MUSCO PIG 588, individuano nella esistenza o non esistenza di un'espressa tipizzazione, il più significativo criterio di distinzione tra le due tipologie di fattispecie omissive: sul tema, si veda in particolare CADOPPI (22), anche per gli indispensabili riferimenti].

56 Secondariamente, si fa di solito notare come non tutte le fattispecie commissive siano suscettibili di essere convertite, mediante l'art. 40 cpv., in altrettante fattispecie omissive. Da questo punto di vista, si sottolinea innanzi tutto la necessità che il reato commissivo, previsto nella parte speciale, si connoti come un **reato con evento in senso**

naturalistico: ad essere determinante, per la conclusione in esame, è la stessa collocazione della norma, che, inserita in un articolo intitolato "Rapporto di causalità", impone l'applicazione dell'art. 40 cpv. ai reati di mera condotta attiva [PIANDACA-MUSCO PIG 595; GRASSO (66), 154. In giurisprudenza, cfr. di recente C 31.10.2007, Baruffa, CED 235790 in cui si nega che nel reato di frode nelle pubbliche forniture, in quanto reato di pura condotta e non di evento, ci sia spazio per l'imputazione di una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento lesivo ex art. 40 cpv. La Cassazione, infatti, ha escluso la sussistenza di uno specifico obbligo di controllo in capo al direttore del servizio mensa di una società appaltatrice del servizio di ristorazione in alcune strutture ospedaliere, il quale non aveva impedito la fornitura di generi alimentari di qualità diversa ed inferiore a quella prevista nel contratto di appalto, in contrasto con le prescrizioni del capitolato]. Ad esempio, nel caso del delitto di evasione (art. 385), la cui realizzazione non potrà mai avvenire attraverso una condotta omissiva, il richiamo all'art. 40 cpv. non sarebbe per definizione pertinente. Più delicata, ma da risolvere allo stesso modo, la questione relativa alla configurabilità come reato omissivo improprio del favoreggiamento personale (art. 378). Nonostante la giurisprudenza tenda erroneamente a ritenere perfezionato il reato in esame già con l'omessa comunicazione, all'autorità che le richiede, delle notizie in proprio possesso sull'avvenuta commissione di un delitto [fra le più recenti, C 23.10.2002, Como, CED 222323; C 12.6.2003, A., CED 225482; molto significativa, nel senso della configurabilità di un favoreggiamento personale in forma omissiva da parte dell'acquirente di modiche quantità di stupefacente il quale si rifiuta di rivelare l'identità dello spacciatore alla polizia giudiziaria, è C.s.u. 22.2.2007, Morea, CED 236371, seguita anche da C 13.7.2007, Binaj, CED 237244. In parte diverso è, invece, il caso prospettato da C 16.3.2010, D'Alisa, CED 246690, in cui si afferma che l'agente di polizia giudiziaria il quale ometta di riferire immediatamente ai suoi diretti superiori, ovvero all'autorità giudiziaria, il luogo di rifiuto del ricambio, sarebbe responsabile ex art. 378, poiché il "favoreggiamento omissivo è configurabile con riguardo a soggetti intranei alle istituzioni della giustizia penale, nei confronti dei quali la legge configura una vera e propria posizione di garanzia per la normalità delle ricerche *post delictum*", si deve senz'altro condividere l'opposto indirizzo avanzato dalla dottrina, che ritiene esclusa l'applicabilità dell'art. 40 cpv. [cfr., con diverse motivazioni, PAGLIARO (94), 41, il quale individua nel favoreggiamento un reato d'azione senza evento] e PULITANO (109), 68, il quale ravvisa nel reato un evento in senso naturalistico ma sottolinea l'indiscutibilità di una indiscriminata generalizzazione a tutti i cittadini dell'obbligo di impedire l'evento]. Sulla stessa lunghezza d'onda, si sostiene che sia parimenti da escludere, data l'inesistenza di un evento in senso naturalistico, la possibilità di realizzare mediante omissione quei reati la cui fattispecie presupponga "un atto positivo di carattere necessariamente personale" (c.d. **reati di mano propria**), i quali richiedono una partecipazione "personalissima dell'agente, della sua persona e del suo corpo", come l'incesto [PIANDACA-MUSCO PIG 595]. Alle medesime conclusioni si perviene anche rispetto ad altre categorie di reati, come i **reati abituali** (o a condotta plurima), che rappresentano comunque delle ipotesi sganciate dalla realizzazione di un evento naturalistico, e i **reati a forma vincolata** (con o senza evento naturalistico), per i quali la descrizione legislativa delle modalità particolari

tipiche di compimento del fatto impedisce la possibilità stessa di una realizzazione del reato in forma omissiva [ROMANO, *CommSist* I, art. 40, 380; SCURBI (122), 103]. Chiaramente, le osservazioni appena fatte si riferiscono al ruolo primario della norma in esame, che è quello di creare delle nuove **fattispecie monosoggettive**, partendo dall'obbligo di impedire l'evento considerato in una fattispecie a base attiva. Discorso diverso, dunque, è quello relativo all'integrazione di fattispecie plurisoggettive [art. 110 e ss.: sul tema, RISCARDO (115), 1267 e ss.] rispetto alle quali l'art. 40 cpv. funziona come criterio selettivo dei contributi omissivi rilevanti, in rapporto al reato commesso da un terzo (così, l'inadempimento dell'obbligo di vigilanza, da parte della guardia giurata, renderà possibile l'introduzione del ladro nel caveau della banca). A parte il caso di concorso di persone [cfr., da ultimo, C 9.2.2010, Morillaro, CED 246897 che, in un'ipotesi di bancarotta fraudolenta, riconosce il concorso dell'amministratore in carica nel reato fallimentare commesso dall'amministratore di fatto, fondando l'attribuzione di responsabilità proprio sull'art. 40 cpv. e sulla violazione dell'obbligo giuridico di impedimento di eventi dannosi, nascente dall'art. 2932 c.c.; nello stesso senso, cfr. C 6.4.2006, Furrini, CED 234474, in cui si afferma che l'amministratore di diritto (cd "testa di legno"), anche qualora risulti mero prestanome di altri soggetti che abbiano agito quali amministratori di fatto, concorre nel reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali], la dottrina maggioritaria ritiene dunque che il principio dell'art. 40 cpv. si applichi soltanto ai reati con evento naturalistico. Addirittura, si precisa sul punto, che "il dominio naturale ed esclusivo dell'art. 40 cpv. è quello **delle fattispecie causalmente orientate**", in quanto, più che la presenza di un evento naturalistico nella fattispecie, ad essere realmente discriminante è che la condotta attiva sia descritta "in termini di pura produzione di un risultato determinato, senza modalità particolari di sviluppo del comportamento dell'agente" [ROMANO, *CommSist* I, art. 40, 381; PAGLIARO 371].

Un'ulteriore delimitazione è poi avanzata da una parte della dottrina, che nega che l'art. 40 cpv. possa essere applicato a tutte le fattispecie causalmente orientate: secondo tale orientamento, invero minoritario, la ricerca dei beni giuridici tutelabili attraverso i reati omissivi impropri sarebbe **limitata a beni giuridici primari**, come la vita e l'incolumità personale e pubblica [GIUNTA (64), 629]. Nei confronti dell'indirizzo in esame sono però state avanzate **convincenti obiezioni**: pur restando vero che le ipotesi più frequenti si verificheranno negli ambiti appena elencati, la formula adoperata dal legislatore, volutamente ampia, non consente alcuna restrizione a priori sulla base degli interessi da tutelare [così ROMANO, *CommSist* I, art. 40, 382]. Si tratterà perciò di valutare, caso per caso, "in quale misura l'ordinamento appresti a certi beni una tutela così ampia" [GRASSO (66), 169; PULITANO (109), 159].

Sull'esistenza dei **limiti strutturali** appena descritti, rispetto alla configurabilità dei reati omissivi impropri, si deve peraltro segnalare una recente presa di **posizione critica**, secondo cui "i criteri di selezione che la dottrina prospetta appaiono artificiosi" e caratterizzati da una pericolosa "confusione di piani" [PULITANO 252]. In particolare, secondo l'opinione in esame, l'individuazione e delimitazione delle ipotesi di respon-

sabiltà per omissione "viene effettuata avendo esclusivo riguardo all'esistenza ed ai contenuti di posizioni tipiche di garanzia, non alla struttura delle fattispecie di parte speciale". Tant'è, si prosegue, che "la responsabilità per omesso impedimento viene pacificamente ammessa per la totalità dei reati del diritto penale d'impresa, anche di mera condotta, per reati offensivi di interessi diversi dalla vita e integrità fisica, ed è stata affermata anche per un reato con modalità pregravi di condotta come la truffa". Da qui la conclusione, in base alla quale, "escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 40 cpv. i reati che non siano 'causali puri' [...] è una limitazione che non ha fondamento né testuale né razionale" [PULITANO 251]. Sul punto, si tendono necessari alcuni chiarimenti. Infatti, se sussiste un obbligo di garanzia reso ad impedire - quale evento - la commissione di un fatto reato da parte di terzi, allora è chiaro che nessuna limitazione strutturale potrà avere rilievo, venendo qui in considerazione un caso di concorso omissivo nel reato (attivo) commesso da un altro soggetto. La questione, in ipotesi del genere, si risolverà allora avendo esclusivo riguardo all'ampiezza della posizione di garanzia, e sarà dunque condivisibile l'idea che sia tale aspetto, e non le modalità di tipizzazione di singoli reati, a determinare l'ambito e i limiti della responsabilità omissiva. Viceversa, se ci si trova di fronte ad ipotesi monosoggettive sarà allora imprescindibile il richiamo ad una fattispecie causalmente orientata. Né potranno essere invocati, per confutare tale conclusione, esempi che non attengono affatto al problema della posizione di garanzia, come quello della realizzazione della fattispecie tipica di truffa attraverso un comportamento omissivo sussistente sotto la definizione di "artificio o raggio" (art. 640, in giurisprudenza, sul tema della truffa contrattuale *per silentium*, cf. C.4.10.2006, Dazzi, CED 235141; C.7.6.2000, Salerno, CED 216711; chiarisce bene, invece, a quali condizioni il "silenzio mero" possa integrare artificio o raggio per la realizzazione di un'ipotesi di truffa, con particolare riferimento al rapporto fra la truffa aggravata di cui al 640-bis e l'indebita percezione di erogazioni pubbliche di cui al 316-ter, recentemente, C.s.u. 19.4.2007, Carcivi, CED 235962). In tale caso, infatti, il problema che si pone attiene tipicamente all'interpretazione della singola norma incriminatrice, riguardando in particolare il tema della rilevanza, a date condizioni, di profili omissivi di un comportamento attivo. In altri termini, l'indagine che l'interprete dovrà condurre riguarderà la possibilità di considerare anche dei comportamenti omissivi - i c.d. silenzi maliziosi - quali artifici o raggiuri richiesti dalla norma che disciplina il reato di truffa. Ma ciò, naturalmente, senza che sia necessario immaginare una inesistente posizione di garanzia (del truffatore!) nei confronti della potenziale vittima del reato [sul tema, cf. ROMANO, - *CommSist I*, art. 40, 381; PULITANO 252].

IX. Le fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e il sistema delle posizioni di garanzia

59 È affermazione spesso ripresa dalla dottrina quella, dovuta a Feuerbach, secondo cui "l'obbligazione originaria del cittadino concerne soltanto le astensioni" [ROMANO, - *CommSist I*, art. 40, 382]: in tal modo si ricorda che la "quintessenza dell'atteggiamento liberale della responsabilità penale" trova il suo fondamento sulla previsione di reati di azione, e, quindi, sull'osservanza di norme di divieto. Le quali prescrivono un'omissione. L'essenza della fattispecie omissiva (propria o impropria) consiste

invece nella **violazione di una norma di comando**, la quale prescrive un'azione positiva e ampia quindi l'ingerenza dello Stato nelle sfere di libertà del cittadino. Il fondamento della imposizione di obblighi di azione si rintraccia comunemente nel principio di solidarietà, che ha un preciso sostrato anche costituzionale [cf. FRANDACA-MUSCO PtG 584; nello stesso senso C.6.12.1990, Bonetti, *FT* 1992, II, 361. Il diritto penale contemporaneo (soprattutto la prassi giudiziaria) tende, invece, ad una continua estensione di obblighi positivi di azione, soprattutto finalizzati al controllo di comportamenti lesivi altrui (in particolare, il fenomeno pare legato al continuo aumento di forme di criminalità tipiche della modernità, la cui pericolosità sociale esige forme nuove e più sofisticate di prevenzione). Sempre più frequentemente impiegata dal legislatore penale, per il quale assume il ruolo di moderno strumento di politica criminale [FRANDACA-MUSCO, PtG, 585], la fattispecie omissiva richiede peraltro una costante **opera di delimitazione** in sede interpretativa, per fronteggiare il pericolo di "creazione giuridiale di fattispecie penali" [ROMANO, *CommSist I*, art. 40, 392], che potrebbe minare alla radice il principio di legalità.

Il problema centrale posto dall'art. 40 cpv. (che, come si è detto, ha come effetto proprio la creazione di fattispecie penali non espressamente previste) è, quindi, quello della **individuazione degli obblighi giuridici** la cui violazione consenta l'affermazione della responsabilità penale. Sul punto, bisogna innanzi tutto osservare che l'obbligo giuridico rilevante, nell'ottica della responsabilità omissiva impropria, non è un qualsivoglia obbligo di attivarsi. Non è cioè sufficientemente un dovere generico che può gravare su chiunque, come il dovere di assistenza previsto dal reato di omissione di soccorso (art. 593); l'art. 40 cpv. dà infatti "rilevo ad un vincolo 'speciale' di tutela, gravante su una specifica categoria di soggetti, con specifica funzione di garanzia di interessi penalmente protetti" [PULITANO 246; VENEZIANI (142), 1143 e ss.]. Per tutte le situazioni rientranti nella categoria in questione, la dottrina, seguita ormai anche dalla giurisprudenza, ha introdotto la nozione di **posizione di garanzia**.

Non essendo regolata dal codice penale, le posizioni di garanzia si segnalano come **punti di raccordo tra l'ordinamento giuridico complessivo e il sistema penale**. Assume particolare delicatezza, perciò, l'individuazione delle caratteristiche che le regole extragiuridiche, attraverso le quali sorgono le diverse posizioni di garanzia, devono possedere. Secondo l'orientamento tradizionale [ANTOLISEI (7), 121; BETTIO-PETTOLO MANTOVANI 321], solo particolari fonti, qualificate sul piano formale, potrebbero fondare obblighi giuridici di impedire l'evento: si indicano, comunemente, la **legge** (penale ma anche extra-penale) e il **contratto** (la rilevanza del quale, comunque, potrebbe discendere ancora e solo dalla legge civile che ne riconosce gli effetti giuridici), cui si aggiunge la **precedente propria attività pericolosa** (con ciò non poco scostandosi, però, dal criterio formale che si vorrebbe rispettare, e anzi dando vita ad argomentazioni quanto mai artificiose). Alcuni autori hanno poi esteso il novero delle possibili fonti, includendovi anche la **gestione di affari altrui** e la **consuetudine** [in senso critico, però, MARINUCI (78), 507]. Il rilievo critico mosso alla teoria tradizionale è che essa finisce col dare eccessivo rilievo "all'aspetto

di validità ed efficacia formale del fattore genetico" [ROMANO, *CommSist I*, art. 40, 383], trascurando l'incapacità della genesi esclusivamente formale a comprendere la totalità delle situazioni in cui si presenta il problema della responsabilità per omissione [FIANDACA-MUSCO PFG 614; GRASSO (66), 192; SEVBBI (122), 118].

62

Proprio la crescente insoddisfazione nei confronti dell'interpretazione tradizionale, ha fatto aumentare nella dottrina recente gli approcci che si richiamano - in via alternativa o integrativa - a criteri di tipo sostanziale. Secondo tale orientamento, ciò che rileva ai fini dell'imputazione dell'evento, in diritto penale, non è tanto la violazione di un obbligo formale di impedire, "quanto una effettiva posizione di garanzia - che l'ordinamento attribuisce ad un determinato soggetto - del suo non verificarsi" [ROMANO, *CommSist I*, art. 40, 383]. Lo sviluppo di teorie che spostano l'accento sul contenuto materiale dell'obbligo apre, però, delicati problemi di equilibrio tra istanze politico-criminali che si vengono dilatando sempre più e l'irrinunciabile rispetto del principio di legalità. E infatti, nel sistema penale delineato dal codice Rocco, l'esigenza di un fondamento legale alle posizioni di garanzia trova riscontro nell'attribuzione di rilevanza penale soltanto alla violazione di obblighi giuridici, cosicché si può concordare con la dottrina che ha osservato come "la giuridicità dell'obbligo [...] non può che significare la volontà legislativa di subordinare la rilevanza penale della posizione di garanzia all'esistenza di un obbligo [...] formalmente posto da una fonte dell'ordinamento a ciò abitata" [GIUNTA (64), 625]. Salvaguardata così l'esigenza di legalità, si affaccia però un altro delicato problema, riguardante il rispetto dei principi di tassatività e determinatezza della fattispecie: la posizione di garanzia, che è elemento costitutivo dei reati omissivi impropri, viene infatti disciplinata, nella gran parte dei casi, con tecniche di tipizzazione elastiche, spesso ricavabili attraverso "principi espressi o desunti in via interpretativa da un qualsivoglia settore dell'ordinamento giuridico" [PULITANO 245]. Stando così le cose, allora, non si può non manifestare il forte senso di smarrimento che coglie l'interprete di fronte ad un sistema che sembra lacunoso sotto numerosi punti di vista. Trova dunque piena giustificazione la valutazione complessivamente negativa espressa, sull'art. 40 cpv., dalla più accorta dottrina, che sottolinea come esso renda inevitabile "un'alternativa inquietante: o la posizione di garanzia [...] non è prevista dalla legge, e allora è violato il principio della riserva di legge, o è invece prevista, ma con scarsamente tollerabile genericità e approssimazione, e allora è violato il principio di determinatezza" [ROMANO, *CommSist I*, art. 40, 392; sul punto cfr. anche SEVBBI (122), 69 e ss.]. La conclusione, allora, è che l'attuale disciplina della responsabilità commissiva mediante omissione non può essere condivisa, in quanto essa non consente di raggiungere quella certezza minima necessaria per la comminazione di una sanzione penale e rappresenta perciò "uno dei casi più clamorosi di creazione giuridiale delle fattispecie penali" [ROMANO, *CommSist I*, art. 40, 392]. Proprio la delicatezza della situazione ha portato i più recenti progetti di riforma del codice penale ad occuparsi da vicino della questione, al fine di ovviare agli inconvenienti appena sottolineati: la commissione Grosso, nell'articolo approvato nella seduta del 26.5.2001, aveva perciò dedicato ben nove articoli al sistema della responsabilità omissiva impropria, disciplinando la posizione di garanzia

(art. 16), la protezione di soggetti incapaci (art. 17), l'attività terapeutica (art. 18), l'attività di polizia o di controllo (art. 19), la protezione di persone o di beni (art. 20), il controllo su fonti di pericolo (art. 21), gli adempimenti nell'ambito di organizzazioni complesse (art. 22), le posizioni di garanzia nell'ambito di organizzazioni complesse (art. 23) e l'omesso impedimento di reati commessi con il mezzo della stampa e della radio-televisione (art. 24); anche il progetto Nordio aveva confermato, seppur nell'ambito di una disciplina meno analitica, la necessità di tipizzazione delle posizioni di garanzia, dedicando cinque articoli agli obblighi di adempimento e di intervento nelle organizzazioni complesse (art. 12), alla protezione e custodia di minori o incapaci (art. 13), al controllo su fonti di pericolo (art. 14), all'omesso impedimento di reati da parte delle forze di polizia (art. 15) e all'omesso impedimento di reati commessi col mezzo della stampa o di altri mezzi di comunicazione (art. 16). Un diverso assetto della materia, frutto di un'impostazione più tradizionale, è stato invece proposto dalla Commissione Pisapia. In particolare, lo schema di legge-delega in questione affronta il tema in un'unica norma che detta i seguenti principi: prevedere che il non impedire l'evento sia equiparato al cagionarlo sempre che: a) sia stato violato un obbligo attuale di garanzia del bene giuridico; b) il titolare dell'obbligo giuridico di garanzia sia in possesso dei poteri giuridici e di fatto idonei ad impedire l'evento; c) 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 (art. 13⁷). Inoltre, lo schema elaborato dalla Commissione Pisapia delinea alcune ulteriori opzioni sul punto - alcune delle quali accolte dal legislatore: con il d.lgs. 9.4.2008, n. 81, nell'ambito della riforma delle norme a tutela della sicurezza sul lavoro - prevedendo che: a) siano esplicitati i presupposti del legittimo trasferimento degli obblighi di garanzia dal titolare originario ad altri soggetti, sulla base di un provvedimento della pubblica autorità o di atti di autonomia privata; b) la violazione degli obblighi giuridici di mera vigilanza sia punibile solo in quanto espressamente prevista dalla legge come reato. Come si vede, tutti i più recenti Progetti di riforma del codice si sono innanzitutto sforzati di definire in modo più tassativo i confini dell'obbligo giuridico di impedire eventi lesivi, con l'obiettivo di arginare il più possibile la tendenza a dar vita, in sede giudiziale, a una incontrollata proliferazione degli "illeciti commissivi mediante omissione".

In ogni caso, la dottrina rileva che "la teoria formale e la teoria funzionale dell'obbligo di impedire l'evento necessitano di reciproca integrazione" [ROMANO, *CommSist I*, art. 40, 391]. Si sottolinea, pertanto, che è innanzi tutto la legge, in senso formale, a segnalarsi quale fonte privilegiata di obblighi giuridici di impedire eventi penalmente rilevanti. L'obbligo ex art. 40 cpv. può tuttavia scaturire, come riconosce costantemente la giurisprudenza, anche da fonti di rango sub-legislativo, come regolamenti e provvedimenti amministrativi. Quanto al contratto, così come qualsiasi altro atto di autonomia privata (ad es. la delega di funzioni nell'esercizio dell'attività di impresa, di cui si parlerà, cfr. infra, X), esso può pacificamente fondare posizioni di garanzia, perché tale è l'effetto che la legge gli attribuisce. Altro punto fermo, dal punto di vista funzionale, è che per il diritto penale ciò che conta è il contenuto materiale dell'obbligo giuridicamente fondato

o, per essere più precisi, l'effettivo potere conferito all'agente, nella concreta situazione, per proteggere determinati beni giuridici o per controllare fonti di pericolo.

- 64 Tornando all'**assetto attuale** delle posizioni di garanzia, si deve in primo luogo ribadire la definizione che di esse comunemente si adotta, vale a dire quella di "situazioni fattuali normalmente qualificate, cui l'ordinamento riconnette l'obbligo di impedire l'evento" [STELLA, *CR*, art. 40, 142; Grasso (66), 185]. All'interno di tale categoria generale, sono peraltro possibili alcune partizioni di fondo, delineate dalla dottrina e condivise anche dalla giurisprudenza, che attingono ad una classificazione di tipo funzionale: in particolare, le tipologie fondamentali alle quali si è soliti fare riferimento prendono il nome di **posizioni di protezione** e di **posizioni di controllo**. Una terza categoria, variamente inquadrata e discussa, è quella degli **obblighi di impedimento del reato altrui** [Grasso (66), 292; F. MANTOVANI (76), 337 e ss.].

- 65 Prima di esaminare più da vicino le tre categorie citate, si deve peraltro rendere conto di quell'orientamento dottrinale che, sul tema della classificazione delle posizioni di garanzia, ritiene necessario introdurre alcune **interessanti precisazioni** [LEONCINI (72), 10 e ss.; F. MANTOVANI (76), 337 e ss.]. Partendo dalla considerazione che l'imposizione tradizionale, pur meritoria sotto molto punti di vista, presenterebbe pur sempre dei limiti (consistenti, nella specie, in alcune soluzioni applicative non conformi al principio di personalità della responsabilità penale), la tesi in esame ritiene necessario operare "una *summa divisio* [...] tra le tre figure dell'**obbligo di attivarsi**, dell'**obbligo di garanzia** e dell'**obbligo di sorveglianza**". Tali categorie, infatti, consentirebbero di risolvere in modo corretto alcune controverse questioni, soprattutto in tema di obbligo di impedimento del reato altrui. Per ciò che riguarda l'obbligo di attivarsi, si osserva che esso ha per destinatari soggetti privi di poteri di impedimento del fatto e nasce direttamente dalla norma, in assenza di qualsiasi vincolo preesistente che legni l'obbligato al bene oggetto di tutela (es.: l'obbligo di soccorso *ex art.* 593); di conseguenza, tale tipologia di obblighi può assumere rilevanza solo in relazione ai reati omissivi propri, cioè in un ambito per definizione estraneo all'*art.* 40 *cpv.* Sotto la categoria degli obblighi di garanzia, invece, dovrebbero essere ricondotte tutte quelle ipotesi in cui all'agente sia attribuito non solo l'obbligo di impedire l'evento, ma anche i corrispettivi poteri per soddisfare tale dovere. Proprio l'esigenza di delineare una "rigorosa corrispondenza tra l'obbligo e i simmetrici poteri impeditivi" costituisce il punto centrale della partizione in esame, consentendo, in sostanza, la riconduzione delle classiche posizioni di protezione e di controllo nella categoria dei più generali obblighi di garanzia. Per le ipotesi tradizionalmente ricondotte alla categoria degli obblighi aventi ad oggetto l'impedimento di reati da parte di terzi, invece, si renderebbe necessaria una separazione in base all'effettivo riconoscimento dei poteri impeditivi: se tali poteri sussistono, allora l'agente assumerà un vero e proprio obbligo di garanzia; viceversa, l'assenza di opportuni poteri di impedimento sarà ostativa rispetto al sorgere di tale obbligo, e potrà al più delinearci soltanto un obbligo di sorveglianza. A tale terza categoria, di conseguenza, dovranno essere ricondotti tutti quei casi in cui il soggetto, privo di autentici poteri impeditivi, abbia comunque l'obbligo di "vigilare sull'operato di terzi per

conoscere dell'eventuale commissione di illeciti e informarne il garante o il titolare dei beni" [LEONCINI (72), 412]. L'esempio più calzante, secondo l'orientamento in esame, sarebbe quello degli obblighi imposti ai sindaci per l'omesso impedimento dei reati commessi nell'ambito della società: tali obblighi, infatti, sarebbero in realtà dei meri obblighi di sorveglianza, non essendo riconosciuti ai sindaci, nel nostro ordinamento, dei reali poteri impeditivi rispetto all'operato criminoso degli amministratori [in tal senso anche F. MANTOVANI (76), 343; PISANI (105), 446; CENTONZE, (29), 269 e ss.]. La categoria degli **obblighi di sorveglianza** comporterebbe, secondo i suoi sostenitori, principalmente quattro conseguenze [F. MANTOVANI (76), 343]: a) in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, l'inosservanza dell'obbligo di sorveglianza non dà luogo a responsabilità per omesso impedimento dell'evento, in virtù dell'assenza dei necessari poteri impeditivi; b) il titolare dell'obbligo di sorveglianza non risponde neppure di concorso omissivo nel reato commesso dal soggetto sottoposto a sorveglianza; c) l'omessa sorveglianza, nel sistema vigente, è punibile solo nei casi espressamente previsti da specifiche norme di parte speciale, non essendo rintracciabile nel nostro ordinamento alcuna previsione generale sull'obbligo di sorveglianza; d) in una prospettiva *de lege ferenda* sarebbe opportuno prevedere tanto una disposizione generale sull'obbligo di sorveglianza, che ne precisi i requisiti e l'ambito di rilevanza, quanto una serie di fattispecie che sanzionino la violazione di specifici obblighi di sorveglianza. Come si vedrà tra breve, esaminando il problema dell'obbligo di impedimento di reati nelle organizzazioni complesse, la tesi in esame presenta aspetti di indubbio interesse, specialmente per ciò che riguarda il valore centrale attribuito alla **correlazione tra doveri e poteri di impedimento**.

66 Tornando ora alla ripartizione tradizionale delle posizioni di garanzia, si può osservare che gli **obblighi di protezione** trovano la loro origine nella esigenza di tutela di determinati beni giuridici: al garante, in tali casi, è affidato un compito di protezione di interessi giuridici precisi nei confronti dei pericoli che ne possono minacciare l'integrità. Le situazioni più comuni, per ciò che riguarda le posizioni di protezione, attingono alla protezione di soggetti incapaci di provvedere a se stessi, per età, infermità o per qualsiasi altra causa. Il primo esempio a venire in rilievo è perciò quello dei rapporti familiari: in tale ambito, è agevole considerare che mentre non esistono problemi nel fondare posizioni di garanzia dei genitori verso i figli (e viceversa) o dei coniugi tra loro, o nell'ipotesi di affidamento familiare, perché esistono fonti normative positive che le individuano (l'*art.* 147 *c.c.* o l'*art.* 30 *Cost.* o gli *artt.* 315 *c.c.* e 433 *c.c.*, o la l. n. 184/1983, da ultimo, in tema di responsabilità penale del genitore per omesso impedimento degli abusi perpetrati da parte del coniuge sui figli minori, *cf.* C.11.10.2011, V., CED 251624; C.14.12.2007, B., CED 238698, CP 2008, 3230, con nota di DE FLAMMINIS (44), 3234 e ss.; C.8.7.2009, N. e altro, CED 244931] molto più problematici appaiono i casi nei quali analogo obbligo positivo non sia immediatamente ricavabile da una norma di legge (ad es. il rapporto tra fidanzati o tra cognati). Di non semplice costruzione (per quanto reclamata da istanze politico-criminali evidenti) è la fondazione di obblighi di protezione all'interno di relazioni familiari non disciplinate (o insufficientemente disciplinate) giuridicamente (la convivenza *more*

incapace), o ancor più all'interno di relazioni comunicative dai contenuti e limiti ancor più sfuggenti [C 29, 11.2006, Aprigliano, CED 235681, a proposito dell'obbligo di protezione che grava sulla madre di una bambina affetta da menomazione psichica rispetto agli atti di abuso sessuale e sfruttamento della prostituzione compiuti sulla minore da parte del convivente della madre stessa; C 19, 7.2011, DFP 2012, 608, con nota di B. ROMANO, secondo cui non risponde del reato sessuale commesso da terzi in danno dei nipoti minori la nonna che, consapevole di tale fatto, non si attiva per impedirlo, stante l'inesistenza di un obbligo giuridico a suo carico; in dottrina, con accenti e soluzioni diverse, ROMANO, *Commissi* I, art. 40, 385; MARINUCCI-DOLCINI 2021]. Come ipotesi ulteriori, vengono poi in rilievo i casi di chi abbia assunto la custodia di un minore o di altra persona incapace, per infermità o vecchiaia, di provvedere a se stessa (*baby sitter*, badanti ecc.): in tali casi, la posizione di garanzia nasce da una fonte negoziale, purché però, conformemente all'interpretazione che pare più corretta, vi sia stata una effettiva presa in carico dell'incapace da parte del garante. Seguendo tale impostazione, deve essere anche affermata la posizione di garanzia in capo a chi abbia assunto volontariamente - in modo unilaterale o consensuale - il compito di protezione dell'incapace, perché l'effettiva presa in carico della difesa di determinati beni crea nell'ordinamento un'aspettativa di una più efficace loro protezione, aumentandone oggettivamente le chances di salvezza [ROMANO, *Commissi* I, art. 40, 384]. Analoghe considerazioni valgono in relazione a chi assuma "funzioni di istruzione o di guida o di sorveglianza nello svolgimento di attività pericolose da parte di altri": anche in tali casi - esempio classico, la posizione di garanzia in capo alla guida alpina, rispetto alla quale assume un ruolo fondamentale l'affidamento da parte dei partecipanti (inesperti) alla scalata - l'esigenza di protezione scaturisce dalla effettiva presa in carico di soggetti che altrimenti non avrebbero affrontato un determinato rischio [POLLANO 248]. Ancora, per quanto riguarda il settore dell'attività sanitaria, assumono particolare rilievo i doveri di cura e soccorso, collegati all'esercizio di determinati ruoli o funzioni (es.: medico di guardia o di pronto soccorso); anche in tali casi, ad essere decisiva sarà la presenza di una concreta presa in carico o di un dovere di presa in carico, e la posizione di garanzia assumerà i contorni e i limiti desumibili dalla fonte extrapenale costituita, dalla disciplina dell'ordinamento sanitario. In giurisprudenza, fra le posizioni di protezione hanno trovato riscontro quelle relative al genitore che non ha impedito l'omicidio del figlio deciso da altri parenti [C 1.2.1935, *Gpen* 1937, II, 932] o la consumazione di maltrattamenti e violenze sessuali in danno della figlia minorene [C 13.3.2014, G.F., DeJure; C 8.7.2009, N. e altro, CED 244931; C 15.11.2001, Sabella, DFP 2002, 49]. L'attività del docente, del preside e del Ministero della Pubblica Istruzione nei confronti dell'allunno [C 8.6.2000, ISL 2001, 157; C 9.2.2012, DeJure]; l'attività del personale medico e paramedico di una struttura sanitaria, nei confronti dei pazienti e per tutta la durata del turno [C 2.3.2000, Troiano, CED 217477]; l'attività di istruzione sportiva agonistica o di messa a disposizione di attrezzature ricreative [è stata così ritenuta la responsabilità di un maestro di sci per aver accompagnato alcuni allievi, poi investiti e uccisi da una massa di neve, in una zona nella quale era previsto pericolo di valanghe [C 19.2.1991, Souteran, MPCSC 1992, 11, 82] e di un direttore di oratorio che aveva messo gratuitamente a disposizione di una scuola un campo di calcetto attrezzato con

una pesante porta metallica, alla quale un bambino si aggrappava determinandone il crollo e restandone mortalmente colpito [C 1.12.2000, Durante, CED 218690, ulteriori riferimenti in Bissori (12), 1352 e ss.]

Distinti dagli obblighi di protezione sono, invece, gli **obblighi di controllo**, che vengono in rilievo nei casi in cui vi sia l'esigenza di apprestare una sorveglianza ad una ben determinata **fonte di possibili pericoli**: in tal caso sono i poteri e i doveri di organizzazione e di disposizione sulla fonte del pericolo a costituire fondamento dell'obbligo di controllo e di impedimento di eventi penalmente rilevanti. Infatti l'ordinamento, attraverso la predisposizione di apposite normative, individua i soggetti che hanno il compito (e i relativi poteri) di assicurare la protezione dei terzi da determinate fonti di pericolo, che possono essere sia pericoli creati da forze della natura che pericoli connessi allo svolgimento di attività umane. Ad esempio, l'obbligo di neutralizzare i pericoli per la pubblica incolumità derivanti da inondazioni o eruzioni vulcaniche incombe, sulla base delle leggi che regolano la materia (l. n. 225/1992; l. n. 40/12001), sugli organi centrali e periferici del Servizio nazionale della Protezione Civile, così come i costruttori, i gestori e i direttori di cave e miniere sono garanti della sicurezza dei lavoratori e della integrità dei beni ambientali rispetto al pericolo di caduta di frane [CORBERTA (32), 248 e ss.]. Quanto allo svolgimento di attività umane, viene in rilievo in primo luogo il caso del proprietario di edifici, animali, autoveicoli ecc., che assume una posizione di garanzia rispetto ai pericoli che possono derivare da un uso scorretto dei propri beni, come testimoniano le norme civilistiche sulla responsabilità per fatto illecito (artt. 2051-2053 c.c.). In particolare, recentemente la Cassazione ha dichiarato responsabile di omicidio colposo il proprietario di un appartamento che, locando l'immobile senza curarsi del pessimo stato di manutenzione della caldaia, avrebbe violato un obbligo di protezione nei confronti del proprio inquilino, non impedendo la fuoriuscita del gas dalla caldaia stessa e, di conseguenza, l'intossicazione e la morte della vittima [C 6.2.2006, Abbiate, CED 235369. Si tratta, peraltro, di un caso in cui la fonte della posizione di garanzia viene riconosciuta in un potere di fatto, il cui esercizio corretto e tempestivo avrebbe assicurato l'impedimento dell'evento lesivo]. Allo stesso modo, per quanto riguarda l'esercizio di attività sportive potenzialmente pericolose (autodromi, palazzi del ghiaccio, impianti scistici, centri di *rafting*), la posizione di garanzia sorge in capo a coloro che hanno il potere (e dunque il dovere) di neutralizzare il pericolo tipicamente connesso all'attività in questione. Ancora, per quanto riguarda un caso di organizzazione complessa, i pericoli derivanti dal sistema dei trasporti su strade ferrate fanno sorgere degli obblighi di tutela della pubblica incolumità che si manifestano attraverso la nascita di plurime posizioni di controllo, la cui articolazione, su base centrale e periferica, è disciplinata dalla normativa in materia [d.P.R. n. 753/1980 e l. n. 210/1985, per approfondimenti, MARINUCCI-DOLCINI 2011]. Altri esempi di obblighi di controllo sono poi quelli che derivano dai rapporti di educazione, istruzione, cura e custodia. Se il garante (sia esso il genitore, il tutore, il maestro, l'istruttore, ecc.), come si è prima visto, ha il dovere giuridico di protezione dell'incolumità fisica del soggetto incapace di badare a se stesso, egli ha, altresì, l'obbligo giuridico di impedire che costui arrechi danno a terzi: naturalmente, non si dovrà mai

dimenticare che l'esigenza di protezione dal pericolo non potrà mai giustificare forme di sorveglianza troppo spinte, poiché "il rapporto educativo esige una fiducia di fondo", che trova riconoscimento nei diritti di libertà costituzionalmente riconosciuti - seppur attraverso forme "temperate" di esercizio - anche ai soggetti incapaci [ROMANO, *Commsist* I, art. 40, 387]. In giurisprudenza, tra le tante, è stata riconosciuta la posizione di garanzia (*sub specie* posizione di controllo) in capo al soggetto incaricato del servizio di manutenzione di una strada nel caso in cui un incidente stradale sia stato causato dalla insufficiente od omessa manutenzione della sede viaria da parte dell'ente pubblico a ciò preposto [cost C 1.4.2008, Cerri, CED 240218]; in capo ai proprietari di un edificio pericolante, nel caso in cui il crollo sia stato causato dalla mancata manutenzione dell'edificio [C 10.7.2014, 38983, DeIure]; in capo ai responsabili dell'esercizio del trasporto ferroviario, per l'investimento di un soggetto in un tratto privo di recinzione e abitualmente oggetto di attraversamento dei binari da parte della popolazione [C 4.5.2000, Patti, CED 217892]; in capo al comandante della nave per lo svolgimento in sicurezza delle operazioni commesse all'ingresso dei passeggeri e dei veicoli sul natante [C 6.12.2003, O., CED 227877, FI 2004, II, 691]; in capo al gestore di un impianto per lo svolgimento del *rifilling* [C 22.10.2004, I.P., *medici*]; in capo all'imprenditore che abbia eseguito lavori in appalto per conto della pubblica amministrazione e abbia ommesso, durante la sospensione dei lavori, di adottare quegli accorgimenti necessari ad evitare il pericolo di crollo dello stabile, poi verificatosi [C 31.10.1991, Rezza, CED 191808, MPCSC 1993, 1, 82, in dottrina, sul tema, MORGANTE (87), 88 e ss.]. Sulla problematica delle posizioni di controllo nel sistema delle organizzazioni complesse, e in particolare sul tema della delegabilità degli obblighi che a tali posizioni si riconnettono, cfr. *infra*, 77.

68 Per quanto riguarda le posizioni di garanzia nascenti dal **dovere di impedire la commissione di reati da parte di terzi**, si deve osservare che si tratta di una categoria dai confini piuttosto discussi in dottrina e in giurisprudenza [un'ampia rassegna delle diverse posizioni in campo è effettuata da BISSORI (12), 1339 e ss.]. La casistica, quanto mai varia, si riferisce ad obblighi riconducibili a rapporti di parentela, alla titolarità di funzioni pubbliche - prime fra tutte la funzione di polizia -, all'esercizio di ben precisi poteri di diritto privato, atinenti soprattutto alle funzioni di amministratori e sindaci nelle società commerciali. In realtà, molte delle posizioni di garanzia usualmente ricondotte alla categoria in esame sono semplicemente delle particolari posizioni di protezione o di controllo. Ad esempio, il dovere del genitore di impedire la commissione di reati in danno del figlio minore è chiaramente un aspetto del più ampio obbligo di protezione, così come il dovere di sicurezza dell'imprenditore - che fa sorgere in capo a tale soggetto un preciso obbligo di controllo - può ben comprendere l'impendimento di determinate attività illecite nell'ambito dell'attività d'impresa. Ecco perché l'ambito di una terza categoria autonoma di posizioni di garanzia può ridursi, in realtà, ai soli

casi in cui l'obbligo del garante abbia come **contenuto specifico** l'impendimento del reato di un terzo, e non il generico impedimento di un qualsivoglia evento delittuoso. La conclusione appena formulata può essere d'aiuto per risolvere la spinosa questione della posizione di garanzia gravante sugli appartenenti alle forze di polizia. Secondo la giurisprudenza, infatti, è possibile ricostruire una posizione di garanzia di portata generale, che consente, attraverso il richiamo al concorso di persone, di ritenere penalmente responsabile anche l'agente o l'ufficiale di polizia che abbia ommesso di intervenire, consentendo la consumazione del reato [cfr. già C 18.6.1965, Deiana, *CPMA* 1966, 251, che ha riconosciuto la responsabilità dell'agente che non impedisce il congiungimento di suoi amici con una prostituta su una spiaggia; nella giurisprudenza successiva, C 6.12.1991, Viani, *RP* 1992, 659; C 30.1.1996, Tucci, *CP* 1997, 1496]. Di tale ricostruzione è tuttavia possibile dubitare, perché il dovere generico di impedire la commissione di reati è qualcosa di molto differente dalla specifica garanzia di tutti i beni giuridici di ogni singolo cittadino, chiaramente impossibile da sostenere per chiunque. Inoltre, come osserva giustamente la dottrina, non si può neppure ipotizzare, in capo all'agente di polizia, la sussistenza di un obbligo di protezione, poiché questo genere di posizioni di garanzia richiede l'individuazione delle singole persone e dei singoli beni tutelati, non essendo evidentemente possibile una protezione *in incertam personam* [Grasso (66), 331; ROMANO, *Commsist* I, art. 40, 388]. È corretto, dunque, l'indirizzo seguito da quanti sostengono che "il generico dovere di impedimento dei reati, caratterizzante le funzioni di polizia, non soddisfa i caratteri di determinatezza e specificità che connotano il rapporto di protezione su cui il diritto penale fa poggiare la responsabilità per omissione" [PULLITANO 250]. La casistica in esame, di conseguenza, potrà trovare una migliore collocazione nell'ambito della norma che punisce il rifiuto di atti d'ufficio (art. 328). A conclusione differente, nonostante il diverso parere di una parte della dottrina [PULLITANO 270], si deve pervenire invece nelle ipotesi in cui vi sia un rapporto di protezione specifico e personalizzato, come quello che caratterizza gli agenti di polizia in servizio permanente di scorta: in tali casi, infatti, si è di fronte a quel grado di specificità dell'obbligo - riflesso di una più ampia posizione di protezione - necessario per non ritenere violato il principio di determinatezza [Grasso (66), 335; ROMANO, *Commsist* I, art. 40, 388; LEONCINI (72), 147]. Non sembra dunque decisiva, per escludere la responsabilità dell'agente di scorta, la considerazione che, se si ritenesse operante l'art. 40 cpv. in un caso del genere, non vi sarebbe alcun ragionevole motivo per accordare un diverso trattamento al poliziotto in servizio che, assistendo ad un'aggressione, si astenga dall'intervenire per bloccarla: la differenza tra i due casi, infatti, può essere rintracciata nella ricorrenza o meno di una posizione di protezione, che è da riconoscersi, come si è detto, solo nel caso dell'agente impiegato nel servizio di scorta. In **giurisprudenza** un dovere di impedimento del reato di un terzo, la cui violazione dà luogo a responsabilità per concorso, è stato ritenuto a carico dei responsabili di una struttura assistenziale pubblica per persone anziane, in relazione al delitto di maltrattamenti posto in essere da soggetti estranei [C 30.5.1990, Cosco, *CP* 1992, 1505; C 7.10.1994, Trincale, *CP* 1996, 511]; del direttore generale di una Unità Sanitaria Locale, in relazione a reati compiuti nello svolgimento dell'attività dell'Unità Sanitaria, di cui abbia avuto notizia [C 19.6.1996, Di Francesco *CP* 1997, 360; C 29.11.2000,

Leoni, CED 217998]; dei soggetti che abbiano un generale dovere funzionale di impedimento, con riferimento al reato di corruzione propria [C 5.2.1991, Aceto, CP 1991, 55]; del direttore di miniera, quale garante della tutela dei beni considerati dalle norme di polizia mineraria, che non potrà mai essere condizionato dagli eventuali ordini o disposizioni dell'imprenditore [C 6.12.1990, Bonetti, cit.]; dei sindaci dei Comuni in cui non risultano altrimenti ripartite le competenze specifiche e i relativi poteri rispetto alle opere realizzate da parte delle stesse amministrazioni comunali nell'ambito del territorio appartenente al demanio [C 20.2.2007, Pisano, CED 236090]; dei genitori in relazione all'infanticidio commesso dalla figlia minore, in base all'art. 2048 c.c. [C 21.9.1992, Ferri, CP 1994, 1499]; di agenti di polizia giudiziaria che, avendo l'obbligo giuridico di evitare l'agire illecito di terzi, non si siano attivati per evitare l'attività di sfruttamento della prostituzione [C 30.1.1996, Tucci, CP 1997, 1496]; del proprietario non committente e del nudo proprietario che consapevolmente omettano di impedire una costruzione abusiva sul suolo di loro proprietà [C 8.5.2009, Assante Di Ponzillo, CED 243961; C 12.7.1999, Cucci, CP 2000, 2751; C 11.11.1999, Giovannella, CED 214609]; del responsabile di una struttura aziendale di carattere familiare, in relazione agli illeciti commessi, in tema di disciplina della produzione e vendita di prodotti alimentari, dai suoi collaboratori [C 5.4.2007, Roscio, CED 236748]. Da ultimo, va ricordato come un caso specifico di responsabilità per omesso impedimento del reato altrui, esplicitamente previsto dal legislatore penale (art. 57) è quello previsto per il direttore o il vice-direttore responsabile di un periodico (o per l'editore e lo stampatore nei casi di cui all'art. 57-bis), nell'ipotesi di reati commessi col mezzo della stampa [C 21.11.2000, Bottoni, CED 218209].

69 Il problema dell'impedimento del reato altrui, che riguarda l'esercizio di funzioni caratterizzate da poteri di supremazia, assume riflessi particolarmente interessanti nell'ambito della **responsabilità entro organizzazioni complesse**, contrassegnate dall'esercizio di poteri di diritto privato. La questione che si pone all'interprete attiene qui alla sussistenza e all'eventuale individuazione del soggetto o dei soggetti cui, nella rete fitta e articolata dell'organizzazione d'impresa (fondata sulla divisione del lavoro), l'ordinamento giuridico riconosce poteri e correlativi obblighi di impedimento di reati dolosi commessi da appartenenti all'organizzazione stessa [sul punto, PEDRAZZI (100), 128; cfr. anche ALESSANDRI (1), 196 e CENTONZE, (29), 125]. Sul tema, che in questa sede non potrà che essere affrontato per cenni, si può anzi tutto osservare come la giurisprudenza e la dottrina ampiamente prevalenti non hanno dubitato, nella vigenza della disciplina ante-riforma del diritto societario (ci si riferisce al d.lgs. n. 6/2003 e successivamente decreti correttivi 37/2004 e 310/2004, entrati in vigore il 1.1.2004, che hanno modificato ampiamente l'assetto delle società di capitali e delle società cooperative) che una posizione di garanzia faccia capo ad amministratori e sindaci di società, in ragione dei poteri e doveri conferiti dalle norme di diritto societario [STELLA-PULITANO (138), 553]. Tuttavia, se rispetto agli amministratori il consenso è sempre stato pressoché unanime, trattandosi dei soggetti titolari (in forma individuale o collettiva) dei più ampi poteri decisionali e organizzativi nell'ambito dell'impresa societaria, sulla responsabilità dei sindaci si è tradizionalmente manifestato, in dottrina, un senso di insoddisfa-

zione per un'attribuzione di responsabilità spesso svincolata dall'effettivo accertamento della possibilità (oltre che dell'obbligo) di impedire il reato. Ecco perché, come si è già anticipato, alcuni autori hanno ritenuto necessario sottolineare che un **obbligo di impedimento dei reati** può sorgere solo ove siano conferiti i corrispondenti poteri, situazione che mancherebbe nel caso dei sindaci, in capo ai quali sarebbe perciò possibile ricostruire solo un più limitato **obbligo di sorveglianza** [LEONCINI (72), 123, secondo cui "non potrà mai aversi un obbligo di garanzia, ove il terzo autore della condotta illecita sia fornito di poteri diversi o superiori o di un'autonomia decisionale sull'atto integrato il reato, rispetto all'obbligo. In quest'ultimo caso, non essendo ravvisabile un effettivo potere giuridico 'impeditivo' potrà aversi, al più, un obbligo di sorveglianza (es.: dei sindaci nei confronti degli eventuali atti illeciti degli amministratori)"; interpretazione condivisa anche da F. MANTOVANI (76), 343 e PISANI (105), 51. Di avviso contrario, peraltro, la **giurisprudenza**, anche recente: cfr. C 13.12.2006, Martone, CED 236630, secondo cui "in tema di responsabilità per bancarotta documentale, l'obbligo di vigilanza dei sindaci e del collegio sindacale non è limitato al mero controllo conferito anche il potere-dovere di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni". Per un'ampia analisi dei problemi penalistici relativi alla responsabilità omissiva di amministratori e sindaci, cfr. ALESSANDRI, in PEDRAZZI e a., 85 e ss., cui approfonditi riferimenti ai contenuti delle diverse posizioni di garanzia nell'ambito dei modelli alternativi di **corporate governance** delineati dalla riforma del diritto societario, CENTONZE (29)].

In generale, per tutti i problemi attinenti alla responsabilità penale omissiva nell'ambito delle società commerciali, si deve ribadire - anche dopo la riforma del diritto societario e alla luce delle possibili opzioni disponibili in merito al concreto assetto della **corporate governance** - che la verifica alla quale il giudice penale è impraescribibilmente chiamato è quella relativa alla sussistenza di un effettivo **equilibrio tra doveri e poteri d'impedimento**. La posizione di garanzia corre, infatti, il rischio di diventare - come sovente accade nella prassi giurisprudenziale - "costruzione artificiosa e sganciata dalla realtà, se viene disgiunta dalla verifica, oltre che dell'obbligo violato, dell'impedimento dell'evento temuto, che sarebbe stato evitato da uno scrupoloso svolgimento dell'attività da parte del garante" [ALESSANDRI (2), 540, sul tema cfr. anche RISCATO (116), 5 e ss.]. Il problema, insomma, è quello di evitare un'ennesima **confusione tra il piano della colpa e quello della sussistenza dell'obbligo di impedimento**, la cui conseguenza è stata efficacemente descritta dalla dottrina: "una dilatazione incontrollata della responsabilità, che dalla violazione dell'obbligo inferisce la responsabilità per l'evento-reato da altri cagionato, saltando la verifica, oltre che della rappresentabilità, della commissione causale con l'ipotetico adempimento" [ALESSANDRI (2), 540, sul punto, cfr. GARGANI (63), 610 e ss.].

Da questo punto di vista, sarà certamente interessante verificare le prime applicazioni giurisprudenziali in merito ai riflessi penalistici della **riforma del diritto societario**