

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



Dottorato di ricerca in Sistema Penale Integrato e Processo
XXVII ciclo

TESI DI DOTTORATO

Il problema della (posizione di) garanzia nei reati omissivi

Relatore
Ch. mo Prof. Antonio Cavaliere

Candidata
Laura Cozzolino

Anno accademico 2014 – 2015

INDICE

PARTE I

LA POSIZIONE DI GARANZIA NEL CONTESTO DELL'ILLECITO OMISSIVO:
PRESUPPOSTI E FORMULAZIONI TEORICHE

CAPITOLO I

PRESUPPOSTI TEORICI DEL PROBLEMA DELLA (POSIZIONE DI) GARANZIA NEI REATI
OMISSIVI

1. Prolegomeni ricostruttivi
2. Fisionomia e contorni dell'omissione penalmente rilevante. Cenni intorno al concetto di azione
3. Morfologia dell'omissione penalmente rilevante
 - 3.1. Natura normativa dell'omissione tra fondamento costituzionale e opzioni politico-criminali
 - 3.2. Tipologie di reato omissivo: assetto tradizionale e punti critici
 - 3.3. Reati omissivi e reati propri
4. L'obbligo giuridico: premessa sistematica
 - 4.1. L'obbligo giuridico di impedire l'evento tra esegesi e comparazione
 - 4.2. La *Garantenstellung* tra parte generale e parte speciale

CAPITOLO II

LE FONTI DELLA POSIZIONE DI GARANZIA: TRA TEORIA 'FORMALE' E 'FUNZIONALE'
DELL'OBBLIGO GIURIDICO

1. Le fonti degli obblighi tra orientamenti formalistici e funzionalistici
2. Ricostruzioni di stampo formale: la *formelle Rechtspflichttheorie*
 - 2.1. La legge come *besonder Rechtsgrund*. Critica alla tesi della giuridicità formale
 - 2.2. Il fondamento contrattuale e la volontaria assunzione di obblighi giuridici
 - 2.2.1. Forma e affidamento
 - 2.2.2. Effetti delle vicende del contratto sugli obblighi di garanzia
 - 2.2.3. Assunzione volontaria di obblighi
 - 2.3. Il discutibile riferimento alla precedente azione pericolosa (Rinvio)
3. L'orientamento funzionalistico: la *Garantenlehre* e l'organizzazione per tipologia di funzione
4. La c.d. 'teoria mista': tra finalità integrativa e modalità alternativa

PARTE II

DALLA POSIZIONE DI GARANZIA ALLA POSIZIONE *TOUT COURT*. PARABOLA DISCENDENTE DI UN DOGMA

CAPITOLO III

DELEGA DI FUNZIONI E *GARANTENSTELLUNG*. L'ESEMPIO DELLA DISCIPLINA DELLA SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO

1. Vicende della posizione di garanzia

2. Successione nella posizione di garanzia e trasferimento di obblighi.

2.1. Meccanismi originanti la successione o il trasferimento delle posizioni di garanzia

2.2. Presa in carico e affidamento

3. Presupposti e struttura della c.d. successione in attività inosservanti: al confine con la responsabilità per fatto altrui

3.1. Cenni alle forme di 'signoria sul fatto'

3.2. Adempimento dell'obbligo per il tramite della successione nella posizione di garanzia

3.3. Contesto illecito e successione in 'attività inosservanti'

3.3.1. Delimitazione del concetto di 'attività inosservanti'

3.3.2. Presa in carico ed affidamento nel contesto delle 'attività inosservanti'

4. Delega di funzioni, organizzazione e intervento del diritto penale nell'attività d'impresa.

5. Dalla "rimozione del pericolo" alla prevenzione strutturale del rischio: tappe della cristallizzazione normativa in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro

5.1. La portata innovativa del d.lgs. n. 81/ 2008: tra l'estensione delle definizioni e la formalizzazione della delega di funzioni

5.2. Definizione dei ruoli: profili problematici d'interazione (asincrona) nella disciplina della sicurezza nei luoghi di lavoro

5.2.1. Appaltatore, committente e sub-appaltatore

CAPITOLO I

PRESUPPOSTI TEORICI DEL PROBLEMA DELLA (POSIZIONE DI)

GARANZIA NEI REATI OMISSIVI

*Questo palazzo è opera degli dèi, pensai in un primo momento.
Esplorai gl'inabitati recinti e corressi: Gli dèi che lo edificarono son morti.
Notai le sue stranezze e dissi: Gli dèi che l'edificarono erano pazzi.
(J. Borges, *L'immortale*, in *L'Aleph*)*

1. Prolegomeni ricostruttivi 2. Fisionomia e contorni dell'omissione penalmente rilevante. Cenni intorno al concetto di azione 3. Morfologia dell'omissione penalmente rilevante 3.1. Natura normativa dell'omissione tra fondamento costituzionale e opzioni politico-criminali 3.2. Tipologie di reato omissivo: assetto tradizionale e punti critici 3.3. Reati omissivi e reati propri 4. Obbligo giuridico: Premessa sistematica 4.1. 'Obbligo giuridico di impedire l'evento' tra esegesi e comparazione 4.2. *Garantenstellung* tra parte generale e parte speciale

1. PROLEGOMENI RICOSTRUTTIVI

Definire la posizione di garanzia come una "relazione di vincolo tra un soggetto e un bene"¹ è indubbiamente un meritorio sforzo di sintesi che, però, unisce al vantaggio della brevità lo svantaggio dell'inesaustività. Se, da un lato, tale definizione coglie e restituisce l'essenza relazionale e normativa del concetto², sforzandosi di pervenire a un risultato quanto più oggettivo e neutrale, dall'altro, essa non riesce a individuarne i contorni strutturali né le

¹ SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, p. 199 e 206;

² L'omissione stessa è stata definita come «non compimento – da parte di un soggetto – di una determinata azione, che era da attendersi in base ad una "norma"», cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, Milano, 2011, p. 580 s., e già GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1947, p. 34; ID., *L'omissione nel diritto penale*, estratto dalla *Riv. it. dir. proc. pen.*, Padova, 1934, p. 7; M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1974, p. 71.

implicazioni, attestandosi dunque su un contenuto minimo utile sul piano convenzionale, ma molto meno su quello scientifico. Il sintagma si limita a enunciare alcuni termini della questione e non risulta biunivocamente collegato al concetto che intende spiegare: se è vero che una posizione di garanzia è senz'altro una relazione tra un soggetto e un bene giuridico, non è altrettanto vero che una relazione tra un soggetto e un bene giuridico costituisca necessariamente una posizione di garanzia.

L'ambiguità della formula deriva da una serie di motivi: essa è priva di un riferimento al tipo di rapporto (giuridico o sociale? stabile od occasionale?), così come alla sua fonte, manca di un preciso termine di relazione, in quanto non chiarisce i margini di operatività del concetto di bene (quale bene?), né tantomeno i suoi rapporti con l'evento. Ciò per tacere dell'assenza di specificazioni in ordine alla figura del soggetto garante. Ancora, la definizione non permette di comprendere se il concetto che intende spiegare riguardi tutti i reati omissivi o soltanto quelli impropri.

Nondimeno, le citate specificazioni, che a propria volta sottendono altrettante scelte sistematiche ed ermeneutiche, ricevono nuova linfa laddove poste in connessione con l'obbligo giuridico di impedire l'evento. Tale concetto, che pure sembra essere presupposto dall'esistenza di una posizione di garanzia³, non va con essa confuso e richiede pertanto ulteriori indagini, viepiù necessarie stante l'opzione legislativa rappresentata dal capoverso dell'art. 40 c.p. che, com'è noto, a quello si riferisce laconicamente.

Chiarire i contorni e il contenuto dell'obbligo sembra indispensabile, non solo in chiave statico-ricognitiva, ma anche ai fini di un'adeguata rappresentazione dei suoi confini di operatività, a loro volta determinati dalla

³ L'ordine dei termini del rapporto è tutt'altro che pacifico, dipendendo esso dal tipo di impostazione prescelta dagli interpreti. V. *Amplius infra* § 4.1.

possibilità di agire e da quella di impedire l'evento, entrambe relevantissime in sede d'imputazione oggettiva o, secondo altri, di colpa⁴.

Com'è noto, il dettato normativo si preoccupa di stabilire una clausola di equivalenza mediante la quale trasfigurare un determinato 'non fare' in un 'fare' penalmente rilevante, estendendo la tipicità obiettiva⁵. Pare, dunque, opportuno preoccuparsi quantomeno di determinare come ciò possa avvenire ed entro quali limiti di compatibilità costituzionale ciò sia accettabile⁶.

Altresì, pare necessario, in una fase più avanzata della trattazione, dirimere i confini tra il concetto di obbligo giuridico d'impedire l'evento e quelli affini – troppo spesso utilizzati con disinvoltura⁷ – di obbligo di agire, di garanzia e di sorveglianza⁸.

⁴ Cfr. rispettivamente ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di diritto penale* (a cura di S. Moccia), Napoli 1998, p. 83 ss.; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 1995, p. 347 s.; e MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 25 ss.; ID., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 120 s.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 219 ss.

⁵ *Amplius infra* § 3

⁶ Ritenendo insuperabile la lezione di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 9, il quale precisava che «sono, infatti, ormai lontani i tempi in cui la scuola classica analizzava in Italia il reato come ente astratto, in virtù dei criteri razionali e al di fuori di espliciti agganci al diritto positivo» e che, in Italia, un merito del tecnicismo giuridico sia stato quello di evitare il ricorso ad argomenti giusnaturalistici, prediligendo quelli di diritto positivo (*Ibidem*). Ciò veniva accostato alla lezione di BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, vol. III, Leipzig, 1918, p. 528), che esprimeva disprezzo nei confronti di coloro che non si sforzassero di dedurre il diritto penale dalle norme, indulgendo a deduzioni da concetti indeterminati e pertanto non affidabili. Peraltro, la stessa *Normentheorie* bindinghiana è un classico esempio di concettualismo aprioristico; cfr. BRICOLA, *Ibidem*.

⁷ A tal proposito, LEONCINI, *Obbligo di garanzia, obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 1, sostiene che la crescente attenzione verso il tema che ci occupa abbia determinato una «confusione terminologica», ad avviso dell'Autrice dovuta anche «alla sovrapposizione di elaborazioni di matrice tedesca alla tradizionale impostazione dogmatica della dottrina italiana»

⁸ Per la trattazione specifica in ordine agli obblighi di sorveglianza, alla partecipazione omissiva, alla delega di funzioni e alla posizione di garanzia nell'ambito di organizzazioni complesse si rinvia ai capitoli successivi. Tuttavia si anticipa che, come ricordato dalla LEONCINI, *Ibidem*, «tale commistione di termini [...] cela, talora, una non perfetta messa a fuoco delle necessarie distinzioni tra i concetti, che tali termini dovrebbero designare».

Il percorso d'analisi tratteggiato, lungi dal riflettere una mera esigenza di tipo classificatorio, possiede innegabili implicazioni applicative e, pertanto, costituisce una fase preliminare ineludibile per la ricostruzione strutturale e teleologica del problema della garanzia nei reati omissivi.

Pertanto, nel prosieguo del presente lavoro si cercherà di chiarire la posizione dell'omissione all'interno del concetto di azione penalmente rilevante, nonché il suo fondamento costituzionale, e di specificare le nozioni basilari di obbligo e divieto, rendendo conto delle acquisizioni dogmatiche italiane e tedesche; in seguito, si passerà ad una snella ricognizione in chiave strutturale e differenziale delle varie tipologie di reato omissivo e, successivamente, dopo aver esaminato la distinzione tra la posizione di garanzia e i concetti limitrofi, si affronterà l'analisi strutturale e dogmatica della prima. A tale scopo, si procederà alla ricostruzione delle varie posizioni teoriche che hanno influenzato la moderna analisi del ruolo di garante, operando un costante confronto con i principi costituzionali che incidono sulla materia penale.

2. FISIONOMIA E CONTORNI DELL'OMMISSIONE PENALMENTE RILEVANTE.

CENNI INTORNO AL CONCETTO DI AZIONE

La normatività del concetto di omissione rende necessario un continuo raffronto con i suoi termini di relazione, nonché un efficace inquadramento logico e giuridico rispetto a quello di azione. Se quest'ultima costituisce l'essenza del *Tatbestand*⁹ e riveste, dunque, un ruolo paradigmatico nella definizione del fatto penalmente rilevante, è opportuno comprendere se in tale

⁹ Cfr. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., p. 3, in cui, come *incipit* del proprio lavoro, l'Autore scriveva testualmente: «Il reato è, innanzi tutto, condotta umana. Anzi si può dire che è essenzialmente condotta umana, nel senso che nella definizione di reato, dal punto di vista analitico, la condotta è il sostantivo al quale gli altri requisiti – e cioè l'antigiuridicità oggettiva penale e la colpevolezza – si aggiungono come aggettivi. Fondamentale pertanto è il principio secondo cui: nessun reato senza una condotta umana». «Per condotta si intende il comportamento o contegno di un soggetto nei confronti del mondo esterno».

nozione sia compresa anche quella di omissione e, se sì, entro quali termini. Infatti, da un lato, diversamente che per il concetto di commissione, comunque comprensibile in chiave naturalistica ed anche a prescindere dall'evento, quello di omissione richiede sempre il riferimento a una norma per poter essere costruito¹⁰ e per permettere – nei reati d'evento – la correlazione dello stesso con l'evento causato. Dall'altro lato, però, nella prassi è invero complesso distinguere tra azioni e omissioni, e lo sviluppo tecnologico ed economico hanno condotto alla necessità di elaborare dei modelli che siano suscettibili di adattamento alla c.d. realtà moderna¹¹, pur senza sacrificare la coerenza con i principi.

Perciò, per meglio comprendere quanto sopra, è opportuno confrontarsi con il concetto di azione, giacché le differenti elaborazioni offerte in argomento nella storia del diritto penale sono state influenzate profondamente dal problema dell'esatta collocazione dell'omissione.

Così, tenendo a mente le tre funzioni principali del concetto di azione¹² – quale elemento fondante, di collegamento e di delimitazione¹³; ossia, nel sistema tedesco, come *Grund-, Verbindungs- o Grenzelement* – la dottrina ha sviluppato differenti elaborazioni teoriche volte alla sua, quanto più compiuta, ricostruzione.

Quanto alla *Grundfunktion*, ci si riferisce all'idea che l'azione debba risultare come elemento fondante nonché come riferimento primario del sistema penale¹⁴: a tal fine, deve dunque trattarsi di un concetto capace di

¹⁰ *Amplius infra* § 3

¹¹ Così, SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società post-industriali*, Milano, 2004, p. 9 ss.

¹² MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, 1953, p. 6 ss.; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1969, p. 150.

¹³ Altrimenti qualificata come funzione c.d. negativa; cfr. PADOVANI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2009, p. 334; BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, 1996, p. 271 ss.

¹⁴ Tant'è che nella trattazione manualistica tedesca, nella descrizione della struttura del reato, il concetto di azione viene spesso indicato come stipite presupposto all'intera sistematica e non

assolvere a una funzione dommatica di classificazione, accogliendo in sé tutti i modi dell'agire umano; la *Verbindungsfunktion*, invece, esprime l'esigenza che il concetto di azione funzioni come elemento di collegamento con le ulteriori determinazioni della rilevanza penale di un comportamento¹⁵; infine, la *Abgrenzungsfunktion* consiste nell'escludere, fin dal principio, quegli accadimenti che non possano, fin dal principio, rivestire rilevanza penale.

Le opzioni teoriche hanno oscillato tra l'idea di una possibile ricomprensione di tutte le "forme di azione" in un unico termine e quella opposta dell'impossibilità di un simile approdo¹⁶, a ciò è legata la questione relativa alla superfluità o meno del modello dell'equivalenza causale¹⁷.

Inoltre, può ricordarsi come lo stesso predicato della comprensività non abbia un significato univoco, giacché non chiarisce se tale termine designi una *reductio (artificiosa) ad unitatem* o piuttosto indichi il riferimento a un concetto già ontologicamente "plurale" e diversificato¹⁸.

già come compreso nella tipicità. Nella dottrina italiana, tale schema è stato abbandonato per affidare alla tipicità lo svolgimento della *Grundfunktion*; è la condotta "conforme alla fattispecie" a costituire il referente primario del sistema penale. In tal senso, MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, *passim*.

¹⁵ Il concetto di azione deve risultare neutro rispetto alle ulteriori determinazioni (cfr. MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff*, cit., p. 8) e, al contempo, pur non potendo "invadere il Tatbestand" deve possedere una forza espressiva tale da consentirgli di assumere i predicati dei successivi livelli valutativi; cfr. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dommatica penalistica tedesca* (trad. it. a cura di S. Moccia), in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, 1984, p. 2087 s.

¹⁶ E, anzi, tale possibilità o meno ha influenzato la strutturazione anche di parte delle opere manualistiche. FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale*, cit., p. 191 ss. sviluppano la trattazione sul reato distinguendo le varie tipologie d'illecito proprio a partire dal presupposto dell'impossibilità della *reductio ad unitatem* e approdando, quindi, a una costruzione 'separata' dei tipi di reato. Così, già RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für R. Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 158 ss. e MAURACH / ZIPF, *op. cit.*, p. 284.

¹⁷ *Amplius infra* §§ 3 ss.

¹⁸ Evocativamente ZAFFARONI (*Derecho Penal, Parte General*, II, Buenos Aires, 2002, p. 400), nel compiere una sintetica ed efficace ricognizione delle posizioni emerse, utilizza anche l'aggettivo "abarcativo" come possibile predicato dell'azione penalmente rilevante. «Ci sono vari criteri riguardo alla funzione che deve compiere il concetto giuridico-penale di azione. Si suole attribuirle la funzione di sostegno comune per qualunque forma di punibilità, che alcuni chiamano "funzione classificatoria", altri, elemento fondante, e altri ancora, concetto comprensivo. Spesso si aggiunge a questa funzione quella di elemento vincolante nonché di

Pertanto, siccome gran parte della discussione sulla collocazione del concetto di omissione nella categoria dell'azione penalmente rilevante risente di tale indecisione di fondo, pare utile effettuare una ricognizione delle più seguite elaborazioni teoriche della materia.

Com'è noto, un primo orientamento, preclassico, che si fa tradizionalmente risalire a Hegel e Feuerbach, negava dignità autonoma all'omissione e la connetteva, perciò, ad altri concetti, quali quello di imputazione oggettiva o di causalità. Si trattava di una costruzione di stampo naturalistico-descrittivo – così come nella prima formulazione di Beling¹⁹ in Germania e della scuola classica in Italia²⁰, seppur con i dovuti distinguo – la quale definiva come azione, rispettivamente, una condotta umana volta a modificare qualcosa nella realtà circostante²¹ o la *vis* umana, a sua volta da tenere distinta rispetto a quella c.d. naturale²².

Parzialmente diversa era già la posizione del primo von Liszt, il quale definiva l'azione come comportamento volontario rivolto verso la realtà esterna, consistente nella causazione o nel non impedimento di una modificazione (*i.e. evento*)²³. L'illustre Autore richiedeva, quindi, un predicato ineliminabile, consistente nella volontà, altresì accolto da Beling nella sua indagine sui “movimenti del corpo”²⁴.

Tuttavia, per fornire in quella sede uno spazio all'omissione all'interno del concetto di azione, si rendeva necessario qualificarla come una sorta di volontà rivolta all'“arresto dei mezzi motori”. Dato, questo, che ha senz'altro avuto il merito di escludere dal novero delle omissioni le inattività incontrollabili da

delimitazione, non mancando coloro i quali le attribuiscono una funzione negativa e imputativa».

¹⁹ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 17.

²⁰ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1867

²¹ BELING, *Ibidem*.

²² CARRARA, *Ibidem*

²³ V. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 2. Aufl., Berlin und Leipzig, 1884, p. 116 s.

²⁴ BELING, *op. ult. cit.*, p. 15, il quale, per spiegare in tal modo il concetto di omissione, parlava espressamente di “ritenzione dei mezzi motori”.

parte dell'autore, permettendo a questa ricostruzione – anche nella versione di Mezger²⁵ – di svolgere la funzione delimitativa (*Abgrenzungsfunktion*), ossia negativa: infatti, mediante il ricorso all'implementazione della volontà, era possibile distinguere tra ciò che costituisse azione o meno sulla base della sussistenza di questa. Tuttavia, stante la metodologia meramente naturalistica di tale concezione, risultava impraticabile l'attribuzione di uno specifico significato di disvalore alla condotta²⁶.

Materia di critica è stata l'incapacità della concezione di cui si discute di fare svolgere all'azione la propria *Grundfunktion*, in quanto, in tale accezione naturalistica del concetto di azione, quello di omissione non risulterebbe sufficientemente “fondato”, non reputandosi affatto dirimente un'impostazione meramente descrittiva per operare una selezione delle omissioni penalmente rilevanti. Tant'è che Beling, per rinvenire una manifestazione del 'volere' nelle omissioni, ricorreva alla c.d. 'ritenzione dei nervi motori'²⁷, trascurando, tuttavia, che siccome i nervi motori «non si pongono in movimento da sé stessi, normalmente non c'è bisogno della loro ritenzione»²⁸. Altresì è stato rilevato²⁹ che il concetto naturalistico di azione non risultava idoneo a ricoprire la funzione di collegamento in quanto, pur essendo un concetto neutro, significativamente definito come “fantasma esangue”³⁰, riusciva a collegare le categorie soltanto a prezzo di costruzioni naturalistiche artificiose.

La problematica collocazione dell'omissione ha costituito, poi, motivo di riflessione all'interno della teoria finalistica dell'azione, che ha avuto il merito di valorizzare il concetto stesso di azione, tentando di restituirgli la centralità

²⁵ MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1950, p. 12 s.

²⁶ C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 3^a ed., Torino, 2008, p. 134, specificano con un lucidissimo esempio che tale dimensione della causalità materiale non fosse di per sé idonea «a segnalare le differenze tra “uccidere” e “cagionare la morte”: vale a dire fra l'azione come struttura significativa e l'azione come processo causale».

²⁷ BELING, *op. loc. ult. cit.*

²⁸ ROXIN, *Il concetto di azione, cit.*, p. 2090.

²⁹ ROXIN, *op. ult. cit.*, p. 2091.

³⁰ BELING, *Ibidem*.

della quale, ad avviso dei finalisti, era stato inopinatamente privato dalla concezione naturalistico-causale³¹.

«L'azione umana è esplicazione della direzione finalistica»³²: così suona la celebre espressione di Welzel, con cui s'intendeva attribuire al finalismo un ruolo di primo piano nella struttura e nella dogmatica dell'azione.

Se quanto detto ha indubbio rilievo per la spiegazione del fenomeno commissivo, presso cui è possibile distinguere l'agire finalistico dal non-agire o dall'essere agito, è evidente che altrettanto non possa sostenersi circa i reati omissivi; sicché la concezione finalistica, ad avviso di alcuni³³, non è stata in grado di abbracciare tutte le modalità dell'azione, risultando inappagante proprio nella materia dei reati omissivi³⁴. Le si rimproverava, inoltre, di

³¹ Abbandonando dunque i postulati dello scientismo positivisticò, per il quale era ampiamente sufficiente un concetto naturalistico dell'azione, prodotto dall'astrazione del suo contenuto di volontà a vantaggio della sua efficienza modificativa; tale assetto risulta decisamente non sufficiente per porre al riparo da costruzioni a forte grado di imprevedibilità, inversamente proporzionale alla determinatezza; in tal senso, SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo: derive autoritarie e falsificabilità nella scienza del diritto penale*, Napoli, 2012.

³² «Menschliche Handlung ist Ausübung der Zwecktätigkeit», WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, 1969, p. 33.

³³ Famosa è la critica dello Stratenwerth – per la quale si rinvia a ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 2. Aufl., München, 1994, p. 186 – a parere del quale la *finale Handlungslehre* non riesce a soddisfare la *Grundfunktion*, in quanto si attaglierebbe propriamente soltanto alle condotte attive. Simili argomentazioni venivano svolte anche per la materia dei diritti colposi, ma riuscendo tuttavia a rinvenire un compromesso (cfr. WELZEL, *op. ult. cit.*, p. 38 s. e ID., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 33) considerando la differenza tra la finalità 'reale' e 'potenziale'. Non sono mancate ricostruzioni volte a comprendere l'azione colposa nel sistema finalistico mediante la ricomprensione del c.d. *erlaubtes Risiko* (i.e. rischio consentito) nel concetto. Una simile impostazione, tuttavia, come tra gli altri fa notare ROXIN (*Strafrecht, cit.*, p. 187), innanzitutto non riesce a dispiegare una funzione di delimitazione (*Abgrenzungsfunktion*), né tantomeno la *Verbindungsfunktion*, nella parte in cui non riesce a chiarire né il problema delle c.d. azioni automatizzate – abbondanti nella fenomenologia della circolazione stradale – né propriamente quello del reato omissivo. La teoria finalistica è ritenuta non soddisfacente rispetto alla problematica dell'omissione pure da HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, pp. 177 s. e da ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht*, Berlin, 1944, p. 164, ad avviso del quale «l'elemento della volontarietà deve essere tenuto ben distinto dalla finalità... volontarietà significa soltanto che l'autore era nella condizione psico-fisica di comportarsi diversamente, nel senso che egli godeva di 'libertà di azione'».

³⁴ ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1988, p. 12, sosteneva «Se non vi è alcuna volontà di realizzazione né alcun pilotaggio finalistico, allora non è pensabile

confondere il concetto di *Handlung* e quello di *Handlungsfähigkeit*³⁵.

Al netto delle critiche, però, la teoria finalistica ha conseguito risultati fondamentali: in primo luogo, la dimostrazione che l'illecito penale (*l'Unrecht*) non poggia unicamente sull'evento tipico, ma altresì sulla condotta dell'autore; in secondo luogo, uno spostamento dell'asse del sistema tripartito, con una più corretta sussunzione dell'elemento del dolo nell'ambito del fatto tipico³⁶, anziché in sede di colpevolezza.

Inoltre, nella dottrina italiana ciò ha comportato degli indubbi riflessi sul tema della *suitas*, ossia sulla coscienza e volontà di cui all'art. 42 co. 1 c.p., tant'è che i sostenitori di tale impostazione finalistica riconoscono la coscienza e la volontà come presupposti per l'azione penalmente rilevante, con l'ovvia conseguenza di disconoscere l'esistenza del fatto tipico a fronte di caso fortuito, forza maggiore o reità c.d. mediata: casi in cui, cioè, il soggetto *non agit sed agitur*, in quanto manca la signoria sul fatto (*Tatherrschaft*)³⁷.

Invero, il concetto di *suitas* è stato tradizionalmente indagato, nella dottrina italiana³⁸, sotto due diversi angoli visuali: come «appartenenza» della condotta all'autore o come «nesso psichico tra autore e fatto di reato»³⁹. La

alcuna omissione "voluta". Non potendosi definire 'finalistica' l'omissione, essa non rientrerebbe nel concetto finalistico di azione.

³⁵ Rispettivamente "azione" e "capacità di compiere l'azione". Su tale differenziazione, cfr. ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 43 ss. e *amplius infra* § 4.1.

³⁶ C. FIORE – S. FIORE, *op. cit.*, p. 142; SANTAMARIA *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955, *passim*; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 31, in cui l'A. ribadisce che la moderna cultura giuridica debba moltissimo al finalismo welzeliano, per quanto riportato *supra* e perché, sul versante strettamente tecnico, essa ha contribuito ad «acquisizioni come la fissazione della funzione tipizzante di dolo e colpa o l'elaborazione della dottrina dell'adeguatezza sociale, divenuta ormai un significativo *topos* della scienza penalistica»; CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1448 ss.

³⁷ V. Capitolo III

³⁸ BALBI, *Prospettive, cit.*, p. 3 ss., 155 ss.

³⁹ A tal proposito, CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale, Il reato*, vol. II, Torino, 2013, p. 24, significativamente definiscono la norma *de qua* come crocevia, ritenendo che «con tale disposizione si fa ingresso non solo... tra le cause di esclusione della colpevolezza, ma anche tra le cause oggettive di esclusione del reato, in quanto poste al crocevia

prima formulazione, derivante direttamente dall'espressione latina, si coniuga con quanto sopra espresso e individua la signoria dell'autore – che può essere definito tale solo in virtù di tale signoria – nel dispiegamento delle energie causali⁴⁰. Soltanto un agire caratterizzato da tale signoria può essere, infatti, conforme alle costruzioni del finalismo, giacché, in carenza della consapevolezza o della volontà di sprigionare energie o di non impiegarle affatto, non è neanche immaginabile la possibilità di prospettare un fine per la condotta (commissiva ed omissiva).

La seconda formulazione si nutre di un argomento topografico – la collocazione della disposizione nella parte relativa all'elemento psicologico del reato – alla cui stregua la *suitas* viene interpretata come presupposto, secondo alcuni, della colpa⁴¹ e, secondo altri, della colpevolezza⁴². Ciò riflette chiaramente l'impostazione tripartita prescelta e, con essa, la concezione di colpevolezza adottata.

Una diversa concezione che ha caratterizzato anche lo studio della materia dell'omissione è la c.d. *soziale Handlungslehre* (teoria sociale dell'azione),

tra azione materiale e suoi predicati psichici minimi, venendo meno i quali non è possibile parlare, a rigore, di alcuna azione od omissione in senso proprio, neppure dal punto di vista della fattispecie oggettiva, in quanto ascrivibile ad un soggetto auto-responsabile, capace di dominare i propri impulsi e gli eventi a sé esterni». Tuttavia, ciò non impedisce loro di ritenerla collegata alla colpevolezza intesa come collettore di dolo e colpa (p. 29), nonché come sede di rilevanza dell'inesigibilità (p. 30), a nostro sommo avviso mescolando i piani di indagine in modo metodologicamente poco fruttuoso.

⁴⁰ Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, cit.*, p. 197 e 268 ss.

⁴¹ Con la conseguenza, per FIANDACA e MUSCO (*Diritto penale, Parte generale, cit.*, p. 213 s.), di qualificare il caso fortuito come causa di esclusione della colpa, giacché a fronte di un evento non controllabile dall'autore non sarebbe da questi esigibile il rispetto delle norme di diligenza obiettiva; e di considerare la forza maggiore come mancanza di *suitas* quale presupposto del rimprovero di colpevolezza.

⁴² Cfr. MARINI, voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 314 ss. e RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1960, p. 112 ss. Parzialmente distinto resta il contributo di ANTOLISEI, (*Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 325) che ha vari punti di contatto con la concezione proto-normativa di colpevolezza. L'A., infatti, pur qualificando la volontà colpevole come fenomeno di carattere psicologico, pone comunque in luce la necessaria 'antidoverosità' sociale del comportamento, giungendo a definire la colpevolezza come «l'atteggiamento antidoveroso della volontà che ha dato origine al fatto materiale richiesto per l'esistenza del reato».

prodottasi come per gemmazione dalla prima formulazione lisztiana e avente con essa in comune l'aspetto della 'volontarietà', ma d'ispirazione totalmente diversa. L'idea era quella di studiare il fenomeno dell'azione dal punto di vista sociologico, ossia nella sua portata rispetto alla realtà sociale, con il rischio di distogliere l'attenzione dalla necessità di determinatezza delle norme incriminatrici. Essa ha, tuttavia, conosciuto differenti modulazioni, volte a superare le critiche, a rigore delle quali tale ricostruzione non riuscirebbe a svolgere adeguatamente né la funzione delimitativa, né tantomeno quella di collegamento⁴³.

Più sensibile alla problematica dell'omissione è stata sicuramente l'elaborazione del c.d. "concetto negativo di azione", ossia il *negativer Handlungsbegriff*, costruito sulla base dell'idea di evitabilità (*Vermeidbarkeit*), alla cui stregua un soggetto agisce quando, pur potendo, non ha evitato di agire e, nei reati d'evento, quest'ultimo si è perciò verificato. Detta ricostruzione è stata impiegata da Herzberg per sostenere l'equivalenza tra *Tun* ed *Unterlassen*, di guisa che l'azione penalistica sarebbe definibile come «il non evitare evitabile in posizione di garanzia»⁴⁴.

La teoria del "non evitare evitabile" appare inoltre concepita essenzialmente per i reati omissivi di evento; del resto, tale accezione di omissione è stata lungamente ritenuta, anche nel nostro ordinamento, come archetipica, giungendosi fino a un sostanziale appiattimento dell'omissione *tout court* su quella impropria. In tal senso hanno deposto numerosi fattori, anche

⁴³ Celebre a tal proposito è l'esempio schmidtiano (SCHMIDT, *Soziale Handlungslehre*, in BOCKELMANN, ART. KAUFMANN, KLUG (hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt, 1969, p. 343), secondo cui, nella perpetrazione di un omicidio, i genitori dell'omicida avrebbero contribuito alla causazione dell'evento dal punto di vista sociale. A ben vedere la teoria sociale dell'azione, oltre a non fornire meritevoli appigli teorici per la soluzione del problema dell'omissione, rischia di allargare oltremodo la soglia del penalmente rilevante.

⁴⁴ «Die Handlung des Strafrechts ist das vermeidbare Nichtvermeiden in Garantenstellung» (HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972, p. 177). Ciò consegue all'assunzione, da parte dell'Autore, dell'idea dell'impossibilità di riuscire ad ottenere un'equivalenza reale tra i termini della questione (fare od omettere) senza introdurre un concetto diverso che possa unificarli.

nell'ordinamento tedesco: tra questi spicca la configurazione peculiare dell'omissione impropria, giacché il suo inserimento nella parte generale, mediante la c.d. clausola di equivalenza, da un lato si rapporta a un'idea di subalternità rispetto alle fattispecie commissive, mentre dall'altro conferisce a tale modalità di realizzazione del reato uno schema generale.

È pertanto discusso se la teoria del "non evitare evitabile" riguardi anche i reati omissivi propri; se così fosse, si dovrebbe affermare l'elasticità della nozione di posizione di garanzia. Risultato certamente non confortato dall'analisi di Herzberg, che, anzi, esclude la rilevanza del concetto negativo di azione rispetto ai reati omissivi propri, che operano in rapporto a una generalità di consociati che si trovino in determinate situazioni⁴⁵.

Una ricostruzione simile è stata, altresì, sostenuta da Jakobs⁴⁶, senza comunque riuscire a dotare questo concetto di azione della capacità di assolvere né alla funzione di *Grundelement* – giacché non fonda tutte le tipologie delittuose – né a quella di *Verbindungselement*. Anzi, ad avviso di Roxin, tale approccio normativo non fornisce neanche elementi idonei a far ritenere assoluta la funzione di delimitazione (*Abgrenzungsfunktion*)⁴⁷.

Un ulteriore concetto di azione, metodologicamente valido sotto il punto di vista della funzione classificatoria e dogmatica, è quello "dell'esternazione di personalità"⁴⁸. Con tale espressione s'intende precisare l'ambito dell'azione in

⁴⁵ HERZBERG, *op. cit.*, p. 176, scriveva a proposito dei reati omissivi propri che «eine Begrenzung der Vermeidspflicht auf Garanten bewirken sie nicht». Quanto riferito trovava un aggancio normativo nei §§ 138 o 330c dello StGB che incriminavano, rispettivamente, l'omessa denuncia di reato e l'omissione di soccorso.

⁴⁶ JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Paderborn, 1996, p. 23.

⁴⁷ Così, ROXIN, *Strafrecht, cit.*, p. 194.

⁴⁸ Ci si riferisce alla *Persönlichkeitäußerung*; cfr. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1. B., 4. Aufl., München, 2006, p. 260 ss. Tra le formulazioni anticipatorie di tale posizione teorica, cfr. ART. KAUFMANN, *Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre*, in Geerds – Naucke (hrsg.) *Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1966, p. 79 ss.; L'A., però, diversamente rispetto a Roxin, concepiva l'azione personalistica come «obiettivizzazione della persona» che comporta «responsabili e significative conformazioni della realtà» (p. 116) e, quindi, escludeva dal

due direzioni: da un lato, ne vengono esclusi gli accadimenti non riferibili all'essere umano, risultato già alla portata di una teoria di stampo classico a base ontologica: che però presentava, come si è ricordato, altri inconvenienti. Dall'altro, si evita di appiattare la nozione di azione su quella di causazione dell'evento, sgomberando il campo tanto dai gesti "automatici", quanto da quelli in cui il soggetto non ha la possibilità di scegliere il da farsi; conclusione già ragionevolmente derivabile dalla formulazione finalistica, anch'essa tuttavia insoddisfacente sotto diversi profili.

Quanto all'omissione, essa può essere ricompresa nel concetto di "esternazione della personalità" soltanto a condizione che esista un'attesa di azione⁴⁹, e quindi ricordandone l'insuperabile natura normativa⁵⁰. Tuttavia, può notarsi come, rispetto ai reati omissivi, un simile orientamento rischi di includere nella definizione aspetti ad essa estranei, tra cui l'attesa del comportamento doveroso, certamente afferente al sistema sociale di riconoscimento e, quindi, complementare al concetto, ma forse non necessariamente contenuta in esso. È, però, innegabile che esso riesca ad abbracciare in maniera meno farraginoso anche la nozione di omissione, nella misura in cui si riferisce a un'estrinsecazione della personalità dell'autore⁵¹, ben potendo funzionare come *Grundelement* tanto per i reati omissivi propri che per gli impropri.

Pertanto, trattandosi di una definizione che si riferisce a tutte le 'obiettivizzazioni della volontà', l'azione 'personalistica' risulta «più ampia di una definizione complessiva di fenomeni eterogenei» e tale da fornire un criterio con cui confrontare la multiforme realtà. Si tratta, dunque, di un'astrazione che preserva la particolarità e la profondità giuridica, sfuggendo

concetto di azione, ad esempio, quelle dei soggetti non imputabili, giungendo a una nozione giudicata troppo restrittiva. In tal senso, ROXIN, *Il concetto di azione, cit.*, p. 2106.

⁴⁹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, ult. cit.*, p. 261.

⁵⁰ Nel senso di "non facere quod debetur"; V. *infra* § 4.1.

⁵¹ Non necessariamente nell'accezione sostenuta da ART. KAUFMANN., *op. ult. cit.*, p. 82, cfr. *sub* nota 48.

alle costruzioni tipiche dello scientismo⁵².

In questa impostazione teorica mancano riferimenti al ruolo rivestito dall'autore rispetto al fatto o alla situazione di pericolo; perciò, come nella elaborazione jakobsiana, non ci si pone direttamente il problema della posizione di garanzia. Problema che, invece permea la discussione sui reati omissivi, sulle cui classificazioni è necessario intrattenersi.

3. MORFOLOGIA DELL'OMMISSIONE PENALMENTE RILEVANTE

Se quanto premesso ha la funzione di individuare la fisionomia dell'illecito omissivo alla luce delle elaborazioni svolte sul tema dell'azione, è altresì funzionale all'indagine sulle posizioni di garanzia un pur breve *excursus* sugli aspetti morfologici e strutturali delle diverse tipologie dei reati omissivi. Esso va, peraltro, preceduto da una doverosa premessa circa il fondamento costituzionale della punibilità della condotta omissiva, propria e impropria.

Va preliminarmente precisato che la distinzione tra condotte commissive ed omissive è tutt'altro che agevole, risultando assolutamente insufficiente l'impiego di un orientamento meramente naturalistico⁵³.

Inoltre, tale distinzione riflette un'esigenza non solo teorica: sebbene il nostro ordinamento non preveda – diversamente da quello tedesco – una mitigazione della risposta sanzionatoria nei casi di omissione, dalla differente qualificazione delle condotte derivano significativi riflessi applicativi; alcuni di essi riguardano, ovviamente, la differente considerazione del nesso causale⁵⁴, nonché la partecipazione criminosa.

⁵² Così, ROXIN, *Il concetto di azione, cit.*, p. 2112.

⁵³ C. FIORE – S. FIORE, *op. cit.*, p. 202; FIANDACA – MUSCO, *op. cit.*, p. 579 s.; CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁵⁴ *Ex multis* CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *op. cit.*, p. 72; ROMANO, *Commentario sistematico, cit.*, p. 349. Nel senso della non necessità di paradigmi causali diversi, ma con maggiore attenzione nell'individuazione di regole causali, cfr. anche la celebre sentenza Franzese, Cass. Ss.Uu. pen., n. 30328 del 10 luglio 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1133 ss.

3.1. NATURA NORMATIVA DELL'OMMISSIONE, TRA FONDAMENTO COSTITUZIONALE E OPZIONI POLITICO-CRIMINALI

Significativamente, prima di sviluppare una dogmatica dei reati omissivi in chiave finalistica, Armin Kaufmann si occupava della distinzione tra comando e divieto⁵⁵, ritenendo tale contrapposizione la base ontologica della rilevanza penale anche dell'omissione⁵⁶. Infatti, a partire dalla lezione bindinghiana⁵⁷, la condotta omissiva, in senso giuridicamente pregnante, era collegata intrinsecamente al concetto di comando, giacché soltanto in presenza di un comando di agire può aversi un *non facere* astrattamente rilevante⁵⁸.

In mancanza di tale termine di relazione ci si troverebbe di fronte a una mera inattività, piuttosto che all'assenza di una attività doverosa. Assunto quasi tautologico, che tuttavia viene valorizzato anche da Radbruch e da Engisch, i quali riportavano il concetto di omissione, l'uno alla mancata esecuzione piuttosto che all'insussistenza dell'azione⁵⁹, e l'altro all'idea di un concetto negativo – in quanto legato a un non fare – e relativo – perché riferito necessariamente a un individuo operato⁶⁰.

Se ciò vale sul piano logico, il reato omissivo dev'essere impiegato con parsimonia⁶¹ e la condotta punibile dev'essere precisamente determinata;

⁵⁵ ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 1 -19.

⁵⁶ È spesso ripresa dalla dottrina l'affermazione di Feuerbach, secondo cui «l'obbligazione originaria del cittadino concerne soltanto le astensioni». A.R. v.FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, hrsg. von C.J.A. Mittermaier, 14. Aufl., Giessen, 1847, § 24, p. 50.

⁵⁷ BINDING, *Die Normen, cit.*, pp. 516 – 546.

⁵⁸ ZAFFARONI, *Panorama attuale da problematica da omissão*, in *Revista de direito penal e criminologia*, 1982, p. 30 ss., pospone il momento della valutazione di tale rilevanza, poiché lo considera come mancata produzione di un bene o di un'utilità futura.

⁵⁹ RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, 1904, p. 141; «Omissione non significa l'insussistenza di un'azione, essa è l'insussistenza di un'azione di un qualche soggetto, mancato compimento dell'azione».

⁶⁰ Cfr. ENGISCH, *op. cit.*, p. 238, che qualifica l'omissione come "*nur negativ-relativ*".

⁶¹ CADOPPI, *op. cit.*, pp. 235 – 236, scriveva che «se vi è chi, nel pieno "fervore" solidarista, auspica un'ulteriore espansione dell'illecito penale omissivo, fino a confidare nell'"aggancio" del reato commissivo – quanto a numero e ad importanza – da parte dell'*Unterlassungsdelikt*, è certo che l'opinione della dottrina attuale più avveduta è nel senso di una riduzione dell'area di

pertanto, è proprio l'attività comandata ad assumere un ruolo fondamentale. A tal proposito, assai significativa è la famosa espressione di Franz von Liszt, il quale – definendo l'omissione penalmente rilevante – affermava che il verbo omettere è transitivo e che, pertanto, esso va inteso non come un semplice “non fare”, quanto piuttosto come un “non fare qualcosa”⁶².

Il contenuto di questo *quid* è, ovviamente, determinato dalle caratteristiche del sistema giuridico in cui esso è calato. Infatti, se in primo luogo deve logicamente escludersi che esso possa comprendere attività impossibili o inutili⁶³, è altrettanto evidente che l'ampiezza dell'obbligo non possa essere tale da frustrare ogni tentativo di rinvenirne i contorni. Ciò a maggior ragione in un sistema costituzionalmente orientato e in un modello teleologico in cui ad ogni elemento della struttura del reato sia affidata la realizzazione di una specifica funzione di politica criminale.

Il comando di agire dev'essere, quindi, riconoscibile e delimitato: l'attesa da parte dell'ordinamento dev'essere prevedibile, oltre che ragionevole, sia ai fini del rispetto del principio di determinatezza⁶⁴, sia ai fini dell'interpretazione e sussunzione⁶⁵.

Inoltre, come per le norme di divieto (*Verbotnormen*) si richiede un fondamento costituzionale tale da far ritenere legittime le norme

rilevanza penale dell'omissione», riferendosi segnatamente a quanto già affermato in maniera cristallina da BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 17; MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, Milano, 2006, p. 343, affermano che «la fattispecie omissiva richiede peraltro una costante opera di delimitazione in sede interpretativa, per fronteggiare il pericolo di “creazione giudiziale di fattispecie penali”, che potrebbe minare alla radice il principio di legalità». Conformemente, ROMANO, *Commentario*, cit., p. 392.

⁶² V. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., Berlin und Leipzig, 1884, p. 116.

⁶³ Risulterebbe insensato comandare qualcosa che non poteva essere attuato (cfr. ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, cit., p. 28). Tuttavia non è chiaro se questo concetto di possibilità debba riguardare l'aspetto naturalistico o quello giuridico o, ancora, la possibile efficienza causale della condotta doverosa. Cfr. FIANDACA – MUSCO, *op. cit.*, p. 581; *Amplius infra* § 4.1.

⁶⁴ MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”: ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, *passim*.

⁶⁵ cfr. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963, p. 20; «La sussunzione è fondata già logicamente sul presupposto, non solo dell'esistenza dei termini del sillogismo, ma anche della loro fruibilità»

incriminatrici⁶⁶, così per quelle di obbligo (*Gebotsnormen*) è necessario altresì rinvenire un principio⁶⁷ atto a superare (o bilanciare) il divieto “ideologico” posto dall’articolo 23 Cost. alla richiesta di prestazioni da parte dello Stato⁶⁸.

Tale disposizione riflette un’impostazione liberale: prescrivendo che nessuna prestazione personale o patrimoniale possa essere imposta se non in base alla legge, intende porre al riparo da una configurazione della compagine statale ritenuta altrimenti oltremodo invadente.

Da tale ispirazione liberale non poteva che derivare, dunque, una marginalità delle *Gebotsnormen* e, quindi, delle incriminazioni omissive che però, congiuntamente alle fattispecie colpose, sono proliferate negli ultimi decenni⁶⁹.

Tuttavia, mentre per queste ultime ciò è dipeso dai cambiamenti della realtà socio-economica e dal progresso scientifico e tecnologico, che hanno certamente determinato un incremento delle situazioni di rischio, il ruolo

⁶⁶ A tal proposito è necessario distinguere la cosiddetta legittimazione esterna da quella interna, intendendosi con la prima espressione quella giustificazione riferita a principi normativi esterni al diritto positivo e, con la seconda, quella attinente a postulati intrinseci allo stesso ordinamento giuridico. Attraverso tale distinzione, infatti, è possibile demarcare e differenziare ciò che può dirsi “giusto” rispetto a ciò che è qualificato come “valido” e che, in un ordinamento costituzionale, presuppone appunto la legittimità costituzionale della norma. La distinzione tra le legittimazioni forma il presupposto teorico del modello penale garantista, in quanto esclude sia l’auto-legittimazione etico-politica che l’etero-legittimazione giuridica del diritto, a maggior ragione di quello penale. In tal senso FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, spec. p. 317 ss.

⁶⁷ Sulla legittimazione costituzionale della punibilità dell’obbligo giuridico di agire e dell’omissione: FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, p. 11 ss., 55 ss.; ID., voce *Omissione*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 549; SGUBBI, *op. cit.*, spec. pp. 40 ss.; MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337 ss.; BASILE, *Fisionomia e ruolo dell’agente-modello ai fini dell’accertamento processuale della colpa generica*, in G. DE FRANCESCO–PIEMONTESE–VENAFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, p. 85.

⁶⁸ Ciò, oltre che in SGUBBI, *Responsabilità penale, cit.*, p. 42 ss., è ricordato nella manualistica: cfr. FIANDACA – MUSCO, *op. cit.*, p. 245 ss. e 574 ss.; CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *op. cit.*, p. 36, in cui, prima di far riferimento all’art. 23 Cost., si sostiene che un numero minimo di obblighi di agire sia sempre esistito in tutte le società.

⁶⁹ cfr. SGUBBI, *op. ult. cit.*, pp. 40 ss.; CADOPPI, *Il reato omissivo, cit.*, p. 230 s.

dell'omissione si è rinvigorito anche in riflesso della sempre più incisiva impronta solidaristica che caratterizza il nostro impianto costituzionale.

Ciò ha comportato un bilanciamento del principio espresso dall'art. 2 Cost. con il tendenziale divieto espresso dall'art. 23, invero superabile con le garanzie della riserva di legge. È, dunque, pacifico che tale fondamento costituzionale permetta alle *Gebotsnormen* di assumere una veste sussidiaria rispetto alle *Verbotnormen*, in un'ottica di realizzazione della solidarietà sociale – con possibili riflessi in termini di pacificazione sociale⁷⁰, e direttamente perseguibile mediante il riconoscimento in capo ai consociati di obblighi di *facere*⁷¹. Se e in quale misura un simile approccio possa dirsi accettabile è questione che implica il doveroso riferimento a vari fattori.

È chiaramente opportuno confrontarsi con il principio di *extrema ratio*⁷², alla cui stregua, com'è noto, è necessario chiedersi se l'opzione penalistica costituisca effettivamente l'unica possibilità per la tutela dei beni giuridici considerati.

⁷⁰ Sul concetto di pacificazione sociale come derivante dalla prevenzione generale positiva, per tutti, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, cit.*, p. 73 ss.

⁷¹ L'idea della funzione solidaristica dei reati omissivi, tendenzialmente avversata da CADOPPI, *op. cit.*, p. 187 ss., è stata sostenuta in contesti differenti. «Imporre mediante fattispecie penali l'adempimento di obblighi di promozione sociale nello svolgimento dell'attività economica pubblica e privata e nella gestione della pubblica amministrazione comporta in primo luogo un notevole sviluppo delle fattispecie omissive e quindi un approfondimento della struttura della condotta omissiva, in modo da renderla congeniale alle nuove finalità promozionali del diritto penale»; così NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democrazia e diritto*, 17, 1977, n. 4, p. 682. Sull'eccezionalità della responsabilità omissiva, per tutti, MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia, cit.*, p. 337 ss.; Per le ricadute del principio solidaristico nell'intervento penale nel settore economico, V. *infra* Capitolo III.

⁷² A tal proposito, basti ricordare come l'omissione venisse utilizzata (*i.e.* strumentalizzata) nel sistema nazional-socialista per affermare istanze "etiche" di fedeltà allo stato, sfuggendo dunque al controllo della limitazione delle stesse. Così scriveva, tra gli altri, H. FRANK, *Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht*, 1. Teil, Berlin, 1935, p. 14: «È punibile per omissione chi non faccia fronte a un obbligo derivante dalle particolari circostanze di fatto, di evitare un evento, oppure contravvenga in modo particolarmente grave ai propri doveri etici di fedeltà». Come ha ricordato anche NAUCKE, *Strafrecht: eine Einführung*, München, 2002, p. 315, il diritto penale, nella punizione dei reati omissivi, viene impiegato come «strumento di moralizzazione in misura elevata».

Va infatti evitato che il temperamento con il principio solidaristico ed il miraggio di una maggiore “sicurezza” si risolvano in un’irreparabile compromissione dell’impianto assiologico del sistema penale, con la violazione del principio di determinatezza e degli altri principi costituzionali relativi all’esercizio del potere punitivo⁷³.

Con ciò non s’intende, ovviamente, sminuire il problema del governo dei rischi: al contrario, si ritiene perfettamente legittima la ricerca di una soluzione efficace; tuttavia, occorre evitare che si alimenti una trasfigurazione automatica del *non facere* in azioni dovute sotto minaccia di pena. E ciò vale tanto per le fattispecie monosoggettive quanto per quelle plurisoggettive⁷⁴.

Il ricorso ai reati omissivi deriva, dunque, da un duplice ordine di motivi. In primo luogo, la menzionata valorizzazione della solidarietà sociale, imposta dall’articolo 2 Cost.

In secondo luogo, una ragione della proliferazione dei reati omissivi, secondo autorevole dottrina⁷⁵, sarebbe costituita da un fattore “aggregativo”: qualora un interesse sia giuridicamente rilevante al punto di legittimare la tutela penale e si riferisca a un fenomeno complesso (come ad es. a un’attività economica), è verosimile che la disciplina normativa «coinvolga un’intera serie di interessi di minor rango, strumentali o accessori rispetto alla soddisfazione del primo»; «in tal caso, per una sorta di vischiosità legislativa, lo strumento sanzionatorio prescelto è unico e, per attrazione, si adegua al livello

⁷³ Ciò significherebbe abbandonare l’idea del diritto penale come *Magna Charta* del delinquente (già espressa da V. LISZT, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905, p. 60) in contrapposizione a quella di un diritto penale utilizzato come *prima ratio*. A proposito dell’uso ‘efficientistico’, in realtà simbolico, del diritto penale, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 25, secondo cui «una legislazione ispirata ad un eccesso di disinvolto empirismo, espressivo di una valorizzazione del pragmatismo tecnicistico di tipo postmoderno, poco attento al momento ideologico, reca con sé il duplice rischio di creare confusione sotto il profilo normativo, con il noto corollario dell’inefficienza sul piano dei risultati, e, inoltre, di far calare la tensione in termini di garanzie, pregiudicando gravemente i diritti fondamentali».

⁷⁴ Per il secondo aspetto, cfr. capitoli seguenti.

⁷⁵ PADOVANI, *Diritto penale del lavoro, Profili generali*, Bologna, 1976, p. 196. Simile impostazione è accolta anche da FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 20.

qualitativamente più elevato, cioè a quello penale, e solo una graduazione quantitativa della sanzione denuncia la diversa gravità degli illeciti»⁷⁶.

Senza voler qui anticipare riflessioni politico-criminali che sarebbero premature, ci si limita a porre in luce i rischi di contrasto con i principi costituzionali che presidiano il nostro ordinamento penale insiti nel conformare l'omissione a direttive che – esasperate da scelte interpretative non sempre encomiabili – si discostano da quelli in modo difficilmente accettabile.

Tuttavia, prima di affrontare il confronto con i principi costituzionali, pare opportuno passare in rassegna gli aspetti strutturali dell'illecito omissivo.

3.2. TIPOLOGIE DI REATO OMISSIVO: ASSETTO TRADIZIONALE E PUNTI CRITICI

A seconda del concetto di azione accolto, l'omissione può essere definita come una forma alternativa e peculiare di tipizzazione o come un'estensione della tipicità obiettiva⁷⁷.

Che siano rinvenibili nel nostro sistema due forme di reato omissivo – una “propria” e l'altra “impropria” – è dato abbastanza pacifico, sebbene sia sempre più in voga la tendenza ad assumere come paradigma strutturale e sistematico il dettato dell'articolo 40 cpv. c.p.; meno chiaro, invece, è se in tutti i reati omissivi si configuri una posizione di garanzia.

Nel ricostruire la struttura del reato omissivo, bisogna guardarsi da un duplice rischio. Da un lato, infatti, come la teoria finalistica dell'azione ha avuto il merito di porre in evidenza, occorre uno studio del reato omissivo che non sia totalmente piegato sul concetto di causalità. I profili strutturale e causale, complice la collocazione topografica della norma, sono stati spesso confusi, tralasciando colpevolmente la centralità del *topos* omissivo e finendo quasi con l'affermare l'esistenza di due diverse forme di causalità, senza interrogarsi sulla

⁷⁶ PADOVANI, *Ibidem*.

⁷⁷ Come tale, originariamente residuale rispetto alle incriminazioni commissive. Sull'opportunità di tale scelta sistematica si rinvia alla nota 56.

peculiarità della condotta omissiva. Dall'altro lato, come mostra il frequente impiego del sintagma "colpa omissiva", si è delineata una preferenza ricostruttiva per l'elemento soggettivo che dà vita a un'inversione metodologica e comporta, sul piano pratico, la possibilità per gli interpreti di avallare soluzioni incentrate sull'accertamento della colpa prescindendo dalla verifica della sussistenza di un'omissione penalmente rilevante, nonché della presenza di un rapporto di causalità tra questa e l'evento.

La distinzione tra reati omissivi propri ed impropri è frutto di scelte interpretative peculiari; esistono diverse impostazioni teoriche del problema, a cui conseguono divergenze sul piano dell'inquadramento delle posizioni di garanzia. Perciò, per non incorrere nell'equivoco di generalizzare il modello dell'articolo 40 cpv. c.p., preferiamo anteporre all'analisi della norma una ricostruzione di differenze tipologiche.

I due orientamenti tradizionali in materia si caratterizzano per il diverso fondamento, ontologico o normativistico. La loro esposizione in questa sede mira a evidenziare i nodi problematici sottesi alla distinzione tra reati omissivi propri ed impropri, piuttosto che a fornire una ricognizione compiuta. Resta, tuttavia, evidente come alla scelta dommatica di differenziazione corrisponda un'opzione politico-criminale; tant'è che, ad esempio, in seno ai lavori per la riforma del codice penale tedesco, era stato proposto di disciplinare gli *unechte Unterlassungsdelikte* nella parte speciale⁷⁸.

La prima opzione teorica⁷⁹ definibile come 'ontologica' è stata concepita a partire dal criterio della rilevanza o meno dell'evento naturalistico: mentre nel

⁷⁸ La proposta fu avanzata da Grünwald in sede dei lavori preparatori del Progetto di Riforma dello StGB (*Entwurf* 1962), *amplius infra* § 4.1

⁷⁹ Si fa riferimento a impostazioni che ritengono, ad esempio, che tale differenza comporti la presa in considerazione del concetto di reato "commissivo" come distinto da quello di "reato di azione" (cfr. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., p. 6), siccome per i primi si ha riguardo all'evento, tant'è che da ciò nascerebbe la denominazione di "commissivi mediante omissione". Conformemente, nel senso di una riconduzione della genesi della denominazione di reati commissivi mediante omissione o di omissivi impropri ad una proiezione "negativa" del concetto di commissione, cfr. anche LEONCINI, *op. cit.*, p. 5.

caso dei reati omissivi propri è il comportamento omissivo a rilevare, per il solo fatto di essere venuta meno la condotta da attendersi, in quelli c.d. impropri è il mancato impedimento di un evento a essere centrale, piuttosto che l'obbligo in sé.

La concezione c.d. ontologica conduce verso una sostanziale assimilazione dei reati omissivi propri a quelli di pura condotta, con il rischio di attribuire ai reati omissivi le funzioni normalmente affidate a quelli di pericolo c.d. presunto.

Una distinzione di stampo ontologico rischia, dunque, di sacrificare oltremodo il ruolo dell'evento, se inteso in senso giuridico, ossia come offesa necessaria in ogni reato. Infatti, se nei reati di mera condotta si prescinde dall'offensività, si ha un appiattimento sulla prevenzione generale negativa delle fattispecie omissive proprie⁸⁰.

Concordiamo, infine, con chi ha sostenuto che la ricostruzione ontologica risenta oltremodo dell'impronta causalistica e sacrifici impropriamente le peculiarità normative dell'omissione, giungendo a ridurre il profilo della tipicità della condotta omissiva al mero accertamento della condotta naturalisticamente intesa e, nei reati omissivi impropri, della sua efficacia condizionante rispetto all'evento⁸¹.

Ritenendo, dunque, insoddisfacente la distinzione tra i reati omissivi propri ed impropri proposta dalla concezione c.d. ontologica, parte della

⁸⁰ Sui nessi tra ruolo dell'evento e teoria della pena, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 65 s.

⁸¹ In tal senso, LEONCINI, *op. cit.*, p. 8. L'Autrice osserva che, nell'esempio dell'omissione di soccorso aggravata dall'evento-morte (art. 593 co. 3 c.p.), a fronte del medesimo evento che si prende a riferimento per la combinazione tra art. 40 co. 2 e 575 c.p., il soggetto che, pur essendosi imbattuto in una situazione che imponeva il suo intervento di soccorso, non ha agito, non può essere equiparato dal punto di vista normativo a colui il quale ha prodotto la morte ex art. 40 cpv. cp. e 575 c.p., siccome l'imputazione di omicidio volontario (in concorso formale con l'omissione di soccorso) e quella di morte in conseguenza dell'omissione di soccorso, seppur riferite a una identica realtà effettuale, mantengono un distinto significato e una differente funzione. Di diverso avviso, PAGLIARO, *op. cit.*, p. 368 ss. e PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 276.

dottrina⁸² ha preferito adottare un criterio di distinzione costruito su base normativa, ossia fondato sulla tecnica di tipizzazione. Vale a dire, si distingue tra reati omissivi propri e impropri in base al fatto che alcuni – i reati omissivi propri – siano espressamente tipizzati in forma omissiva, come reati di evento o di mera condotta, mentre altri richiedano l’operatività di una clausola di equivalenza che sia in grado di rendere punibile una condotta non espressamente prevista come reato dalla norma incriminatrice di parte speciale. Tale impostazione comporta, pertanto, la valorizzazione estrema della c.d. clausola di equivalenza, sulla quale è qui opportuno intrattenersi.

L’articolo 40 cpv. c.p., come è noto, fissa l’equivalenza tra il “non impedire un evento che si aveva l’obbligo giuridico di impedire” ed il “cagionarlo”. Ciò implica due serie di questioni.

In primo luogo, va chiarito l’oggetto della disposizione, ossia se essa rilevi soltanto in punto di causalità o se miri a definire (anche) le modalità di condotta punibili, estendendo o restringendo la tipicità⁸³. L’argomento topografico, in virtù del quale la disposizione sarebbe stata concepita per risolvere il problema causale a fronte di condotte omissive, può ben essere messo in discussione laddove si osservi che già il primo comma dell’art. 40 c.p. afferma un nesso causale tra omissione ed evento.

Collegata alla prima è la seconda questione, relativa a quale sia la funzione della clausola di equivalenza, ossia se essa agisca nel senso di estendere una tipicità già esistente, in chiave incriminatrice, o se piuttosto agisca in una direzione di delimitazione⁸⁴.

⁸² FIANDACA – MUSCO, *op. cit.*, p. 528 s.; GRASSO, *op. cit.*, p. 7 ss., che riconosce la validità di tale criterio, pur riconoscendone il carattere meramente formale.

⁸³ Interpretando, dunque, la clausola di equivalenza come rilevante sul piano della tipizzazione e non su quello causale. In tal senso, cfr. ANTOLISEI, *L’obbligo di impedire l’evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, I, p. 123; FIANDACA, *op. cit.*, p. 37; GRASSO, *op. cit.*, p. 124 ss.; SPASARI, *L’omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, p. 178.

⁸⁴ Nel senso di creare una cornice tipica entro cui comprendere le sole ipotesi in cui possa operare la *Gleichstellung*, altrimenti astrattamente sempre possibile se si parte da un concetto di azione comprensivo dell’omissione. Nella motivazione dell’*Alternativ-Entwurf* si legge che il

Un'impostazione 'funzionalistica' ritiene che la *Gleichstellung* riguardi la relazione tra commissione e omissione e non tra due diverse forme di causalità.

Com'è noto, essa è stata elaborata in Germania dove a lungo è mancata una clausola generale come quella di cui all'articolo 40 cpv. c.p. italiano o come l'attuale § 13 *StGB*, che fissa una regola (quasi) corrispondente per il sistema tedesco. Ciò avrebbe determinato, a parere degli scettici verso quella impostazione funzionalistica⁸⁵, una necessità di differenziazione e delimitazione non esistente nel nostro ordinamento. Posizione, questa, alla quale non ci si sente di poter aderire: le stesse necessità si avvertono, infatti, anche in presenza dell'art. 40 cpv. c.p.

In effetti, nella dottrina tedesca⁸⁶, già a partire dagli anni '40 e dunque prima dell'introduzione del §13 *StGB* e della proposta elaborata nell'*Alternativ-Entwurf*⁸⁷, vi erano state differenti risposte al problema delle fattispecie risultanti dall'operatività, nella c.d. commissione mediante omissione, di una 'clausola di equivalenza' di fonte dottrinale. Si cercava, cioè, di comprendere la "specialità" dell'omissione impropria – ovvero, non espressamente tipizzata – rispetto a quella propria⁸⁸.

A contendersi lo spazio vi erano due concezioni dell'omissione impropria: quella che la definiva in termini di reato commissivo mediante omissione e la seconda, utilizzata tra gli altri da Nagler⁸⁹, che la intendeva come "*abgewandeltes Begehungsverbrechen*", ossia, come reato commissivo modificato". Nessuna delle

primo compito della *Gleichstellung* consiste nell'obbligare il giudice a verificare se sussista un obbligo e di che natura esso sia, in direzione di restringimento dell'applicabilità dell'equivalenza. Cfr. AA.VV., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966, p. 47.

⁸⁵ LEONCINI, *op. cit.*, p. 8 s.

⁸⁶ Per una ricognizione efficace, cfr. ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 239 ss.

⁸⁷ AA.VV., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, cit.*, p. 46 s.

⁸⁸ ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 239 ss.

⁸⁹ NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, Bd. 111, p. 60 s.

due però sembrava chiarire se e come l'omissione impropria si distinguesse dalla commissione⁹⁰.

Secondo altri, anche i reati omissivi impropri costituivano ontologicamente delle ipotesi di omissione, e il motivo profondo della differenziazione di denominazione consisteva nell'intento di far ricadere alcuni casi di omesso impedimento dell'evento nel divieto della causazione dello stesso⁹¹. Uno dei rischi che scaturivano dalla considerazione dell'omissione impropria quale commissione era però quello di non richiedere alcun obbligo giuridico di impedire l'evento. Tuttavia, tale elemento veniva richiesto, sebbene con diverse argomentazioni.

In proposito, un primo gruppo di teorie (*c.d. Tatbestandslösung*), seppur tra loro differenziate, riteneva che l'equivalenza operasse nel senso di estendere il *Tatbestand* commissivo, allargando dunque la portata incriminatrice della norma di parte speciale, qualora ciò non fosse impedito dalla struttura stessa della fattispecie. Con il risultato di far rientrare, per omogeneità di fine politico-criminale o per comunanza di struttura ontologica (e orientamento causale), le fattispecie omissive improprie tra quelle commissive.

Tale impostazione influenzava ovviamente anche la comprensione dell'obbligo giuridico, perché esso veniva chiaramente letto come un elemento della fattispecie (necessariamente aperta)⁹², con tutto quel che ne deriva, ad esempio, in materia di errore e di partecipazione criminosa.

⁹⁰ ARM. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 240

⁹¹ ARM. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

⁹² Nel senso di fattispecie non idonea di per sé a svolgere la funzione indiziante dell'antigiuridicità, in quanto non "completa". Nell'impostazione del (primo) WELZEL, *op. cit.*, p. 45 s., si asseriva che, mentre per le fattispecie a forma chiusa la tipicità era sufficiente per indiziare l'antigiuridicità, non altrettanto valeva per quelle a forma aperta, rispetto alle quali era richiesta anche la presenza di elementi relativi all'antigiuridicità tali da integrare correttamente la descrizione del fatto tipico. Com'è noto, il *Tatbestand* è funzionale all'assolvimento di varie funzioni: quella di tipizzazione della condotta illecita (*Unrechtsvertypung*), quella di determinazione (*Bestimmungsfunktion*), quella di garanzia (*Garantiefunktion*) e quella di indizio dell'antigiuridicità (*Indizierungsfunktion für die Rechtswidrigkeit*); cfr. ROXIN, *Offene Tatbestände*

Tuttavia, i sostenitori della soluzione del *Tatbestand* assumevano posizioni differenziate riguardo alla considerazione specifica dell'omissione impropria⁹³, tant'è che solo alcuni impiegavano concetti normativi per delimitare la portata del concetto di azione⁹⁴.

Se però si ritiene che il concetto di azione non possa ricomprendere anche quello di omissione, la posizione descritta non soddisfa: pertanto è stata elaborata una seconda teoria, denominata "*Rechtswidrigkeitslösung*", ossia soluzione dell'antigiuridicità.

Quello della distinzione tra i due tipi di reato omissivo e della loro qualificazione sarebbe da vedersi come un problema di antigiuridicità, ovvero di illiceità obiettiva⁹⁵. All'interno di tale orientamento, le posizioni possono differenziarsi a seconda che: a) si ritenesse che ogni omissione di un'azione, che sarebbe stata tale da scongiurare la verificazione dell'evento, in quanto causale, integrasse la fattispecie tipica del delitto commissivo e che tale omissione fosse antigiuridica soltanto se, oltre a mancare cause di giustificazione, sussistesse un particolare obbligo giuridico di impedire l'evento⁹⁶; b) si considerasse il problema come connesso alla c.d. antigiuridicità materiale⁹⁷.

Sulla base di questa seconda teoria, il "fare" che causi l'evento, così come

und Rechtspflichtmerkmale, Berlin, 1959, p. 6 s. che riprende solo in parte il pensiero welzeliano. Conf. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., p. 76.

⁹³ ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 243 – 244.

⁹⁴ Ad esempio VON LISZT accedeva all'impostazione facente leva sul concetto di azione ma servendosi comunque del concetto di obbligo di impedire l'evento (cfr. *Lehrbuch*, cit., p. 128). Egli riteneva che accanto al movimento corporale causale ci fosse l'omissione non-causale come forma autonoma dell'azione penalmente rilevante. E che «intanto si possa parlare, anche a livello di abitudini di vita, di omissione, quando abbiamo motivo di attenderci dall'autore che questi faccia qualcosa. [...] Soltanto allora, quando un obbligo giuridico era stato posto per motivare l'impedimento di un evento, il non impedimento dell'evento può avere la medesima collocazione della sua causazione» (p. 127).

⁹⁵ ARM. KAUFMANN, p. 246 ss.; ROXIN, *Ibidem*.

⁹⁶ Così BELING (*Die Lehre vom Verbrechen*, cit., p. 163 ss.): affermava che l'inveramento della fattispecie tipica mediante omissione in rapporto a fattispecie astratte formulate in forma commissiva, è in linea di principio non antigiuridico, ma lo diventa soltanto qualora ci siano circostanze che fondano degli obblighi.

⁹⁷ cfr. ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 247 ss.

l'omettere corrispondente sarebbero formalmente antigiuridici in presenza di un obbligo giuridico d'impedimento. Ma vi sarebbe anche la necessaria antigiuridicità materiale soltanto quando l'infrazione di uno specifico obbligo giuridico potesse essere considerata sostanzialmente alla stessa stregua della commissione⁹⁸.

La *Rechstwidrigkeitslösung* non risulta accoglibile perché, collocando l'obbligo giuridico di impedire l'evento sul piano dell'antigiuridicità, presuppone che il fatto omissivo sia tipico a prescindere dalla presenza di tale obbligo. La teoria criticata presuppone la visione naturalistica del *Tatbestand* come "neutro" rispetto ai valori, tipica del pensiero di Beling. Peraltro, tale teoria pone in luce nuovamente la rilevanza precipua dell'elemento dell'obbligo giuridico.

Una terza teoria, invece, riteneva che l'omissione potesse considerarsi tipica alla stregua di una 'nuova' fattispecie incriminatrice, costituita dalla combinazione tra gli elementi di quella commissiva, la clausola di equivalenza e l'esistenza di una posizione di garanzia. Vale a dire che, stando a questa ricostruzione, la *Garantenstellung* sarebbe tale non da ampliare il *Tatbestand* del reato commissivo, ma piuttosto da produrre una duplicazione dello stesso, ossia un'aggiunta tacita di una fattispecie incriminatrice realizzantesi mediante l'impiego della clausola di equivalenza in combinazione con la posizione di garanzia. Pertanto, la sussistenza di un obbligo comportamentale circoscritto e collegato a un soggetto garante della "integrità del valore tutelato"⁹⁹ assumeva un ruolo di primaria importanza per la costruzione dell'omissione impropria.

Si giungeva a tale esito nella seguente maniera: in primo luogo, ci si chiedeva se il reato omissivo improprio realizzasse la fattispecie tipica del corrispondente delitto commissivo (c.d. *Gleichstellungsfrage*). A tale quesito

⁹⁸ Alcuni criticando questa impostazione (tra cui SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, in *Gleispach Festschrift*, 1936, p. 70 ss.) hanno provato a ricondurla alla figura della tipicità dell'autore (cioè ai reati propri). Cfr. § 3.4

⁹⁹ cfr. NAGLER, *Leipziger Kommentar*, Bd. I, 6. Aufl., Berlin, 1944, p. 62 s.

Nagler¹⁰⁰ rispondeva che non dovesse ravvisarsi una differenza laddove si raffrontassero le due forme di causazione dello stesso evento lesivo dedotto nella fattispecie tipica.

Successivamente, veniva posto il quesito¹⁰¹ riguardante la collocazione della *Garantenstellung* nella fattispecie, postulando che se una fattispecie tipica è composta dalle caratteristiche *a-b-c*, nulla osterebbe alla presenza di un ulteriore elemento, *g*, specificamente per la forma omissiva di causazione dell'evento.

Detta impostazione, tuttavia, sembrerebbe applicabile a tutti i reati omissivi, ossia anche a quelli propri. Circostanza che veniva sottolineata e qualificata come un vero e proprio dilemma¹⁰².

Per i sostenitori di questa impostazione, quindi, si tratterebbe¹⁰³ di poter stabilire una forma di equivalenza mediata dall'esistenza di una posizione di garanzia. Secondo Armin Kaufmann, tuttavia, era altresì necessario, in quel modello, suddividere l'elemento della causalità distinguendo quella commissiva da quella omissiva.

Ciò conduceva, dunque, ad una distinzione tra fattispecie commissiva ed omissiva fondata sulla diversa causalità, espressa dalle formule: *a+b+c1*, per i reati commissivi, e *a+b+c2* per quelli omissivi, a condizione della sussistenza dell'elemento *g* (*i.e. a+b+c2+g*)¹⁰⁴.

La critica finalistica giungeva, quindi, ad affermare che la posizione di garanzia non costituisse un elemento "non scritto" anche della fattispecie tipica del reato commissivo, ma piuttosto un elemento di una diversa fattispecie¹⁰⁵.

¹⁰⁰ NAGLER, *op. ult. cit.*, p. 54.

¹⁰¹ ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 252–253.

¹⁰² ARM. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰³ ARM. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 245.

¹⁰⁴ Nella dottrina italiana l'idea di una fattispecie autonoma così connotata è stata accolta molto favorevolmente; cfr. FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, p. 583; FIANDACA, *op. cit.*, p. 72 ss.; GRASSO, *op. cit.*, p. 124 ss.

¹⁰⁵ ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 255: «La posizione di garanzia non è un elemento non scritto della fattispecie commissiva, ma piuttosto un requisito della fattispecie del reato omissivo

Come si è accennato, non pare corretto sostenere che la concezione normativa sia stata elaborata nel contesto dell'ordinamento tedesco per la sola carenza di una positivizzazione della *Gleichstellungsformel* e in quanto collegata alla teoria funzionale dell'obbligo di impedire l'evento, a sua volta concepita quale risposta alla non più pacifica *formelle Rechtspflichttheorie*¹⁰⁶.

La tesi della derivazione della concezione da ultimo riportata dalla carenza normativa nel contesto tedesco rappresenta una delle esternazioni di scetticismo verso la teoria normativa; ulteriori obiezioni, con cui occorre altresì cimentarsi, si fondano sulla produzione di una confusione all'interno della categoria dei reati omissivi propri e sulla denuncia di uno svilimento dell'obbligo di garanzia.

Per affrontare la prima critica è opportuno confrontarsi col dato normativo, giacché affermare che la sua assenza sia stata determinante per la nascita di quella impostazione teorica equivale a sostenere che la presenza del dato normativo dovrebbe renderla superflua. Il che non appare corretto.

In primo luogo può chiedersi se l'articolo 40 cpv. c.p. sia, in quanto tale, in grado di assolvere a questa funzione classificatoria, ossia se esso imprima una cesura rispetto ai reati omissivi propri e se esso sia tale da differenziarli anche in relazione alla posizione di garanzia. Può inoltre essere posto il dubbio dell'effettiva necessità della norma di parte generale per incriminare condotte omissive efficienti rispetto all'evento che doveva essere impedito secondo una fattispecie di parte speciale commissiva.

Ora, è innegabile che l'articolo 40 cpv. c.p. abbia generato più divisioni che armonie interpretative. D'altro canto, come si è accennato, la sua introduzione dipende proprio dalla necessità di consentire una responsabilità per omissione in ipotesi diverse da quelle espressamente previste: dunque, presuppone una

(improprio). Perciò l'omissione impropria non integra affatto il Tatbestand dell'illecito commissivo, ma un altro Tatbestand, appunto quello del reato omissivo improprio».

¹⁰⁶ Così, invece, LEONCINI, *op. cit.*, p. 5 s.

implicita adesione alla differenziazione tra reato omissivo proprio ed improprio secondo la concezione 'normativa'. Certamente, sia dal punto di vista della legalità che dell'*extrema ratio*, che, se dev'esservi responsabilità omissiva 'per equivalente', essa dev'essere espressamente prevista: ma la concezione 'normativa', non è superflua nel nostro ordinamento, anzi, è quella su cui si basa la disciplina vigente.

Quanto alle altre critiche sopra accennate, sostenere che il modello normativo provochi una commistione tra tipologie di reato omissivo, nella parte in cui non distingue tra quelle di mera condotta e quelle connesse a un evento¹⁰⁷, non appare convincente, perché la classificazione dei reati omissivi in propri ed impropri secondo che siano o meno espressamente previsti in norme incriminatrici di parte speciale non preclude il ricorso a ulteriori categorie (o sub-categorie) al proprio interno.

3.3. REATI OMISSIVI E REATI PROPRI

Prima di affrontare specificamente la tematica degli obblighi di agire, pare opportuno rendere conto di un'ulteriore possibile sovrapposizione concettuale, tra la categoria dei reati omissivi e quella dei reati propri.

Com'è noto, con la seconda locuzione si è soliti riferirsi a reati che possono essere commesse unicamente da chi rivesta una particolare qualifica naturalistica o giuridica¹⁰⁸. Altresì è noto che tale definizione non è stata ritenuta esaustiva da parte della dottrina¹⁰⁹ che preferisce, per una più congrua applicazione delle peculiari discipline, distinguere tra i c.d. reati propri esclusivi¹¹⁰ (o anche detti di mano propria) e gli altri. Tuttavia, senza voler indugiare particolarmente sul tema *de quo*, è utile in questa sede una breve

¹⁰⁷ LEONCINI, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁸ PAGLIARO, *op. ult. cit.* p. 164.

¹⁰⁹ G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939, *passim*

¹¹⁰ L'espressione risale al GRISPIGNI, *Diritto penale italiano, cit.*, p. 212

ricognizione delle ragioni poste alla base di una simile identificazione nonché delle sue possibili conseguenze.

Rispetto ai reati commissivi, nei reati omissivi è invertito¹¹¹ il rapporto tra regola ed eccezione tra reati comuni e propri, perché nell'omissione la totalità dei casi si riconnette al comportamento di alcuni soggetti e non della generalità dei consociati.

Tuttavia, non è pacifico né che tutti i reati omissivi siano anche reati propri (e, se sì, di che tipo) né quali siano gli effetti applicativi di tale ricomprensione, dovendosi preliminarmente avvertire della duplice eventualità che dalla sovrapposizione nasca l'esigenza di applicare alle omissioni le norme specifiche relative ai reati propri, nonché una possibile confusione tra la materia del soggetto attivo del reato e quella dell'obbligo di attivarsi.

Quanto al primo punto è prioritario chiarire a quale accezione di reato proprio ci si riferisca, giacché soltanto accedendo a una ricostruzione che lo definisca normativamente in relazione a una situazione naturalistico-fattuale¹¹² ha senso pensare che tutte le tipologie di reato omissivo possano qualificarsi a tale stregua.

Come si è accennato, i reati omissivi, stante la loro attitudine a coinvolgere soggetti determinati, sarebbero reati propri e, anche qualora non lo siano "in senso stretto", resterebbero dei reati "a numero di soggetti circoscritto"¹¹³. Essi non sarebbero quindi necessariamente dei reati propri esclusivi, pur potendolo essere; diversamente, infatti, riferendosi ai soli reati propri determinati da una

¹¹¹ Cfr. BOIDO, *op. cit.*, p. 288

¹¹² NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 403; MANTOVANI, *op. cit.*, p. 141. L'impostazione ampia, per la quale sarebbero reati propri anche quelli non espressamente riferiti a talune categorie di autori ma a specifiche relazioni tra soggetti e situazioni, è seguita anche da C. FIORE – S. FIORE, *Diritto Penale, cit.*, p. 157.

¹¹³ Cfr. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, II, *cit.*, p. 767; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, p. 37 nota 11. Per quanto riguarda invece la formulazione dell'ipotesi, da parte del medesimo Autore, di reati c.d. funzionali, *amplius infra* Capitolo III.

particolare qualifica¹¹⁴, non si riuscirebbe a ricomprendere tutte le fattispecie omissive.

È del resto pacifico che esistano al contempo incriminazioni di condotte omissive che possono essere commesse unicamente da una particolare categoria di soggetti (come, ad esempio, i “pubblici ufficiali” nelle ipotesi di omissione di atti d’ufficio *ex art. 328* o di denuncia *ex art. 361 c.p.* o la “madre” nell’infanticidio di cui all’art. 578 c.p.) e altre che recano un riferimento apparentemente generico a “chi” o “chiunque”; epperò, quanto a questa seconda tipologia, è stato sostenuto che, malgrado la generalità dell’individuazione, questa sarebbe comunque destinata ad operare in un ambito ristretto, ricavabile dalla situazione tipica. Ad esempio, il riferimento operato dall’articolo 593 c.p. a “chiunque” sarebbe molto più puntuale di quanto non appaia, giacché andrebbe circoscritto, nella sua applicabilità soggettiva, a coloro i quali «trovando abbandonato o smarrito un fanciullo minore degli anni dieci, o un'altra persona incapace di provvedere a se stessa, per malattia di mente e di corpo, per vecchiaia o per altra causa» o « un corpo umano che sia o sembri inanimato, ovvero una persona ferita o altrimenti in pericolo» omettano le azioni doverose prescritte.

Può dunque sostenersi senza grosse difficoltà che ciò valga a permettere l’inclusione di tutte le tipologie di reato omissivo proprio nella categoria dei reati propri.

Tuttavia, ammettere altrettanto nella materia dei reati commissivi mediante omissione non è altrettanto pacifico¹¹⁵, a meno che non si tratti di combinazioni tra ipotesi commissive di reato proprio e clausola di equivalenza. Infatti, mentre nel caso in cui il ‘reato-base’ sia un reato proprio vi sono meno problemi nel sovrapporre l’autore al garante, non altrettanto avviene nelle

¹¹⁴ A sua volta corrispondente al lemma tedesco “*besondere persönliche Merkmale*”, cfr. FIORELLA, *op. cit.*, p. 17.

¹¹⁵ Di diverso avviso ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 274, per il quale «siccome gli obblighi dei garanti sono norme particolari, i reati omissivi impropri sono reati propri».

ipotesi di reato commissivo comune, perché non è affatto scontato che il corrispondente reato omissivo sia un reato proprio, restando distinte le figure dell'autore e quella del soggetto "obbligato a impedire l'evento".

Eventuali fraintendimenti in questa materia derivano ovviamente dalla riconduzione al medesimo lemma, quello della qualifica soggettiva, di una pluralità tutt'altro che omogenea di concetti. Infatti, come è stato ricordato¹¹⁶, l'espressione viene utilizzata per «contrassegnare genericamente ogni condizione, qualità personale e rapporto interpersonale che costituisce la speciale situazione di un soggetto quanto ad un fatto; speciale situazione cui corrispondono diverse definizioni del reato: in Italia, come "esclusivo" o "proprio" (di quel soggetto) o "speciale" o "particolare" o "privilegiato" o "di posizione" o "a soggettività ristretta" o "a numero di soggetti circoscritto" e, nei paesi di lingua tedesca come "*Sonderverbrechen*" o "*Standverbrechen*" o "*Pflichtdelikt*" o "*Garantensonderdelikt*"»¹¹⁷.

La sovrapposizione tra denominazioni può ben condurre a una confusione tra la materia dell'individuazione del soggetto attivo e quella della ricognizione degli obblighi che gravano su costui¹¹⁸. Pertanto, se l'obiettivo della riconduzione dei reati omissivi nella categoria dei reati propri è quello di riconoscere in quella dei reati propri una macro-categoria al cui interno far ricadere tutte le ipotesi aggregate, esso può dirsi solo parzialmente raggiunto.

Ciò che però qui segnatamente interessa, al di là della pur meritoria classificazione, è la portata epistemologica dell'operazione; ossia, ci si chiede quali siano gli effetti di una simile ricomprensione categoriale e se essa contribuisca all'analisi sui reati omissivi in maniera proficua.

¹¹⁶ FIORELLA, *op. ult. cit.*, p. 17 s.; cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, II, München, 2003, p. 234 – 284.

¹¹⁷ FIORELLA, *op. loc. ult. cit.* Per la rilevanza del concetto nella successione e trasferimento di posizioni di garanzia, V. *amplius infra* Capitolo III.

¹¹⁸ Nel senso della non appropriatezza, pur senza indagine sui risultati applicativi, cfr. LEONCINI, *op. cit.*, p. 12 s.

S'intende dare una risposta prudente a quest'ordine di quesiti, poiché non risulta ben chiaro in che modo la comprensione nella categoria dei reati propri possa operare in chiave di ottimizzazione della disciplina dei reati omissivi, specie nella materia dell'errore nelle fattispecie plurisoggettive¹¹⁹.

Perciò, data per ammissibile la ricomprensione nella categoria dei reati propri sia dei reati omissivi propri che di quelli impropri, purché derivanti dalla combinazione tra una fattispecie commissiva propria e la clausola di equivalenza¹²⁰, resta da valutare eventuali pregi di una soluzione 'inclusiva' per la generalità dei reati omissivi impropri.

Trattandosi di ipotesi in cui la differenza tra il profilo della costruzione dell'obbligo giuridico e quello della qualifica soggettiva sono più nettamente distinte, la sussistenza di una posizione di garanzia costituisce un elemento imprescindibile per estendere la portata della fattispecie commissiva ed anzi, è proprio la pregnanza di tale requisito a porre un argine all'estensione.

4. L'OBBLIGO GIURIDICO: PREMESSA SISTEMATICA

Nei paragrafi precedenti si è avuto modo di chiarire, innanzitutto, che la definizione della posizione di garanzia non può prescindere dalla comprensione del concetto penalistico di omissione, distinto rispetto al problema della causalità e connesso tanto al concetto di azione che a quello di obbligo giuridico. Si è inoltre specificato che va tenuto distinto il profilo delle qualifiche soggettive rispetto a quello della conformazione degli obblighi. È altresì emerso che viene affidato ai reati omissivi il compito di rafforzamento della tutela penale, in quanto i beni giuridici vengono tutelati non solo vietando la loro diretta lesione, ma anche affidando a dei soggetti una funzione di

¹¹⁹ Ci si riferisce segnatamente alla riflessione sull'articolo 117 c.p. che potrebbe in tal guisa diventare applicabile alle ipotesi di reato omissivo improprio, senza dover più passare per lo scrutinio preliminare della "esclusività" e della posizione dell'intraneo. Diversamente, nei reati omissivi propri, potrebbe applicarsi l'art. 117 c.p. nel caso in cui si configurino come esclusivi.

¹²⁰ V. *supra*.

garanzia.

Possiamo, a questo punto, procedere alla contestualizzazione teorica e funzionale del concetto di 'obbligo giuridico', mediante una ricognizione dei testi normativi seguita dal confronto con le nozioni ad esso limitrofe e, segnatamente, con quella di posizione di garanzia. A tal fine si procederà dapprima a un'analisi esegetica e comparatistica del lemma normativo *de quo*, per poi affrontare, nel capitolo successivo, la problematica delle fonti della posizione di garanzia tanto in sede costruttiva che di confronto con i principi costituzionali.

4.1. 'OBBLIGO GIURIDICO DI IMPEDIRE L'EVENTO' TRA ESEGESI E COMPARAZIONE

Il lemma 'obbligo giuridico di impedire l'evento', di cui all'articolo 40 cpv. c.p., è ivi contemplato quale condizione codicistica per l'estensione della tipicità obiettiva¹²¹. Esso esprime il contenuto di una 'posizione' di garanzia, mutuando letteralmente l'espressione tedesca (*Garantenstellung*), e va pertanto tenuto distinto dai concetti a esso limitrofi: in particolare, quello di obbligo di agire e di sorveglianza¹²².

L'incertezza dei confini terminologici può trovare conforto nella *historia juris* della norma *de qua*, tant'è che, com'è stato ricordato¹²³, «poche norme [...] hanno incontrato un così diffuso sfavore ed una così viva opposizione nel corso

¹²¹ Ciò vale alla luce di quanto specificato, sebbene per molti l'art. 40 cpv. c.p. sia condizione per la costituzione della relazione causale tra omissione ed evento. Tracce di tale divisione concettuale si rinvencono già nei Lavori preparatori (AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, Roma, 1929) in cui, a fronte di coloro i quali ritenevano che mentre il primo comma disciplina altresì l'omissione causale e il secondo comma il solo mancato impedimento, vi erano anche coloro i quali sostenevano che il cpv. fosse riferito al solo piano della causalità – intesa in senso giuridico – della condotta omissiva, fosse stato cioè formulato per ovviare e superare il principio "*ex nihilo, nihil fit*". Di tale avviso ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 352, § 44; SINISCALCO, voce *Causalità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 650; BOIDO, *op. cit.*, p. 288

¹²² Ad avviso di LEONCINI, *op. cit.*, *loc. cit.* e p. 55 ss., non viene prestata la doverosa attenzione alla distinzione tra queste categorie concettuali.

¹²³ GRASSO, *op. cit.*, p. 103.

dei lavori preparatori come l'art. 40 cpv.», tant'è che non mancarono in quella sede voci intenzionate alla sua soppressione, ritenendola superflua oppure fonte di una forma inaccettabile di "responsabilità legale"¹²⁴. Resistenze che oggi, sebbene sopite, non sono state vinte¹²⁵. Secondo alcuni¹²⁶, tuttavia, tale scetticismo in sede legislativa sarebbe stato evitabile, considerando che la norma dovesse comunque essere letta insieme alle altre disposizioni generali sul reato e che, quindi, non fosse deputata ad esaurire i presupposti della responsabilità per omissione. Questa mancata consapevolezza è stata criticamente ascritta a un «dislivello di preparazione scientifica» tra coloro i quali avevano elaborato il progetto e quelli che avrebbero dovuto discuterlo in Parlamento ed approvarlo¹²⁷.

L'espressione 'obbligo giuridico d'impedire l'evento' presuppone sia il concetto di 'obbligo' (*Gebot*) che quello di 'obbligo giuridico' (*Rechtspflicht*), richiedendo tuttavia maggiore attenzione. Infatti, siccome «il 'non facere' senza il riferimento al 'quod debetur' è giuridicamente irrilevante»¹²⁸, il lemma normativo è polarizzato, oltre che sul concetto di obbligo, su tre elementi: la giuridicità, l'impedimento e l'evento.

A connotare di novità il testo attualmente vigente rispetto all'originaria proposta¹²⁹ è il requisito della giuridicità, al quale è possibile guardare tanto in maniera "neutra", e cioè ritenendo che esso intenda riferirsi genericamente a un obbligo dotato di coercibilità, o piuttosto collegandolo alla teoria formale dell'obbligo giuridico, con tutto ciò che da essa consegue¹³⁰.

¹²⁴ AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. IV, parte II, pp. 103-104 e ivi, *Relazione del Presidente della Commissione Ministeriale*, vol. IV, Parte IV, Roma, 1929, p. 280.

¹²⁵ Tant'è che nel Progetto Grosso la materia dell'omissione è stata comunque rimodulata. *Amplius infra* §§ 5 ss.

¹²⁶ Così, GRASSO, *op. cit.*, p. 104.

¹²⁷ CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, in *Annali di diritto e procedura penale*, Torino, 1933, p. 3.

¹²⁸ GRASSO, *op. cit.*, p. 132 s.

¹²⁹ cfr. AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale*, loc. ult. cit.

¹³⁰ *Amplius infra* § 5.2.

La prima delle due opzioni potrebbe ritenersi preferibile, per non fornire un ineludibile fondamento normativo alla teoria c.d. formale dell'obbligo giuridico¹³¹.

Com'è agevole dedurre dai lavori preparatori, gli stessi artefici dell'introduzione del riferimento alla 'giuridicità' non la motivavano in modo esaustivo, limitandosi a sostenere che «una maggiore specificazione non può nuocere»¹³², nonostante fosse pacificamente riconosciuto che la parola 'obbligo' implicasse, già di per sé, il concetto di giuridicità.

Il secondo elemento da analizzare, l'impedimento, può essere inteso sotto un duplice aspetto: ossia, quale contenuto dell'obbligo, oppure avendo riguardo all'efficienza causale, poiché «è soltanto l'esistenza di un dovere di agire che rende causale il non impedimento: senza la norma questo non avrebbe alcuna rilevanza causale»¹³³.

A tal fine possono distinguersi i profili della c.d. omissione causale – assestantesi sull'obbligo di non cagionare l'evento dannoso o pericoloso – e della c.d. omissione non impeditiva, a sua volta determinata dall'obbligo di impedire l'evento dannoso o pericoloso¹³⁴, ricordando tuttavia che per molti¹³⁵ non sarebbe immaginabile null'altro al di fuori della rilevanza dell'omissione rispetto al mancato impedimento. Tant'è che per alcuni¹³⁶ l'art. 40 cpv. c.p. confonderebbe il problema della causalità con quello dell'illiceità dell'omissione, senza considerare che la connessione eziologica tra condotta omissiva ed evento presuppone la contraddizione esistente tra la condotta e la

¹³¹ Sui presupposti e limiti della quale, V. *amplius infra*, Capitolo II

¹³² AA.VV., *Lavori Preparatori, cit., vol. VII, Testo del nuovo codice penale con la relazione a S.M. il Re del Guardasigilli Rocco*, Roma, 1930, p. 42.

¹³³ GRISPIGNI, *op. cit.*, p. 41 s.

¹³⁴ GRASSO, *op. cit.*, p. 110

¹³⁵ *In primis* per GRISPIGNI, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁶ ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Scritti di diritto penale*, Milano 1955, p. 123.

norma giuridica¹³⁷: infatti, se non è possibile rinvenire un'omissione penalmente rilevante, manca un termine della relazione causale.

L'impedimento, altresì, permette di distinguere l'obbligo di cui all'art. 40 cpv. c.p. dal mero obbligo di attivarsi, giacché per quest'ultimo non è necessario il riferimento né all'evento né tantomeno alla sua verifica, essendo sufficiente il mero comportamento omissivo per integrare la fattispecie criminosa (omissiva propria).

Perciò, non ogni dovere di attivarsi costituisce un obbligo di garanzia, perché per legittimare una responsabilità per omissione non basta la violazione di un qualunque obbligo di porre in essere un'azione che, in concreto, avrebbe impedito l'evento. Piuttosto, è necessaria l'esistenza di un particolare dovere giuridico rispetto al quale l'impedimento dell'evento appaia come lo scopo del comportamento doveroso, in modo che il bene giuridico risulti essere stato affidato, in una certa misura, all'omittente.

Sotto questi profili è possibile differenziare l'obbligo di attivarsi da quello di garanzia, siccome in quest'ultimo il soggetto in capo al quale esso è radicato ha (o deve avere) un complesso di poteri e doveri, sulla cui sussistenza è fondata la *ratio* dell'equivalenza normativa tra "azione causale" ed "omissione non impeditiva".

Altre differenze intercorrenti tra il dovere di attivarsi e quello di garanzia, possono essere riscontrate nel rapporto esistente tra soggetto obbligato e bene giuridico tutelato, siccome, nel caso degli obblighi di attivarsi, tale relazione non deriva da alcun preesistente rapporto giuridico che vincoli il soggetto alla tutela del bene stesso¹³⁸, per cui manca un concreto "affidamento" del bene

¹³⁷ Sebbene ciò induca l'illustre Autore a ricercare una soluzione sul piano dell'antigiuridicità, come parte della dottrina tedesca all'inizio del secolo e prima dell'aspra critica di NAGLER, *op. cit.*, p. 51 ss., ripresa da Armin Kaufmann (*V. retro*).

¹³⁸ In tal senso, cfr. LEONCINI, *op. ult. cit.*, p. 57

all'obbligato¹³⁹. Da ciò ovviamente consegue che, mentre le situazioni di garanzia sorgono in momenti differenti rispetto a quello del pericolo per il bene tutelato, i meri obblighi di attivarsi sono implicati direttamente dalla conformazione del fatto *hic et nunc*.

Da ciò consegue che i meri doveri di agire non possono connotare significativamente le omissioni improprie ma soltanto quelle proprie¹⁴⁰, giacché, diversamente opinando, si rischierebbe di introdurre delle clausole irrimediabilmente indeterminate in una materia già di difficile compatibilità con il principio di tipicità.

Quanto sinora espresso ottiene una conferma affrontando il tema dell'efficienza causale, la cui valutazione, infatti, richiede innanzitutto che vi sia la "possibilità" di attivazione dei mezzi causali nonché della loro idoneità all'impedimento del fatto lesivo: requisito del quale non necessitano i meri obblighi di agire o di attivarsi, sebbene anche nei reati omissivi impropri occorra la possibilità di 'tenere il comportamento doveroso', mancando unicamente il requisito della evitabilità dell'evento. Vale a dire che il giudizio controfattuale per i reati omissivi deve essere naturalmente arricchito del riferimento alla possibilità di tenere il comportamento doveroso¹⁴¹,

¹³⁹ Esempio di tale tipologia di obbligo potrebbe essere quello dettato dall'articolo 593 c.p., in cui l'incriminazione è tale da non richiedere la previa esistenza di una relazione precisa tra i soggetti chiamati a soccorrere e il bene della vita altrui da tutelare. In tal senso, BASILE, *Su alcune questioni controverse intorno all'omissione di soccorso (art. 593 c.p.), un reato in cerca d'autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 643 ss. Sull'affidamento, *amplius infra* Capitolo III.

¹⁴⁰ Nonostante esista nella dottrina italiana chi ha postulato la possibilità che la fonte dell'obbligo di garanzia possa essere rinvenuta nella stessa legge penale e, altresì, nelle norme incriminatrici. Di tale avviso, SGUBBI, *Responsabilità penale, cit.*, p. 211 ss. Diversamente nella dottrina tedesca, dove l'eventualità della norma penale come fondamento dell'obbligo di garanzia è tendenzialmente respinta, in quanto, come affermato da JESCHECK, *Lehrbuch, cit.*, p. 470, «un dovere di garanzia non può sorgere dalla previsione di un reato 'proprio' di omissione, dal momento che in tali casi viene in considerazione un dovere giuridico che concerne chiunque», vale a dire, anche «coloro nei cui riguardi difetta quella particolare relazione personale o fattuale col bene minacciato».

¹⁴¹ *i.e.* La *erwartete Handlung*, ossia l'azione attesa. Ciò è sostenuto pacificamente in dottrina. Sia pure in un discorso sull'esigibilità (e, nello specifico, sullo stato di necessità – comunque limitrofo al nostro problema), ROXIN (*Kriminalpolitik cit.*, p. 34) presenta un lucidissimo esempio per esplicitare come il legislatore non possa tener conto di *standard* riferiti a occasioni

connotandosi in maniera intrinsecamente normativa.

Lo stesso concetto di omissione, si ricorda, presuppone la sussistenza tale possibilità di tenere il comportamento doveroso, tant'è che, secondo una definizione di Radbruch¹⁴², «la mancata attivazione di un movimento del corpo interessa ai penalisti soltanto nel caso in cui fosse possibile compiere l'azione comandata. L'omissione è [...] il mancato compimento dell'azione nonostante la possibilità fisica di agire».

Come si è infatti specificato, il fondare le incriminazioni omissive sul principio solidaristico non può avere come riflesso il sacrificio totale della libertà individuale di non-agire: pertanto si richiede sempre una mediazione con il principio per cui *ad impossibilia nemo tenetur* e, quindi, con l'idea per cui il soggetto oltre a 'dovere' debba anche 'poter' agire; del resto, diversamente opinando, si svuoterebbe anche il senso della prevenzione speciale.

Nella dottrina tedesca, già von Liszt¹⁴³ parlava di possibilità di agire quale elemento fondamentale nella struttura dell'omissione, intendendo che il compimento dell'atto da parte dell'emittente per poter essere richiesto dovesse risultare altresì possibile. Dello stesso avviso anche Traeger¹⁴⁴ e Dahm, per il quale chi non è in condizioni di intervenire non solo non disattende alcun obbligo ma «non omette proprio per niente»¹⁴⁵, nonché von Hippel¹⁴⁶, il quale

irripetibili, ma debba piuttosto considerare dei parametri più affidabili. Così nella traduzione italiana, a cura di MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1984, p. 70: «Le guerre ci hanno insegnato che l'uomo in caso di necessità è in grado di superare pericoli mortali. Se ciò nonostante il legislatore rinuncia a punire azioni compiute sotto la spinta di un serio pericolo fisico, ciò accade perché l'irripetibilità di tali situazioni rende inutile un'azione di prevenzione generale o speciale, la colpevolezza – lieve – in quanto tale non riesce, dal canto suo, a giustificare una pena statuaria». E se ciò vale per condotte già considerate tipiche, non si vede in questa sede come invece, per comportamenti della cui tipicità si discuta, si possano adottare dei criteri più elastici e meno rispettosi del principio di determinatezza.

¹⁴² RADBRUCH, *Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik* (1903), Darmstadt, 1967, p. 141.

¹⁴³ V. LISZT, *op. cit.*, p. 126

¹⁴⁴ TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Sonderabdruck aus der Festgabe für Enneccerus*, Marburg, 1913, p. 8

¹⁴⁵ DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, in *ZStW*, vol. 59, 1940, p. 180.

¹⁴⁶ V. HIPPEL, *Strafrecht*, II, 1930, p. 153.

menzionava espressamente la «concreta possibilità di agire». Tant'è che Armin Kaufmann, dopo aver specificato che omettere significa letteralmente «non fare qualcosa che ci si potesse aspettare che venisse fatto»¹⁴⁷, puntualizzava che, aderendo all'impostazione finalistica, la capacità del soggetto di agire fosse implicitamente necessaria per poter parlare di azione¹⁴⁸. Inoltre, nel riferirsi a questa 'capacità', l'Autore non si limitava alla sua dimensione 'fisica' ma teneva conto anche di una componente 'intellettuale'¹⁴⁹.

Nei reati omissivi impropri, in particolare, è necessario che la situazione di garanzia corrisponda a concreti poteri impeditivi da parte del garante, in modo che questi abbia pienezza del dominio sul decorso causale e, quindi, l'attuale possibilità giuridica di tenere sotto controllo i fattori di rischio¹⁵⁰.

Quanto specificato costituisce una precondizione rispetto all'indagine causale: prima di verificare che agendo il garante avrebbe potuto impedire l'evento dannoso o pericoloso, deve risultare che costui, nell'omettere la condotta doverosa, fosse nella condizione di compiere l'azione impeditiva. In assenza di questa possibilità, non c'è spazio per l'accertamento della causalità, in quanto manca l'omissione in senso giuridico da porre in correlazione eziologica con l'evento.

Quest'ultimo elemento, contemplato nell'art. 40 cpv. c.p., non si riferisce a un qualsivoglia accadimento dannoso o pericoloso ma, bensì, a un evento dedotto in una fattispecie incriminatrice. Tale specificazione, assente nel nostro codice penale ma non per questo ad esso estranea, è invece stata inserita in

¹⁴⁷ ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 29 s.

¹⁴⁸ ARM. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 35; «Chi compie un'azione finalistica è capace di portarla a termine: ciò è pacifico. Così come la realizzazione dimostra la possibilità del realizzare, così l'agente (dimostra) la propria capacità di agire»

¹⁴⁹ ARM. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 37, fornisce un esempio: chi non è a conoscenza di un incidente occorso in casa, non può prestare aiuto. Pertanto, chi non sa non può neanche riconoscere la necessità di agire. Ciò che non va confuso con la c.d. 'capacità di autodeterminarsi' cui faceva riferimento HARTMANN, *Ethik*, p. 640.

¹⁵⁰ Per le implicazioni di questo assunto in rapporto alla successione nella posizione di garanzia, *amplius infra* Capitolo III.

quello tedesco, nel §13 StGB¹⁵¹.

La norma, che rappresentava una novità nel codice penale tedesco, recava già nei progetti di riforma il riferimento all'appartenenza dell'evento al *Tatbestand*, variando soltanto la formula lessicale¹⁵².

Nonostante siano state avanzate perplessità in ordine alle tipologie di reato cui applicare il § 13 *StGB*¹⁵³, è abbastanza pacifico che esso si riferisca unicamente ai reati di evento¹⁵⁴ e che possa applicarsi alle fattispecie 'a forma aperta'. Ciò comporta l'esclusione dei reati omissivi propri, da un lato, e di quelli 'a forma vincolata', dall'altro, nel primo caso perché l'evento non è necessario a integrare la fattispecie; nel secondo, perché si tratta di reati in cui occorre che la causazione dell'evento sia avvenuta attraverso particolari modalità di condotta previste dalla legge.

La discussione sull'ambito di applicazione della 'clausola di equivalenza' è stata ovviamente più accesa in Germania, poiché il secondo comma del §13 *StGB* prevede per i reati omissivi impropri una particolare ipotesi di riduzione della pena. Era pertanto necessario comprendere l'ambito di applicazione di questo trattamento sanzionatorio di favore. Ci si chiedeva, cioè, se la *Strafmilderung* prevista dal §13, co. 2 *StGB*, richiedesse per la propria

¹⁵¹ Che così recita: "Commissione mediante omissione": «Chi omette di impedire un evento appartenente alla fattispecie prevista da una legge penale è punibile, a norma di essa, soltanto se deve garantire giuridicamente che l'evento non si verifichi e se l'omissione corrisponde alla realizzazione della fattispecie legale mediante commissione; La pena può essere attenuata in base al §49, co. 1»

¹⁵² Così nell'*Entwurf* del 1962, la norma recitava: «Chi omette di impedire un evento appartenente alla fattispecie punibile da una legge penale, è punibile come autore o come concorrente soltanto se deve garantire giuridicamente che l'evento non si verifichi e il suo comportamento, secondo le circostanze del fatto, è equivalente alla realizzazione della fattispecie legale mediante agire», Mentre, nell'*alternativ Entwurf*, essa recitava: «Chi omette di impedire un evento appartenente alla fattispecie, sebbene egli 1. Sulla base di un obbligo giuridico, legale o liberamente assunto, debba assicurare, nei confronti della collettività o del danneggiato, che l'evento non si verifichi, ovvero 2. abbia provocato l'imminente pericolo della verifica dell'evento, è punibile ai sensi della relativa fattispecie, solo se l'illiceità del suo comportamento, secondo le circostanze del fatto, corrisponde a quella del comportamento commissivo».

¹⁵³ Cfr. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, p. 279.

¹⁵⁴ Cfr. GRASSO, *op. cit.*, p. 26.

applicazione l'impiego della clausola di equivalenza e, cioè, se fossero escluse dallo sconto di pena le ipotesi assimilabili. Segnatamente il dubbio sorgeva in relazione a due ordini di questioni: le fattispecie con incriminazione 'alternativa' e la generalità dei *Pflichtdelikte*.

Quanto alle prime, ci si riferisce a fattispecie come quelle previste dai §§ 223b o 315c *StGB* – relativi ad una particolare ipotesi di maltrattamenti e a quella di pericolo nella circolazione stradale – in cui l'omissione rappresenta una modalità alternativa di realizzazione della condotta già contemplata dalla norma incriminatrice. Rispetto ad esse, stando al rigore letterale del § 13 *StGB*, la diminuzione di pena non sarebbe applicabile, aprendo discutibili discrepanze.

Simile soluzione, secondo Roxin, dovrebbe aversi anche nei c.d. *Pflichtdelikte*, ossia in quelle ipotesi in cui, per la sussistenza di un particolare ruolo sociale svolto, il soggetto si trovi a dover rispondere a delle pretese ordinamentali a prescindere dall'applicazione della clausola di equivalenza, e per tal motivo non possa beneficiare dello sconto di pena¹⁵⁵.

Sebbene nel nostro ordinamento non esista tale possibilità di mitigazione della risposta sanzionatoria, le riflessioni sopra riferite sono comunque feconde di implicazioni, soprattutto perché pongono in luce l'opinabilità della soluzione di parte generale perseguita nei rispettivi codici¹⁵⁶, nonché la possibile

¹⁵⁵ Cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, p. 16 s.; ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4. Aufl., Berlin-New York, 2000, p. 460 ss.; ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, cit., p.; contra JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 496.

¹⁵⁶ Quanto alla proponibilità di una soluzione di parte generale che comunque differisca dalla presente, cfr. Progetto Grosso, nel cui articolato si era preferito formulare più norme di parte generale in materia di omissione e posizione di garanzia, al fine – riportato nella Relazione preliminare – di «tipizzare le c.d. 'posizioni di garanzia', e di realizzare, attraverso questa operazione, una selezione dei reati omissivi ed una riduzione dei margini di discrezionalità che contraddistinguono la applicazione della causalità nei reati commissivi mediante omissione, oggi interamente affidata agli incerti confini del generico 'obbligo giuridico di impedire l'evento' di cui al comma 2 dell'art. 40 c.p. Il punto più delicato, ed in certo senso qualificante, della proposta è stato d'altronde il tentativo di tipizzare le posizioni di garanzia nell'ambito delle organizzazioni complesse, che si è concretato a sua volta nella doppia previsione di un catalogo di adempimenti cui tali organizzazioni sono obbligate allo scopo di prevenire che

derivazione di antinomie dalla scelta di disciplinare alcune fattispecie nella parte speciale come particolari forme di reato omissivo improprio.

4.2. LA *GARANTENSTELLUNG* TRA PARTE GENERALE E PARTE SPECIALE

In apertura del presente capitolo si è indicata una definizione di posizione di garanzia priva di alcuni elementi, giudicati invece necessari per restituirne la compiuta dimensione ontologica ed epistemologica.

Quello di 'posizione di garanzia' è un concetto relazionale e funzionale, vale a dire che, a meno di fraintendimenti di sorta, il concetto di "posizione" oltre a poter essere valutato sotto il profilo ontologico rileva quale termine di necessaria relazione funzionale tra un soggetto e un bene da tutelare, impiegando gli strumenti idonei a impedire l'evento.

Per questi motivi si ritiene che la comprensione delle posizioni di garanzia debba necessariamente passare per il vaglio delle possibili fonti, non solo per svolgere una comunque imprescindibile funzione selettiva, ma per conferire al concetto 'posizione di garanzia' un significato normativo autonomo rispetto alla situazione tipica in cui si realizza la condotta omissiva¹⁵⁷. Tale situazione comprenderebbe anche i beni giuridici da tutelare, nonché le circostanze di fatto in cui si deve operare¹⁵⁸.

Ciononostante, né l'art. 40 cpv. c.p. né tantomeno il §13 *StGB* contengono un riferimento alle fonti della posizione di garanzia, stante l'asserita impossibilità di comprendere realtà multiformi in una norma di parte generale. Invero, a legislazione invariata e prima ancora di addivenire a esiti *de jure condendo*, può comunque porsi un dubbio, se non sull'opportunità di tale scelta, quantomeno sulla percorribilità di soluzioni alternative.

vengano commessi reati con violazione di norme pertinenti all'attività della organizzazione stessa, e di una articolazione delle posizioni di responsabilità individuale al suo interno». Il problema delle posizioni di garanzia veniva poi trattato in maniera molto approfondita nella Relazione conclusiva, *Amplius infra* §§ 5 ss. e Capitolo IV.

¹⁵⁷ L'espressione allude al pensiero espresso da NAGLER, *op. ult. cit.*, p. 51.

¹⁵⁸ Cfr. GRASSO, *op. cit.*, p. 135.

Nella discussione precedente ai più rilevanti progetti di riforma del codice penale tedesco, si è affrontato il tema delle soluzioni alternative, partendo dalla consapevolezza dell'impossibilità di elencare esaustivamente tutte le fonti della posizione di garanzia. Pertanto, si fronteggiavano essenzialmente due orientamenti: un primo che spingeva per l'elaborazione di una norma generale che non menzionasse affatto né le fonti né le loro tipologie, e un secondo, che propugnava la soppressione di qualsivoglia regola generale in tema di reati omissivi impropri, per evitare di offrire un vuoto simulacro di soluzione tutt'altro che efficace e che, anzi, avrebbe fortificato la tendenza dei tribunali ad un'estensiva punizione di delitti omissivi impropri¹⁵⁹.

Tale forma di resistenza fu però superata dalla *Große Strafrechtskommission*, che approvò, com'è noto, un testo dotato di una clausola generale, in cui si richiedeva che l'omittente fosse garante dell'impedimento dell'evento. Erano, tuttavia, emerse posizioni di segno contrario: tant'è che già la proposta normativa dell'*Alternativ Entwurf* era differente, rispecchiando parzialmente le soluzioni elaborate, seppur in sedi separate, da Roxin, Schünemann ed Herzberg.

Più precisamente, Roxin¹⁶⁰ proponeva una differenziazione del trattamento da riservare alle omissioni fondato sulla diversa struttura dei reati di azione e di obbligo. Nei primi, corrispondenti alle ipotesi di *unechte Handlungsdelikte*¹⁶¹ (ossia di finti reati di azione, o anche di reati di obbligo "travestiti"), veniva considerato indifferente incriminare quale reato commissivo od omissivo, restando comunque la necessità di sanzionare il comportamento, in quanto dotato di intrinseco disvalore sociale; pertanto, potrebbe aversi equivalenza tra agire ed omettere anche in assenza di una

¹⁵⁹ Di tale avviso Welzel, Bockelmann e Mezger, come si evince da pareri scritti allegati ai Lavori preparatori, cfr. AA.VV., *Niederschriften*, vol. XII, Allegato A, n. 9, p. 447 ss.

¹⁶⁰ ROXIN, *Kriminalpolitik cit.*, p. 18 ss., trad. it. in MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale, cit.*, p. 53 s.

¹⁶¹ MOCCIA, *op. loc. ult. cit.*

clausola di equivalenza.

Quanto al secondo ordine di fattispecie, ossia quelle di azione, invece, l'Autore riteneva che vi sarebbe stato un utilizzo improprio della *Gleichstellung*, nella misura in cui sarebbe stata strumento per sussumere anche l'inerzia nella descrizione della fattispecie legale, in spregio del *nullum crimen* e, quindi, frustrando la funzione politico-criminale affidata alla tipicità.

Altrettanto significativa la proposta avanzata da Schünemann¹⁶² che richiedeva una formulazione attenta alla valorizzazione della "signoria dell'autore", nel senso di respingere le ipotesi riconducibili alla c.d. *Ingerenz*, ossia relative alla generalità dei casi di precedente attività pericolosa, in quanto oltremodo indeterminate¹⁶³. L'irrinunciabilità della determinatezza, infatti, non poteva venir meno neanche a fronte dell'interrogativo provocatorio che lo stesso Autore poneva sul se si dovesse «capitolare di fronte al paradosso che il criterio della determinatezza della norma penale è non definibile e quindi esso stesso troppo indeterminato»¹⁶⁴.

L'alternatività della proposta di Schünemann consisteva in un'espressa formulazione di parte speciale, che affiancasse l'allora vigente § 330c¹⁶⁵ *StGB*, e che fosse tale da far rilevare il maggiore disvalore sociale dell'omissione conseguente alla causazione dominabile del pericolo¹⁶⁶.

Herzberg¹⁶⁷, dopo aver criticato la posizione espressa da Roxin (*ut supra*), concludeva l'opera monografica dedicata all'omissione formulando un'alternativa al §13 *StGB*, in cui, senza modificare il requisito

¹⁶² SCHÜNEMANN, *op. ult. cit.*, p. 380 s.

¹⁶³ In ossequio al corrispondente principio della Costituzione tedesca, previsto all'articolo 103, comma 2 del *Grundgesetz*, a norma del quale «Un fatto può essere punito soltanto se la punibilità era determinata per legge prima che il fatto venisse commesso».

¹⁶⁴ SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, 1978, p. 29.

¹⁶⁵ Al tempo dello scritto *de quo*, relativo all'omissione di soccorso, diversamente dal paragrafo odierno.

¹⁶⁶ Idea comunque compatibile con quella elaborata da Roxin e conciliabile con quella di prediligere soluzioni puntuali rispetto a tentare – vacuamente – di apprestarne di generali.

¹⁶⁷ HERZBERG, *op. cit.*, p. 362.

dell'appartenenza al *Tatbestand* dell'evento, fosse previsto: 1) che l'omissione fosse già di per sé – secondo il significato che l'Autore dava al concetto di azione¹⁶⁸ – equivalente ad una causazione mediante un'attività; 2) che l'evento (o il pericolo) fosse stato provocato dalla stessa persona o da qualcuno/qualcosa che egli fosse tenuto a sorvegliare e che 3) fosse affidata a costui la difesa del bene giuridico dal pericolo che lo avesse minacciato. Concludeva la proposta dotandola di una clausola di mitigazione analoga a quella di cui al § 13 *StGB*.

Va altresì ricordato come Herzberg rinvenisse tra le fonti dell'obbligo di garanzia gli stretti legami personali, la volontaria assunzione della protezione e lo svolgimento di una particolare professione. Nella sua proposta si tentava un compromesso tra la sistematizzazione nella parte generale e la trattazione puntuale delle posizioni di garanzia. Tale proposta risultava altresì compatibile con quanto asserito da Grünwald¹⁶⁹, secondo il quale non sarebbe affatto possibile né prevedere tutte le ipotesi, né tantomeno ritenere esaustiva una clausola di parte generale, sicuramente lesiva del principio di determinatezza.

Perciò, Grünwald preferiva affidarsi alla puntuale previsione di parte speciale, auspicando un intervento di chirurgia legislativa sui singoli reati tale da modificarne la forma. Detta proposta, se posta a confronto con quella di parte generale, che era stata caldeggiata nei progetti fino a quel momento esaminati, sembrava invero più rispettosa del principio di determinatezza.

La soluzione dell'*Alternativ-Entwurf* rappresentava una mediazione, in quanto manteneva in piedi sia l'equivalenza causale che la correlazione a un evento tipico, senza puntualizzare le fonti delle posizioni di garanzia né tantomeno rinunciando all'inserimento di un riferimento all'*Ingerenz*. Quest'ultimo dettaglio ha suscitato non poche perplessità, nella misura in cui non chiarisce se l'obbligo debba derivare da una precedente azione purché pericolosa o soltanto allorché essa sia anche illecita, né tantomeno risolve la

¹⁶⁸ Cfr. *retro* § 2.

¹⁶⁹ GRÜNWALD, *op. cit.*, p. 424; conf. ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 287.

questione inerente alle ipotesi in cui vi siano condotte attive che si radichino su base omissiva altrui¹⁷⁰.

Motivi di tale formulazione sono da rinvenirsi nell'esigenza di superare le possibili perplessità rispetto alla legittimità costituzionale della formula di equivalenza, sintetizzabili in primo luogo con il divieto di analogia e, in secondo, con il principio di determinatezza. Tuttavia, se per il primo può dirsi assolto, mediante la formulazione di una norma di parte generale, il compito di evitare un ricorso a interpretazioni *in limine* all'analogia, la soluzione non risulta altrettanto soddisfacente quanto alla realizzazione del principio di tassatività e di determinatezza, siccome permane un vuoto nella descrizione legale della fattispecie, destinato a essere comunque colmato dal giudice¹⁷¹.

Ciò vale chiaramente anche nel nostro ordinamento. Pertanto può sostenersi che, malgrado la bontà delle intenzioni, l'opzione di parte generale tradisca gran parte delle aspettative, finendo con l'offrire il fianco a possibili ampliamenti interpretativi delle incriminazioni in spregio della tassatività.

Inoltre, può essere rilevato che la soluzione di parte generale, in assenza di espresse preclusioni¹⁷², rende possibile l'estensione della tipicità obiettiva a fronte della tutela di tutti i beni giuridici, compresi quelli di rango inferiore, per i quali risulta più difficile giustificare l'incriminazione in forma omissiva¹⁷³.

Quanto alla delimitazione del problema dell'applicazione indiscriminata della 'clausola di equivalenza', non si ritiene condivisibile la soluzione¹⁷⁴

¹⁷⁰ Per le cui implicazioni problematiche si rinvia al Capitolo III.

¹⁷¹ Cfr. ROXIN, *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, in *Juristische Schulung*, 1973, p. 197 e JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 495

¹⁷² Cfr. ROMANO, *Commentario cit.*, p. 381; LEONCINI, *op. cit.*, p. 220. Per chiarire quanto esposto nel testo, basti pensare alla discutibile incriminazione della fattispecie di danneggiamento in forma omissiva.

¹⁷³ Quanto alla logica dell'incriminazione omissiva e all'esigenza di una giustificazione e legittimazione più solida, si rinvia *supra*, § 3.1 Sulla necessità di un confronto con i parametri assiologici, cfr. FIANDACA, *op. cit.*, p. 48 ss.; SEMERARO, *Il concorso mediante omissione nel reato*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 585 s.

¹⁷⁴ GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, p. 629

incentrata sulla pervasività dell'interpretazione sistematica; sarebbe, cioè, possibile interpretare in senso restrittivo la portata dell'art. 40 cpv. c.p. valorizzando i numerosi indizi legislativi della «propensione al contenimento» delle incriminazioni omissive (e colpose) e, quindi, operando una selezione sistematica fondata sulla strutturale residualità dell'omissione.

Malgrado la meritorietà dell'assunto e la condivisibilità dei suoi possibili esiti, esso si ritiene comunque non appagante. In primo luogo, perché, a fronte della richiesta di una lettura maggiormente rispettosa del principio di determinatezza e tassatività, spinge invece verso una soluzione rimessa a meccanismi discrezionali e non a chiare scelte legislative. Vale a dire che, accettando l'esigenza di una prevenzione 'caso per caso', a giudizio discrezionale del magistrato, la soluzione proposta si presta «ad aprire le porte ai più gravi arbitrî, consapevoli o inconsapevoli»¹⁷⁵. In secondo luogo, non si ritiene condivisibile la soluzione che rimette all'interpretazione sistematica anche perché, anche laddove essa venisse generalmente praticata, essa non eliderebbe comunque le irragionevolezza del sistema, fungendo dunque da succedaneo più che da autentica soluzione. Essa dovrebbe, dunque, fondarsi su di un meccanismo di consuetudine interpretativa, in ogni caso non controllabile né coercibile.

Altresì inappaganti risulterebbero eventuali tentativi di superare le obiezioni sopra poste conferendo 'maggiore precisione' alle decisioni giurisprudenziali. *In primis*, perché il concetto di norma diverge – sia sul piano ontologico che su quello teleologico – da quello di massima, quello di legge dalla sentenza e così via; *in secundis*, perché non si comprende in che modo si possa graduare la precisione e rispetto a quali parametri.

Pertanto si ritiene che, a legislazione invariata, qualunque delega al formante giurisprudenziale esprima una resa all'irrazionalità piuttosto che un

¹⁷⁵ BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale* (1965), in *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, Milano, 2000, p. 518.

atto di responsabilità.

CAPITOLO II

LE FONTI DELLA POSIZIONE DI GARANZIA: TRA TEORIA 'FORMALE' E 'FUNZIONALE' DELL'OBBLIGO GIURIDICO

1. Le fonti degli obblighi tra approcci formalistici e funzionalistici 2. Ricostruzioni di stampo formale: la *formelle Rechtspflichttheorie* 2.1. La legge come *besonder Rechtsgrund*. Critica alla tesi della giuridicità formale 2.2. Il fondamento contrattuale e la volontaria assunzione di obblighi giuridici 2.2.1. Forma e affidamento 2.2.2. Effetti delle vicende del contratto sugli obblighi di garanzia 2.2.3. Assunzione volontaria di obblighi 2.3. Il discutibile approccio alla precedente azione pericolosa (Rinvio) 3. Il tentativo di risolvere mediante un approccio funzionalistico: la *Garantenlehre* e l'organizzazione per tipologia di funzione 4. La c.d. 'teoria mista': tra finalità integrativa e modalità alternativa

1. LE FONTI DEGLI OBBLIGHI TRA APPROCCI FORMALISTICI E FUNZIONALISTICI

Il dettato normativo dell'art. 40 cpv. c.p. e del § 13 *StGB* si limita a richiedere la sussistenza di un obbligo giuridico d'impedire l'evento, senza però corredare questo enunciato con alcuna specificazione sulle fonti di tali doveri impeditivi. Nel preferire una soluzione di parte generale, dunque, si è traslato parte del problema sull'interpretazione e, come si è detto, ciò unisce al vantaggio di una maggiore elasticità applicativa, lo svantaggio di una tendenziale indeterminatezza¹⁷⁶.

Tuttavia, per punire il 'non impedimento', diversamente rispetto a quanto avviene negli ordinamenti "a legalità sostanziale" – nei quali risulta ammissibile il ricorso all'analogia o alla nozione sostanziale di reato¹⁷⁷ –, in un

¹⁷⁶ Così, FIANDACA–MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 596

¹⁷⁷ Nell'accezione impiegata da MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 156. Altre fonti da cui attingere tale obbligo sarebbero, secondo l'A., le "fonti materiali" o le "posizioni" che il soggetto

ordinamento come il nostro, “a legalità formale”, tali rimedi interpretativi sono inibiti dalla vigenza del principio di legalità e dei suoi corollari. Tra essi, *in primis*, il divieto di analogia. Pertanto, s’impone la ricerca di meccanismi tali da evitare che la scelta di estensione della tipicità obiettiva dia adito ad illegittimi arbitri interpretativi¹⁷⁸.

Da questa premessa deriva l’attenzione al sistema delle fonti della garanzia, rispetto alle quali è prioritario stabilire a che livello esse debbano operare, nonché vagliare che tipo di criterio (formale o funzionale?) adottare per rinvenirle in modo appropriato. A seconda della preferenza per un criterio formale o uno funzionalistico, poi, è possibile stabilire ‘cosa’ rientri nel novero delle fonti, operando nel rispetto del principio di determinatezza.

Per specificare il livello entro cui debbano operare le fonti degli obblighi giuridici è opportuno concentrarsi su due aspetti: da un lato, infatti, considerata l’esistenza di tipi eterogenei di obbligo¹⁷⁹, va tenuto presente che le loro fonti possono variare a seconda che ci si interessi di meri obblighi di agire o di attivarsi oppure di obblighi d’impedire l’evento collegati all’esistenza di una posizione di garanzia. In secondo luogo, occorre indagare sulla natura e la tipologia delle fonti.

Quanto al tipo di obblighi o di situazioni, va precisato che per i meri obblighi di agire o di attivarsi la ricerca ha corso breve, in quanto le fonti possono essere rinvenute innanzitutto nelle stesse norme penali incriminatrici¹⁸⁰ che, nei reati omissivi propri, fissano sia i contorni dell’obbligo che la risposta sanzionatoria¹⁸¹. Così avviene, tra i delitti, nell’omissione di soccorso *ex art. 593 c.p.* o nelle molteplici ipotesi di omessa denuncia, *ex artt. 361 ss. c.p.*; tra le

ricopra, ad esempio, nella comunità familiare, sociale o politica. Tant’è che, negli ordinamenti socialisti, ad esempio, manca il riferimento codicistico al reato omissivo improprio.

¹⁷⁸ V. *retro infra* § 4 ss.

¹⁷⁹ cfr. Capitolo I, §§ 4.1 e 4.2.

¹⁸⁰ Così, LEONCINI, *op. cit.*, p. 177 s.

¹⁸¹ Mutuando una dizione civilistica, LEONCINI, *Ibidem*, si riferisce a una funzione “costitutiva” delle fonti suddette.

contravvenzioni, nei casi di omessa denuncia di materiali esplosivi *ex art. 679 c.p.* o di cose provenienti da delitto *ex art. 709 c.p.*

Gli obblighi di agire possono, altresì, trovare la propria fonte in norme extrapenali – come nelle fattispecie d’inadempimento nelle pubbliche forniture, *ex art. 251 c.p.* o di rifiuto di atti legalmente dovuti, *ex art. 366 c.p.* – in cui la norma penale svolge unicamente una funzione sanzionatoria di un preesistente obbligo giuridico extrapenale¹⁸². A ben vedere, il requisito della preesistenza è fissato per esigenze di prevedibilità del precetto penale e, quindi, di determinatezza, nonché per evitare la violazione del divieto di retroattività, analogamente a quanto avviene nel caso delle c.d. norme penali in bianco. Infatti, il requisito della preesistenza è richiesto anche affinché gli obblighi di attivarsi siano rinvenibili in fonti sublegislative, richiamate, ad esempio, nell’art. 650 c.p., in cui si fa riferimento all’inosservanza di «un provvedimento legalmente dato dall'autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene».

Siccome i casi di obbligo di agire o di attivarsi si mostrano come ipotesi a formalità necessaria, essi presentano profili critici legati unicamente alle fonti in cui essi siano contenuti, ossia al rispetto del principio di legalità in tutti i suoi predicati. Perciò, stante la loro minore problematicità, quantomeno circa il criterio da adottare per rinvenire le loro fonti, l’attenzione degli studiosi si è tradizionalmente rivolta agli obblighi di garanzia, pur se variamente denominati, e alla conseguente possibilità di applicare la clausola di equivalenza.

Quanto ai reati omissivi impropri¹⁸³, è tuttavia preliminare la comprensione di un ulteriore profilo, ossia è necessario determinare l’oggetto

¹⁸² Altri esempi in cui si avrebbe una «tipicizzazione esplicativa» (cfr. SGUBBI, *Responsabilità penale, cit.*, p. 208) sarebbero rinvenibili negli art. 570 c.p., relativo alla violazione degli obblighi di assistenza familiare e nell’art. 591 c.p., riguardante le ipotesi di abbandono di persone minori o incapaci, nonché l’art. 672 c.p., che disciplina l’omessa custodia e malgoverno di animali e l’art. 673 c.p., avente ad oggetto l’omesso collocamento rimozione di segnali o ripari.

¹⁸³ V. Capitolo I, §§ 3 ss.

per il quale rinvenire la fonte. Vale a dire che, siccome non è affatto pacifico se è l'obbligo a dar vita alla posizione di garanzia o viceversa, è opportuno chiedersi se la fonte debba riguardare l'uno o l'altra. A tal proposito, nella dottrina tedesca si sono succedute diverse impostazioni teoriche¹⁸⁴.

Introducendo la storia dogmatica della teoria formale dell'obbligo giuridico, Schünemann ricordava che «prima di provare a sviluppare una teoria ontologica dell'equivalenza, si deve far chiarezza su un problema che da 150 anni infiamma gli animi e del quale anche noi abbiamo parlato a più riprese, ma che finora è sempre rimasto aperto: il rapporto tra l'obbligo giuridico-formale e la posizione di garanzia»¹⁸⁵. Rapporto per la cui comprensione è opportuno ricordare che spesso il concetto di *Garantenstellung* veniva anche utilizzato come mero sinonimo di 'sottoponibilità alla clausola di equivalenza'¹⁸⁶ e non nel senso propriamente 'funzionalistico'. Infatti, nonostante fosse pacifico che l'obbligo giuridico costituisse un'implicazione logica della *Garantenstellung*, si contestava alla teoria formale un'eccessiva attenzione ai paradigmi causali (monistici) e una conseguente svalutazione dell'aspetto dogmatico dell'omissione.

Tuttavia, piuttosto che soffermarsi su questo aspetto, la dottrina successiva ha preferito indagare la tipologia delle norme in cui rinvenire l'obbligo giuridico e la posizione di garanzia: ossia se dovesse trattarsi necessariamente di norme extrapenali e, in caso affermativo, quale fosse la portata di tale nozione. Due, infatti, apparivano essere le possibilità. Da un lato, c'era l'idea che si dovesse separare l'origine della posizione di garanzia da quella dell'obbligo giuridico, agganciando la prima a basi socio-normative e il secondo a premesse giuridico-formali. Dall'altro, però, ci si è chiesti se questa scissione dei paradigmi di riferimento fosse destinata a perdurare e in che

¹⁸⁴ V. Capitolo I, §§ 4 ss.

¹⁸⁵ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, cit., p. 221.

¹⁸⁶ Così anche in SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 219, nota 28. «L'espressione *Garantenstellung* risulta anacronistica, siccome essa è diventata di uso comune soltanto a seguito delle ricerche di Nagler. Il suo uso qui però è comunque innocuo, perché lo impieghiamo nell'intero lavoro come sinonimo per l'equiparabilità di agire ed omettere».

termini.

Tuttavia, la linea dello scetticismo verso la contaminazione con elementi extrapenali¹⁸⁷ – nonché extra-normativi –, motivata dalla loro estrema duttilità e vaghezza, ha subito un arresto con l'avvento dello stato totalitario. In quel contesto ordinamentale, infatti, stante la forte commistione tra valori statuali ed etici¹⁸⁸, il riferimento ad elementi extrapenali era ritenuto non solo accettabile ma anche, per certi versi, necessario¹⁸⁹. Era, pertanto, affievolito anche l'interesse verso l'esigenza di determinatezza.

Superato il totalitarismo, risultava preminente una forte esigenza di legalità formale e, quindi, la valorizzazione estrema dei crismi della giuridicità; il che ha condotto alla formulazione di una teoria di stampo formale (la *formelle Rechtspflichttheorie*), avente l'aspirazione di selezionare le fonti della garanzia¹⁹⁰ sulla base della loro veste legale.

Impostazione, questa, che ha ottenuto notevole seguito anche nel nostro ordinamento, in quanto giudicata perfettamente compatibile col dato letterale dell'art. 40 cpv. c.p. e ad esso complementare. Essa è stata pertanto recepita come teoria del "trifoglio" e si è attestata sull'enumerazione delle fonti, individuate nella legge, nel contratto e nella precedente azione pericolosa, senza un approfondimento del significato funzionale delle stesse¹⁹¹.

Eppure, si anticipa, l'avvertita insufficienza della ricostruzione 'formale' ha in un primo momento prodotto la formulazione di correttivi e,

¹⁸⁷ Cfr. FIANDACA, *op. cit.*, p. 87, «Come non è consentito assimilare semplicisticamente esigenze di protezione facenti capo alle diverse branche del sistema, per la stessa ragione non è detto che presupposti di legittimazione o requisiti di validità richiesti in un ramo dell'ordinamento, debbano operare anche fuori dal loro ambito di appartenenza».

¹⁸⁸ Cfr. GRASSO, *op. cit.*, p. 199.

¹⁸⁹ Cfr. SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, in *Gleispach Festschrift*, 1936, p. 70 ss.

¹⁹⁰ Si specifica, altresì, che tanto la dottrina italiana quanto la giurisprudenza si riferiscono costantemente all'obbligo di impedimento dell'evento e non alla situazione tipica di obbligo; cfr. GRASSO, *op. cit.*, p. 187.

¹⁹¹ In tal senso, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 597; FIANDACA, *op. cit.*, p. 23 s. e PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, p. 41.

successivamente, scoraggiato il riferimento a tale impostazione teorica. Ciò, unito alla pretesa di spiegazioni dinamiche dei modelli di garanzia, non solo ha determinato un certo declino della teoria formale, ma ha impresso un'accelerazione verso la valorizzazione degli elementi extrapenali – favorendo l'estensione dei margini di indeterminatezza della fattispecie¹⁹² – e l'elaborazione di una teoria a base funzionale, nota come *Garantenlehre*.

Da ciò è derivata la possibilità di un impiego “dinamico” dell'espressione *Garantenstellung*, intesa quale predicato funzionale d'interrelazione tra un soggetto e un bene giuridico determinato, al quale ancorare, in presenza di poteri impeditivi, l'obbligo di garanzia – in funzione di protezione o di controllo – rispetto alla produzione di eventi di danno o di pericolo. Anche questa opzione ha incontrato il favore della dottrina italiana¹⁹³, seppur congiuntamente a equivoci semantici e all'impiego non sempre convincente delle espressioni.

Tuttavia, anch'essa lascia aperti dei problemi, tra cui quello originario della selezione delle fonti¹⁹⁴; tant'è che ad essa ha fatto seguito – nella dottrina italiana – un'ulteriore formulazione “mista”¹⁹⁵ che si sforza di coniugare le due teorie, pur senza superare, a sua volta, tutte le obiezioni rivolte a ciascuna.

Nei paragrafi seguenti si illustreranno le caratteristiche salienti delle citate impostazioni teoriche, avendo cura di focalizzare l'attenzione sui punti critici di ognuna.

¹⁹² Ad avviso di GRASSO, *op. cit.*, p. 174, si tratta «di un fenomeno che non può considerarsi limitato al campo dell'omissione» essendo invece la finalità di aumentare la discrezionalità nelle incriminazioni una prerogativa degli ordinamenti totalitari.

¹⁹³ Cfr. SGUBBI, *op. cit.*, p. 118 ss.; FIANDACA, *op. cit.*, p. 21 ss. e 83 ss.; GRASSO, *op. cit.*, p. 192 ss.

¹⁹⁴ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, *cit.*, p. 220, «la domanda è se la posizione di garanzia presupponga in assoluto obbligo giuridico extrapenale oppure se un'equivalenza dell'omissione all'azione, venga in considerazione anche laddove qualebase extragiuridica vi sono solo norme etico-sociali». Su posizioni simili, HERZBERG, *op. cit.*, p. 206 ss.

¹⁹⁵ GRASSO, *op. cit.*, p. 242 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, *cit.*, p. 167; ROMANO, *Commentario*, *cit.*, p. 339. Per le differenze nella dottrina tedesca, *amplius infra* § 5.3.

2. RICOSTRUZIONI DI STAMPO FORMALE: LA FORMELLE RECHTSPFLICHTTHEORIE

La ricerca di una mediazione efficace nel conflitto tra due interessi – quello della libertà di autodeterminazione, da un lato, e quello della tutela di determinati beni giuridici, dall'altro¹⁹⁶ – ha prodotto diversi esiti teorici.

Il primo, improntato a una visione 'statica' del problema *de quo* e volto all'espunzione dei doveri morali dal novero delle fonti¹⁹⁷, ha ritenuto di rinvenire un meccanismo di compensazione nella maggiore affidabilità della fonte dell'obbligo.

Così, l'affermazione del connotato della giuridicità, unita al bisogno di contenere il rischio di incriminazioni dalle maglie troppo ampie¹⁹⁸, ha determinato la formulazione (e l'adesione¹⁹⁹) alla *formelle Rechtspflichttheorie*, il cui postulato di partenza si può riassumere nell'idea che, per aversi una fonte definibile come tale, essa debba possedere una veste formale idonea a qualificarla come riconoscibile, legittima, e pertanto accettabile. Tale teoria, dunque, riteneva di risolvere il problema della responsabilità per omissione impropria rifacendosi esclusivamente a ipotesi di contrasto con obblighi positivamente accertabili²⁰⁰.

Che questo assunto di partenza non sia soddisfacente rispetto a un'idea sostanziale di legalità è auto-evidente e basterebbe, a tal scopo, indicare come l'impiego della legalità formale non abbia affatto impedito gli scempi compiuti

¹⁹⁶ Cfr. SGUBBI, *op. cit.*, p. 55 ss.; GRASSO, *op. cit.*, p. 231; FIANDACA, *op. cit.*, p. 85 ss.

¹⁹⁷ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 596; MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 158, nota 37, ove si fa presente come oggi il medico convenzionato, ad esempio, non risponda più di omicidio per non essere accorso alla chiamata dell'ammalato, successivamente deceduto; ID., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 999.

¹⁹⁸ Così, SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege, cit.*, p. 34 s. e 38.

¹⁹⁹ In Italia, più che parlare di una trasposizione della *formelle Rechtspflichttheorie*, stante il diverso punto di partenza quanto alla qualificazione dell'obbligo giuridico (cfr. ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik, cit.*, pp. 251 – 271; V. Capitolo I, §4 ss.), è preferibile constatare che la teoria formale italiana "riecheggia" quella tedesca, aderendo ad essa parzialmente; cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 597.

²⁰⁰ Così, RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, p. 27 ss.

nei regimi totalitari²⁰¹. Tuttavia, oltre a quello che potrebbe tacciarsi come pregiudizio ideologico, le resistenze poste a questa teoria affondano le proprie basi su argomenti dommatici e sistematici²⁰², come si avrà modo di precisare.

Si anticipa, tuttavia, che la principale critica è stata rivolta contro l'eccessivo formalismo di quella impostazione teorica, non reputata, dunque, idonea ad esplicitare correttamente la fenomenologia dell'omissione. Del resto, così come per la condotta commissiva il fatto che si diriga contro un diritto soggettivo non implica di per sé che essa costituisca reato, è altrettanto vero che non è detto che non adempiere a un obbligo implichi la realizzazione dell'omissione penalmente rilevante²⁰³. Com'è stato sostenuto²⁰⁴, infatti, la formalità dell'obbligo «non è assolutamente in grado di soddisfare l'esigenza primaria che si impone a proposito dell'individuazione dell'omissione nella fattispecie di commissione mediante omissione: esigenza che si sostanzia nella necessità che sempre sia utilizzabile un criterio adatto ad individuare tale fatto omissivo in tutti e solo quei casi in cui v'è una effettiva corrispondenza di disvalore penale fra omissione ed azione positiva, ossia un criterio adatto ad esprimere l'essenza di un effettivo collegamento fra omissione ed evento naturalistico (tipizzato nella norma incriminatrice base)».

La finalità perseguita dalla teoria formale dell'obbligo, tuttavia, è meritoriamente selettiva, in quanto volta all'individuazione di specifici

²⁰¹ In tal senso, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 25; cfr. *infra* Capitolo I, sub nota 73; conf. FIANDACA, *op. cit.*, p. 9, il quale fa notare che «sia stata calcolata o meno la rinuncia ad un impegno rigoroso nel determinare l'area di operatività della fattispecie omissiva impropria, non v'è dubbio che tale manchevolezza ha contribuito a che, tramite lo strumento della responsabilità per mancato impedimento dell'evento, si finisse, più tardi, col tutelare interessi, non soltanto legati al momento contingente, ma persino connessi — in modo esplicito o latente — a concezioni illiberali e autoritarie».

²⁰² Ci si riferisce a quelle opposte nella dottrina italiana (cfr. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 118 ss.; FIANDACA, *op. cit.*, pp. 21 ss.; GRASSO, *op. cit.*, pp. 192 ss.) e in quella tedesca, al netto delle critiche funzionali al consolidamento degli ideali totalitari.

²⁰³ Così, SGUBBI, *op. ult. cit.*, p. 32. sottolineando, dunque, la necessità di una valutazione in chiave di disvalore complessivo, tale da soppiantare una regola “meccanica” dell'equivalenza causale (e ontologica) tra azione ed omissione.

²⁰⁴ SGUBBI, *op. ult. cit.*, p. 128.

fondamenti giuridici su cui fondare la punibilità dell'illecito omissivo²⁰⁵. Per restringere il novero degli obblighi impeditivi, dunque, si eliminava dal novero delle fonti tutto ciò che non possedesse determinati crismi formali.

Era pertanto evidente che si potesse senz'altro rintracciare nella legge e negli atti a essa equiparati una fonte legittima per l'obbligo giuridico. Ci si chiedeva, tuttavia, se nel novero delle leggi potesse rientrare anche quella penale e, al contempo, si criticava l'eccessiva ampiezza, alla luce dei parametri costituzionali, del riferimento alle fonti legislative²⁰⁶.

Nondimeno, stante l'importanza degli obblighi assunti dai consociati, a maggior ragione se presidiati da solennità procedimentali, si riteneva che anche il contratto, quale assunzione volontaria di obblighi giuridicamente coercibili²⁰⁷, potesse essere riconosciuto come fonte, quantomeno per non rendere la teoria formale dell'obbligo giuridico eccessivamente restrittiva²⁰⁸.

Se però queste due fonti, nonostante giustificate perplessità e opportune critiche, hanno incontrato aperto favore, non altrettanto può dirsi quanto alla formulazione (e al recepimento) della "teoria dell'ingerenza" (*Ingerenztheorie*), che ha prodotto il discutibile ingresso della "precedente azione pericolosa"²⁰⁹ nel novero delle fonti, manifestando un'apertura verso fonti sostanzialistiche²¹⁰. Infine, per gli stessi motivi, alcuni tra i fautori della *formelle Rechtspflichttheorie* aggiunsero al novero delle fonti formali anche lo "stretto rapporto di vita" (*i.e.*

²⁰⁵ Stanti le «tendenze accentuatamente centrifughe» con cui si presenta l'illecito omissivo (cfr. SGUBBI, *op. cit.*, p. 82), che occorre contrastare, secondo gran parte della dottrina (cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato, cit.*, p. 81), per evitare che si giunga all'incriminazione della mera disobbedienza e alla trasformazione dell'evento in una mera condizione di punibilità.

²⁰⁶ GRASSO, *op. cit.*, p. 236.

²⁰⁷ V. § 2.2.

²⁰⁸ GRASSO, *op. loc. ult. cit.*

²⁰⁹ ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik, cit.*, p. 286, sosteneva che «con l'ingerenza si è trasformata una concezione dogmatica errata, una concezione causale, sul cui fallimento vi è oggi unanimità, mediante la trasposizione in un "obbligo giuridico", in una consuetudine»; su posizioni simili, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen, cit.*, p. 313 ss.; GRASSO, *op. cit.*, p. 277 ss.; FIANDACA, *op. cit.*, p. 84 ss.; SGUBBI, *op. cit.*, p. 122 ss.; LEONCINI, *op. cit.*, p. 186.

²¹⁰ *Contra* LEONCINI, *op. cit.*, p. 181 s., *sub* nota 5.

enge Lebensbeziehung)²¹¹.

Attestandosi su tale ricostruzione a base formale, soltanto i doveri che siano rivolti a categorie predeterminate di soggetti²¹², muniti previamente di poteri giuridici impeditivi²¹³, e siano precipuamente diretti all'impedimento dell'evento descritto in una fattispecie penale commissiva²¹⁴, risultano idonei a fondare una responsabilità per omissione, a patto che derivino da una di queste fonti.

Ciascuno degli elementi menzionati presenta delle criticità, pertanto pare opportuno verificare se ciascuno di essi riesca a svolgere una funzione selettiva e in che termini; inoltre, riservandoci di operare più avanti il confronto con le prassi giurisprudenziali, nei paragrafi seguenti si tenterà di leggere le singole fonti formali alla luce del loro significato odierno, evidenziando profili critici ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente avanzati, di cui si darà comunque conto.

2.1. LA LEGGE COME *BESONDER RECHTSGRUND*. CRITICA ALLA TESI DELLA GIURIDICITÀ FORMALE

Il riferimento alla legge quale elemento dotato d'intrinseca affidabilità, stanti i vincoli procedimentali di adozione e la legittimazione delegata dal popolo sovrano²¹⁵, è parso inevitabile fin dalle prime formulazioni della teoria formale. Anzi, il riferimento legislativo è stato assunto come paradigma e come

²¹¹ Gli stessi epigoni di Feuerbach, riconoscendo l'insufficienza del catalogo delle fonti attestato sulla sola legge e sul contratto, lo ampliavano includendovi il rapporto di vicinanza e la precedente azione pericolosa; cfr. SPANGENBERG, *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, Bd. 4, 1821, p. 527 ss.; HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Kriminalpolitik*, I, Berlin-Stettin, 1823, p. 249 ss. e 295 ss. Tuttavia, se ciò riusciva ad ampliare il ristretto catalogo, comunque non riusciva a sopperire al vizio strutturale della teoria, troppo incentrata sul dato squisitamente formale; cfr. SGUBBI, *op. cit.*, p. 29.

²¹² cfr. Capitolo I, § 3.4.

²¹³ Fattore determinante per distinguere l'obbligo di garanzia dalle altre forme di obbligo. V. Capitolo I, §§ 4 ss.

²¹⁴ cfr. Capitolo I, § 4.1 per il confronto con il § 13 StGB

²¹⁵ L'art. 1, co. 2 Cost. stabilisce, infatti, che «la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

primo riferimento per la verifica della ‘giuridicità’ dell’obbligo²¹⁶, espressamente richiesta dall’art. 40 cpv. c.p.; tale requisito ha formato oggetto di pregnanti discussioni quanto alla propria univocità di significato e finanche sulla propria superfluità, poiché si era sempre ritenuto, a prescindere dall’enunciazione legislativa espressa, che «la parola obbligo non può che riferirsi a dovere giuridico»²¹⁷.

Tuttavia, nonostante l’apparente monoliticità del termine “legge”, che la rende in ogni caso la più affidabile delle fonti²¹⁸, sono comunque necessarie ulteriori precisazioni, in primo luogo, in ordine alla portata del termine, ossia se esso comprenda anche atti aventi forza di legge, fonti subordinate e consuetudine; in secondo luogo, alla possibilità o meno che le norme penali si pongano come fonte di obblighi.

Quanto al primo problema, si precisa che solitamente ci si riferisce tanto alla legge in senso formale, di diritto pubblico e privato²¹⁹, che agli atti a essa equiparati, con esclusione tendenziale di fonti sublegislative esclusive²²⁰ (come regolamenti o atti amministrativi), ammissibili pacificamente solo laddove si limitino a specificare obblighi già posti dalla legge²²¹, con un meccanismo correttivo che ricorda quello adottato per le norme penali in bianco, già

²¹⁶ In tal senso, CARACCIOLI, voce *Omissione*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 897, che così afferma: «Non qualsiasi obbligo di non impedimento equivale però, a norma dell’art. 40, cpv. c.p., alla produzione dell’evento: esso deve consistere in un non fare che costituisca violazione ad un obbligo di attivarsi discendente da una norma giuridica (“obbligo giuridico”)».

²¹⁷ Così, APPIANI – Presidente della Commissione ministeriale – in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. IV, *Atti della Commissione Ministeriale incaricata di dar parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Parte II, *Verbali della seduta della Commissione*, Roma, 1929, p. 99. cfr. inoltre quanto riportato in Capitolo I, § 4.1.

²¹⁸ E, ad opinione di molti, imprescindibile; cfr. GRASSO, *op. cit.*, p. 242; LEONCINI, *op. cit.*, p. 187; PADOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 167; ROMANO, *Commentario, cit.*, p. 339.

²¹⁹ Rientrerebbero, secondo MANTOVANI, *op. cit.*, p. 162, sia, ad esempio, gli obblighi facenti capo a certi soggetti di impedire reati altrui (di diritto pubblico) che quelli gravanti sui genitori rispetto ai figli (di diritto privato).

²²⁰ Nel senso di tale esclusione, *ex multis*, GIUNTA, *op. ult. cit.*, p. 625; GRASSO, *op. cit.*, p. 251; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006, p. 266; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 251. In senso parzialmente contrario: MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, cit.*, p. 178; PADOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2006, p. 111.

²²¹ PADOVANI, *op. loc. ult. cit.*

precedentemente richiamate circa gli obblighi di agire. A tal proposito, nella prassi giurisprudenziale, è stato affermato²²² che l'impiego di fonti subordinate risulterebbe comunque giustificato dall'asserita necessità d'indicare, in modo ausiliario, più precisamente l'attività dovuta.

Tuttavia, se ciò rappresenta il contenuto minimo della teoria, non è altresì pacifico che tali assunti siano insormontabili; tant'è che, già in epoca piuttosto risalente, ci si è posti il problema della comprensione della consuetudine nel novero delle fonti²²³. L'esito è stato ondivago: tra l'esclusione, motivata da incontestabili esigenze di certezza, ed i frequenti e criticati ricorsi a tale fonte del diritto per conformare obblighi²²⁴. Il che aggrava il *vulnus* inflitto alla determinatezza.

Quanto al secondo problema, ossia alla possibilità o meno che le norme penali si pongano come fonte, va immediatamente precisato che tale interrogativo nasce dal pacifico riconoscimento delle fonti extrapenali come legittime basi fondanti gli obblighi giuridici, unitamente alla considerazione che le norme penali sono poste solitamente a monte di obblighi di attivarsi o di agire, nei reati omissivi c.d. propri.

Emergendo nella materia dei reati omissivi impropri una primazia delle fonti extrapenali su quelle penali, la *formelle Rechtspflichttheorie* ha ricevuto molteplici critiche, incentrate sull'inaccettabilità della trasformazione di qualunque obbligo extrapenale in fonte di rilevanza penale²²⁵.

Ciò si criticava in considerazione delle differenti finalità del sistema

²²² Cfr., *ex multis*, Cass. sez. IV pen., n. 38991 del 10 giugno 2010, secondo cui la garanzia del principio di legalità è soddisfatta dal richiamo tanto a norme a contenuto generale (quali, ad esempio, l'art. 2043 o 2087 c.c.), quanto al richiamo alla normazione secondaria, che spesso contiene, anzi, riferimenti più puntuali e specifici. Punto di vista comunque opinabile, in quanto tutt'altro che generalizzabile.

²²³ In senso affermativo: GRISPIGNI, *op. cit.*, p. 55; ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Scritti di diritto penale*, Milano 1955, p. 311; Critico sul punto, invece, MARINUCCI, voce *Consuetudine*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 507. Da ultimo, CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli, 2012, *passim*.

²²⁴ SPRICIGO, *Nota a Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2011, n. 8860*, in *Riv. it. medicina legale*, fasc. 6, 2011, p. 1760.

²²⁵ FIANDACA-MUSCO, *op. ult. cit.*, p. 598; GRASSO, *op. cit.*, p. 231; SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 313 s.

penale rispetto, ad esempio, a quello civile²²⁶, i cui riflessi sarebbero altresì evidenti sulle tecniche normative. Basti pensare, ad esempio, all'art. 2050 c.c., contenente la disciplina generale della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose²²⁷, che risulta potenzialmente utilizzabile su larghissima scala e, quindi, certamente non mutuabile *sic et simpliciter* nel sistema penale, presidiato dal principio di legalità.

Pertanto, in reazione a tale 'dominio' delle leggi extrapenali, si era ipotizzata la possibilità che la legge penale fondasse anche gli obblighi di garanzia, oltre a quelli di attivarsi e di agire.

Diversamente rispetto alla dottrina tedesca, che ha tendenzialmente avversato l'idea che la norma penale potesse fungere da fonte di un obbligo rilevante ai sensi del § 13 StGB²²⁸, la dottrina italiana ha preferito riconoscere come possibile che le norme penali fondino obblighi giuridici, nonostante le critiche²²⁹, giungendo talvolta a risultati discutibili²³⁰.

Il problema dell'assimilazione si pone segnatamente nelle ipotesi in cui si voglia riconoscere *tout court* alla norma penale incriminatrice e, più precisamente, alla norma che prevede un reato omissivo proprio, la facoltà di porre anche l'obbligo di impedire l'evento rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.* in modo

²²⁶ Per tale aspetto differenziale – quanto alla prevalenza di logiche riparatorie nel diritto civile – , sebbene oggi non più pacifico, cfr. ZENO-ZENCOVICH – ALPA, voce *Responsabilità civile da reato*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1275 s.; BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2010, p. 4332; ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 3 ss.

²²⁷ La norma così recita: «Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno», e viene impiegata, per tradizionale impostazione interpretativa, a fronte dell'assenza di una disciplina specifica per la responsabilità civile.

²²⁸ Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., p. 470.

²²⁹ Cfr. SGUBBI, *op. cit.*, p. 209, a parere del quale ciò sarebbe avvenuto mediante una posizione espressa «in modo acritico e sviluppandola esclusivamente sul piano tecnico». Conf., FIANDACA, *op. cit.*, p. 86, per il quale la dottrina italiana «è solita ripetere, per vero in modo traluzio e senza i dovuti approfondimenti, che la fattispecie omissiva impropria presuppone la violazione di un dovere di agire valido dal profilo giuridico-formale». Decisamente contraria all'impostazione *de qua*, LEONCINI, *op. cit.*, p. 215.

²³⁰ Cfr. *supra*, § 1 sul problema dell'omicidio doloso a seguito di omissione di soccorso.

originario: ossia, in assenza di una previa individuazione del soggetto destinatario.

Infatti, nel diverso caso in cui la designazione preventiva vi sia, siccome la legge penale si limiterebbe a specificare il contenuto di doverosità già implicito nella posizione ricoperta dal soggetto²³¹, non si porrebbe alcun problema. A nostro avviso, quest'ultimo caso può essere ravvicinato a quello dell'integrazione mediante elementi normativi della fattispecie nella materia dell'errore *ex art. 47 comma 3 c.p.* Se, infatti, come in questo caso si riconosce che la norma possa essere anche penale, purché diversa da quella incriminatrice²³², potrebbe giungersi a una soluzione accettabile. Pertanto, il dubbio sull'ammissibilità o meno delle norme penali quali fonti di obbligo di garanzia potrebbe esser risolto ricorrendo ad una soluzione intermedia consistente nell'espungere dall'ambito delle possibilità quella del rinvenimento contestuale di fonte e di obbligo nella stessa norma penale incriminatrice (commissiva).

Ulteriori proposte per risolvere la questione hanno, infine, rintracciato una possibile soluzione nella necessaria predeterminazione dell'obbligo di garanzia²³³, proponendo dunque una ricostruzione che ricorda nuovamente quella adottata – al fine di garantire il rispetto del principio di legalità – nella materia delle norme penali in bianco²³⁴. Tuttavia, secondo una parte della dottrina²³⁵, sarebbe impossibile che da una norma che incrimini la «causazione» naturalistica di un certo evento possa desumersi un obbligo di attivarsi (o una posizione di garanzia) per l'impedimento dello stesso.

Secondo tale orientamento²³⁶, affinché una fattispecie omissiva propria possa fungere da elemento normativo utile a fondare un'incriminazione di

²³¹ cfr. SGUBBI, *op. cit.*, p. 208.

²³² V. ad es. FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale, cit.*, p. 274 s.

²³³ Similmente ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik, cit.*, p. 276.

²³⁴ V. *retro infra* §2

²³⁵ SGUBBI, *op. cit.*, p. 215 ss.

²³⁶ SGUBBI, *op. cit.*, p. 226

commissione mediante omissione, pare necessario che essa contenga una prospettiva concreta di lesività; diversamente opinando, infatti, si giungerebbe all'impiego costruttivo del pericolo presunto e, quindi, a una totale svalutazione dell'evento.

Perciò, «quando alla fattispecie di omissione propria interessa soltanto la formale obbedienza al comando prescritto [...] non sussistono le condizioni necessarie alla configurazione di una fattispecie omissiva impropria»²³⁷.

Solo se interpretati in termini di reati di pericolo concreto, i reati omissivi propri potrebbero fondare posizioni di garanzia rilevanti *ex art. 40 cpv. c.p.*

La concezione di cui si discute dà luogo a perplessità che si possono così delineare. In primo luogo, non convince che l'impiego della categoria del pericolo concreto, impiegata allo scopo dommatico restringere le possibilità di adozione della fonte penale quale base per allargare il *Tatbestand*, sia affidato all'ermeneutica giudiziale²³⁸.

Inoltre, anche volendo superare queste perplessità, resterebbe all'interprete l'insormontabile difficoltà – sul piano oggettivo – nel valutare fattispecie poste a presidio di beni giuridici incerti, rispetto ai quali ancorare in maniera altrettanto incerta il giudizio sul pericolo e – sul piano soggettivo – quella di dover risolvere il problema della corretta individuazione dell'oggetto del dolo, i cui contorni non possono che risultare sempre più sfumati.

Riassumendo, sembra che dalle critiche a tale soluzione interpretativa possa desumersi, seppur indirettamente, l'inesaustività della costruzione formale; infine, da quanto sinora esposto sembra potersi inferire la sussistenza di un'insuperabile insufficienza dell'art. 40 cpv. c.p., perché si appalesa

²³⁷ SGUBBI, *op. cit.*, p. 220.

²³⁸ Secondo LEONCINI, *op. cit.*, p. 215, l'impostazione di Sgubbi sarebbe inoltre inadeguata perché manchevole del riferimento a un'altra norma etrapenale da cui desumere la disciplina relativa ai necessari poteri impeditivi dell'obbligato. Analoga obiezione è svolta a fronte della prospettazione di un trattamento differenziato, a seconda che la norma incriminatrice (di omissione propria) sia rivolta alla generalità dei consociati o a categorie predeterminate di soggetti.

l'esigenza di correre ai ripari rispetto all'estrema duttilità dello strumento ampliativo, perfino a fronte dell'elemento formale presidiato dalle più ampie garanzie costituzionali: la legge penale.

2.2. IL FONDAMENTO CONTRATTUALE E LA VOLONTARIA ASSUNZIONE DI OBBLIGHI GIURIDICI

Al netto delle preoccupazioni che possono derivare – anche in questo caso – dalla dipendenza dell'ambito della punibilità di valutazioni operate in altre branche dell'ordinamento, la scelta del fondamento contrattuale non desta grosse perplessità, poiché si qualifica come necessario sviluppo della concordata presa in carico dell'assolvimento di determinati compiti, che si presumono conosciuti dai contraenti-stipulanti.

Tuttavia, può preoccupare l'estensione dell'obbligo di garanzia così costituito, giacché, se nel diritto civile esistono strumenti e rimedi volti al riequilibrio delle posizioni contrattuali e alla formazione libera del consenso²³⁹, non sembra peregrino immaginare che, per costituire validamente fonte di obblighi aventi rilevanza penale, il contratto debba essere preso in considerazione tenendo fede ai principi che presidiano il sistema penale e, quindi, vincolando soltanto a ciò che possa indursi dal regolamento contrattuale come riflesso di una situazione fattuale sottostante²⁴⁰. Il problema, semmai, è quello di comprendere l'estensione di questa induzione interpretativa²⁴¹. Altresì, è necessario preoccuparsi del ruolo svolto dall'evento, in assenza della verificabilità del quale non avrebbe alcun senso preoccuparsi dei riflessi penalistici di comportamenti successivi alla stipulazione del contratto, costituendo eventuali omissioni – *lato sensu* intese – al più ipotesi

²³⁹ Ci si riferisce segnatamente alla disciplina codicistica dei vizi del consenso (artt. 1427 ss. c.c.) e delle ipotesi di scioglimento del vincolo contrattuale (artt. 1453 e 1457 c.c.), nonché a quella speciale riguardante particolari ipotesi di squilibrio delle posizioni contrattuali (es., codice del consumo e disciplina della subfornitura).

²⁴⁰ Cfr. FIANDACA, *op. cit.*, p. 183.

²⁴¹ Conf., FIANDACA, *op. cit.*, p. 50 s.

d'inadempimento o d'invalidità²⁴².

Considerando pacifiche queste precisazioni, possono affrontarsi i seguenti profili: in primo luogo, che ruolo ricopra, nella trasposizione penalistica, il requisito della forma; successivamente, quali effetti abbiano le vicende modificative ed estintive del contratto sulla disciplina degli obblighi di garanzia; infine, se possa concepirsi un'apertura a nuove forme contrattuali e para-contrattuali, unitamente alla possibilità che da relazioni di fatto derivino obblighi impeditivi.

2.2.1. FORMA E AFFIDAMENTO

Quanto al primo punto, si ricorda che in ambito civilistico il requisito della forma svolge una funzione residuale – essendo previsto a pena di nullità soltanto in alcune ipotesi tassativamente indicate²⁴³ – e, secondo alcuni, di compensazione della “debolezza” della causa, dando vita a una standardizzazione dell'affidabilità del vincolo contrattuale realizzata mediante la predisposizione di atti negoziali attraverso canali definiti. Nondimeno, se ciò non è di per sé sufficiente né ad assicurare la stabilità del vincolo, né tantomeno a garantire l'affidamento della controparte, sembra invece che, sul versante penalistico della recezione dell'elemento normativo, quest'ultimo fattore debba acquisire maggiore rilevanza.

Com'è infatti innegabile, nella costruzione dei reati omissivi non accade che il soggetto (o l'oggetto) da garantire rientri attivamente nella fase costruttiva dell'obbligo di garanzia, restando esterno a tale genesi: così, salvo eccezioni, non accade nella formalizzazione contrattuale, in cui le attese della

²⁴² Sull'estensione degli obblighi in ipotesi di successione e trasferimento di posizioni di garanzia, *amplius infra*, Capitolo III.

²⁴³ Dispone infatti l'art. 1325 c.c. che «I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità».

controparte vengono a sommarsi a quelle ordinamentali²⁴⁴.

Tuttavia, va ricordato che questa sovrapposizione delle attese non dà luogo a una tutela penalistica d'interessi privati²⁴⁵, restando l'obiettivo principale quello di tutelare beni giuridici e di esaudire aspettative ordinamentali, purché legittimamente riposte, a fronte del ponderato rinvenimento di un disvalore tale da giustificare le incriminazioni. Diversamente, la garanzia assumerebbe un valore soltanto accessorio, riflesso e comunque non essenziale²⁴⁶.

Pertanto, l'interpretazione di tali obblighi giuridici deve conformarsi alle regole del diritto penale, ad esempio ricordando che la portata dell'obbligo contrattuale determina il contenuto dell'obbligo impeditivo, risultando, quindi, direttamente connesso anche al problema dell'oggetto del dolo. La "determinabilità" civilistica dell'oggetto del contratto²⁴⁷ deve essere corredata dalla maggiore credibilità e stabilità possibili per poter validamente assurgere a fondamento della punibilità, presidiata dal principio di tassatività oltre che da quello di determinatezza. Perciò, anche qualora ci si voglia affidare a prassi interpretative virtuose, va comunque ricordato che un contratto può qualificarsi come *besonder Rechtsgrund* unicamente in quanto sia idoneo a soddisfare le esigenze di determinatezza.

Per quanto riguarda, quindi, i contorni dell'obbligo di garanzia di fonte contrattuale, attenendosi alla formalità del criterio, può dirsi che il contratto possa operare come fonte dell'obbligo giuridico penalmente rilevante soltanto

²⁴⁴ Il contratto deve essere concluso col titolare dell'obbligo di garanzia (o con un precedente garante). Sulla rilevanza delle attese del contraente (e sulla *Vertrauenslage*), cfr. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 353. L'idea che il contratto sia fonte di obblighi in quanto implicante affidamento della controparte è posta anche alla base della negazione dell'ammissibilità di atti unilaterali per fondare obblighi di garanzia; cfr. LEONCINI, *op. cit.*, p. 296.

²⁴⁵ Che si porrebbe in un'inaccettabile antitesi con i presupposti liberali della regolamentazione dell'attività *inter privatos*. In senso conforme, LEONCINI, *op. cit.*, p. 221; GRASSO, *op. cit.*, p. 264; FIANDACA, *op. cit.*, p. 186 ss.

²⁴⁶ In tal senso, GRASSO, *op. loc. ult. cit.*

²⁴⁷ L'art. 1346 c.c. dispone che «L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile».

per le prestazioni espressamente dedotte nel contratto e per quelle che si pongano come necessari antecedenti causali o strumentali; diversamente, in un'accezione sostanzialistica del riferimento al contratto come fonte di obblighi di garanzia, i margini d'utilizzo divengono inaccettabilmente più ampi²⁴⁸.

2.2.2. EFFETTI DELLE VICENDE DEL CONTRATTO SUGLI OBBLIGHI DI GARANZIA

Guardando al contratto dal punto d'osservazione penalistico, piuttosto che distinguere tra vicende derivanti da vizi originari e sopravvenuti pare più utile verificare in che modo le invalidità interagiscano con le dinamiche della punibilità. Vale a dire che occorre segnalare se le invalidità del contratto siano tali da travolgere "a cascata" anche la conformazione degli obblighi di garanzia e se ciò determini dei vuoti di tutela. A tal fine, a rigore, è necessario distinguere a seconda che l'invalidità operi *ex tunc* o sia già di per sé tale da far permanere in vita alcuni effetti, dovendosi valutare se, nel primo caso considerato, possa comunque considerarsi sussistente l'obbligo di garanzia – per omissioni realizzatesi prima della dichiarazione del vizio – nonostante il travolgimento degli effetti del contratto.

Le risposte a quest'ordine di interrogativi sono state di due segni differenti, a seconda che puntassero a valorizzare l'aspetto formale della validità della fonte contrattuale – e ritenessero, in conseguenza, che le vicende della sua validità dovessero avere effetti ablatori sulla posizione di garanzia – o che si focalizzassero su aspetti "sostanzialistico-funzionali", dando vita a un'impostazione dalla vocazione autonomistica. Secondo i sostenitori di quest'ultima impostazione²⁴⁹, sarebbe opportuno riferirsi unicamente al *tempus commissi delicti*, per evitare di dover ricorrere alle sole logiche civilistiche. Detto

²⁴⁸ Frequente è l'esempio (cfr. SGUBBI, *op. cit.*, p. 127 e GRASSO, *op. cit.*, p. 193 s.) di un contratto di assicurazione contro incendi, contenente una clausola che obblighi l'assicurato a fare il possibile per impedire o evitare un incendio. Qualora egli non intervenga, a rigore di una costruzione strettamente formale, dovrebbe essere imputato di incendio doloso (mediante omissione).

²⁴⁹ GRASSO, *op. cit.*, 193 ss. e 271 s.; FIANDACA, *op. cit.*, p. 88 s. e 184 ss.

assunto è motivato dalla constatazione che «in altre occasioni la dottrina penalistica italiana si è imbattuta in situazioni in cui la ricezione nel diritto penale di qualifiche formali proprie di altri settori nel loro originario significato avrebbe dato luogo a soluzioni inaccettabili sul piano pratico»²⁵⁰ e che «il rilievo dovuto al carattere originario, autonomo e realistico del diritto penale ha sempre più indotto la dottrina ad affrancare la disciplina penalistica dalle formalizzazioni proprie degli altri settori dell'ordinamento giuridico»²⁵¹.

Perciò, stando a questa tesi, qualora la violazione dell'obbligo si sia concretata durante la vigenza del contratto, si dovrebbe comunque poter considerare sussistente il fatto di reato a prescindere dalle sorti della fonte contrattuale.

Tale impostazione, se da un lato pare garantire maggiore stabilità all'interazione tra invalidità e punibilità, tradisce la propria funzione di rimedio inadeguato, più che di soluzione, perché non lascia comprendere per quale motivo, a fronte di un comportamento che fosse punibile nella vigenza del contratto e al suo successivo travolgimento *ex tunc*, non si possano ragionevolmente applicare gli stessi criteri previsti per le ipotesi di *abolitio criminis*, *ex art. 2, co. 2 c.p.*; o, ancora, pur volendo adottare in sede di accertamento una soluzione incentrata unicamente sul *tempus commissi delicti*, resterebbe comunque da superare l'ostacolo della conformazione ontologica dell'obbligo di agire di natura contrattuale, sicché esso è o non è, *tertium non datur*.

Probabilmente una simile ricostruzione riflette l'aspetto segnalato nel paragrafo precedente, nella misura in cui, valorizzando l'elemento dell'affidamento del privato contraente²⁵², non può permettersi di addivenire a un travolgimento completo dell'obbligo di garanzia in forma retroattiva;

²⁵⁰ GRASSO, *op. cit.*, p. 194.

²⁵¹ FIANDACA, *op. cit.*, p. 185.

²⁵² In un senso difforme rispetto a quello civilistico di affidamento, semmai valutabile in termini di responsabilità (colposa) del contraente (*ex art. 1227 c.c.*).

tuttavia, una simile affermazione vale a corroborare l'idea che, rispetto a reati omissivi impropri la cui fonte di obbligo giuridico sia di matrice contrattuale, la valutazione in ordine al disvalore del fatto sia compiuta ponendo l'accento sulla relazione concretamente esistente tra i soggetti contraenti, prescindendo, quindi, dalla qualificazione del contratto come fonte formale dell'obbligo di agire.

Chiaramente, può discutersi se una simile lettura possa applicarsi a ogni caso di invalidità *ex tunc*, restando tale soluzione inappagante rispetto a ipotesi in cui il vincolo obbligatorio sia sorto in assenza di approvazione da parte dell'ordinamento. Si pensi, infatti, ai casi di nullità radicale per illiceità della causa o per violazione di legge, in cui riconoscere che sussistesse una posizione di garanzia rischia di porsi in antinomia rispetto alla stessa idea di giuridicità dell'obbligo.

Perciò, diversamente rispetto alle ipotesi di *abolitio criminis*, il cui presupposto è la (sopravvenuta) carenza d'interesse al perseguimento di determinate condotte, residuerebbe in tali ipotesi una traccia ineliminabile di disvalore, derivante direttamente dall'affidamento della controparte e dalla contestuale presa in carico del bene: il tutto abbandonando le premesse fortemente 'riduzioniste' della teoria formale.

Invece, sembra potersi risolvere mediante l'opzione teorica sinora descritta, incentrata sulla valorizzazione dell'elemento del *tempus commissi delicti*, l'ulteriore questione della successiva invocazione dell'invalidità del contratto, da parte del soggetto obbligato, per sottrarsi alla responsabilità penale derivante dal mancato adempimento dell'obbligo di garanzia. Il caso emblematico della *babysitter* che, nonostante abbia preso in custodia l'infante, non vi badi e, successivamente, agisca per la caducazione del vincolo contrattuale²⁵³, potrebbe in tal modo essere risolto isolando la vicenda penalistica dal contesto civilistico.

²⁵³ Cfr. LEONCINI, *op. cit.*, p. 249 ss.

Inoltre, il riconoscimento della sussistenza di un obbligo di garanzia in ogni caso di contratto nullo, a fronte di condotte compiute precedentemente alla declaratoria di nullità²⁵⁴, passa per un improprio uso di concetti sostanziali – invero vicini all’istituto altrettanto problematico della *negotiorum gestio*²⁵⁵ – e di criteri normativi che, ad avviso di alcuni²⁵⁶ rischiano di porsi in contrasto con la disciplina dell’invalidità del contratto. Infatti, come si vedrà, ammettendo la ricostruzione che ricomprende la gestione di affari tra le fonti contrattuali, sarebbe sufficiente un inizio di esecuzione per mantenere in vita le obbligazioni sorte dal contratto, a prescindere, cioè, da qualunque spazio di operatività della nullità²⁵⁷.

Pertanto sembra che nessuna delle impostazioni riesca a risolvere compiutamente il problema dell’invalidità *ex tunc*, né tantomeno risulta essere utile a tal fine il tentativo di conciliare le soluzioni attraverso una mediazione ‘giuridica’ operata per il tramite dell’istituto della *negotiorum gestio*.

2.2.3. ASSUNZIONE VOLONTARIA DI OBBLIGHI

Se quanto affermato nella sezione precedente mostra i tradizionali elementi della *formelle Rechtspflichttheorie* sotto l’angolo visuale di una formalità “menomata”, unitamente al tentativo di plasmarli e contaminarli con logiche sostanzialistiche, a maggior ragione degno d’interesse appare il profilo della conformazione di obblighi di garanzia sulla scorta di assunzioni volontarie d’impegni di matrice non strettamente contrattuale ed *ex facto*. A tal scopo deve distinguersi a seconda che queste tipologie di assunzione di obblighi giuridici

²⁵⁴ Restando comunque da valutare la diversa ipotesi di vigenza *intertemporale* dell’obbligo di garanzia derivante dal contratto, tra il momento in cui il soggetto adisca l’attività giudiziaria e quello in cui essa effettivamente stabilisca l’invalidità.

²⁵⁵ V. § succ.

²⁵⁶ LEONCINI, *op. cit.*, p. 254.

²⁵⁷ Meccanismo che, nel nostro ordinamento, è previsto solo a fronte di annullabilità, con l’istituto della convalida per esecuzione volontaria (art. 1444 comma 2 c.c.) e non rispetto alla nullità, per la quale l’art. 1423 c.c. esclude, salvo diversa disposizione di legge, l’esperimento di convalide del contratto nullo.

siano o meno codificate.

Il crescente iato tra l'idea di legalità formale e quella di ragionevolezza ha certamente contribuito ad un visibile processo di erosione della prima, tant'è che le argomentazioni svolte per sostenere la possibilità che la presa in carico volontaria di obblighi potesse qualificarsi come *besonder Rechtsgrund* affondavano le proprie radici, prima ancora che nella valorizzazione della pregnanza fattuale dei rapporti, nella comparazione tra istituti normativamente previsti.

Infatti, si è discusso in dottrina sulla possibilità che un obbligo di garanzia sorgesse dalla gestione di affari altrui, *ex art. 2028 c.c.*, riguardando tale istituto le situazioni in cui un soggetto inizi spontaneamente e utilmente²⁵⁸ a intraprendere attività per conto di altri, assumendo così la *negotiorum gestio*, senza essere a ciò obbligato giuridicamente. Com'è noto, in presenza di questi requisiti, cui vanno aggiunti l'utilità dell'inizio della gestione e l'incapacità materiale del *dominus* di provvedere da sé ai propri interessi, nasce per il gestore l'obbligo di continuazione della *gestio*.

Orbene, è stato sostenuto²⁵⁹ che queste forme d'interrelazione fondate su presupposti meramente volontaristici e sostanzialistici, sebbene non possiedano la veste contrattuale, potessero qualificarsi come fonte dell'obbligo giuridico. Tuttavia, potendo la gestione di affari riguardare tanto il compimento di atti giuridici quanto di fatti materiali, è stato opportunamente sottolineato²⁶⁰ che un'ammissione incondizionata di tale istituto nel novero delle fonti dell'obbligo potrebbe risultare oltremodo eccessiva.

Occorre, quindi, rinvenire dei criteri idonei a circoscrivere gli effetti della comprensione nel novero delle fonti della *negotiorum gestio*. Perciò, per mostrare le discrepanze di un eventuale accoglimento 'integrale' della *negotiorum gestio*

²⁵⁸ Il requisito dell'utilità della gestione è richiesto dall'art. 2031 c.c.

²⁵⁹ GRISPIGNI, *op. cit.*, p. 55; successivamente SGUBBI, *op. cit.*, p. 49; GRASSO, *op. cit.*, p. 188 e 274 s.

²⁶⁰ GRASSO, *op. cit.*, p. 275.

nel novero delle fonti formali dell'obbligo, è stato prospettato un esempio²⁶¹ che tuttavia non convince pienamente, in base al quale «chi, trovando una persona priva di sensi e bisognosa di aiuto, non interviene in nessun modo risponde solo del reato di omissione di soccorso, mentre il soccorritore che successivamente abbandona la vittima, in caso di morte di quest'ultima dovrebbe essere punito a titolo di omicidio, avendo acquisito una posizione di garanzia in virtù del suo intervento».

Il pregio dell'esempio è quello di evidenziare l'abnormità della conseguenza dell'intervento rispetto al capo d'imputazione e, quindi, la necessità di contenimento degli effetti dell'applicazione dell'art. 2028 c.c. quale fonte di obblighi di garanzia, che, nella prospettazione teorica riferita²⁶², potrebbe ottenersi mediante l'impiego del criterio dell'aumento del rischio.

Tuttavia, la ricostruzione si espone ai seguenti rilievi critici. In primo luogo, l'esempio coinvolge un reato omissivo proprio, ossia la fattispecie di cui all'art. 593 c.p., rispetto alla quale è sussistente solo un obbligo di attivarsi: pertanto difficilmente può sostenersi che l'attività di soccorso intrapresa sia qualificabile come gestione di affari altrui²⁶³, perché mentre il caso disciplinato dall'art. 593 c.p. è modulato su una necessità, l'art. 2028 c.c. presuppone, invece, l'utilità iniziale.

Semmai la valutazione in ordine alla sostenibilità della tesi proposta dovrebbe essere vagliata sulla base di un esempio comprendente un caso di commissione mediante omissione, del tipo seguente: Tizio, notando le fiamme provenienti dall'appartamento dei vicini, si reca sul posto e intraprende utilmente un'attività di spegnimento per poi interromperla. In un caso del genere, infatti, il gestore di affari altrui non potrà, ragionevolmente, vedersi imputato l'incendio né tantomeno il danneggiamento degli oggetti che siano

²⁶¹ GRASSO, *op. loc. ult. cit.*

²⁶² GRASSO, *op. loc. ult. cit.*

²⁶³ In senso parzialmente conforme, LEONCINI, *op. cit.*, p. 245 e 315 ss.

attinti dalle fiamme successivamente all'interruzione del suo intervento. In tal modo verrebbe valorizzato un ulteriore elemento: infatti, nell'esempio dell'omissione di soccorso ci s'imbatta nella prospettazione di una posizione di garanzia a fronte di una situazione di pericolo del tutto casuale in cui il soggetto si sia imbattuto e rispetto a cui, quindi, non esistano i poteri né i doveri impeditivi necessari invece per dar consistenza ad un obbligo di garanzia.

Pertanto, alla luce delle critiche esposte, sembrerebbe plausibile ritenere che a fronte della gestione di affari nascano meri doveri di attivarsi – inidonei a fondare la punibilità *ex* 40 cpv. c.p. – e non obblighi di garanzia²⁶⁴.

Da quanto detto risultano perplessità rispetto all'impiego del criterio dell'aumento del rischio. È stato criticamente osservato²⁶⁵ che l'impiego del solo criterio dell'aumento del rischio non sarebbe soddisfacente, in quanto non riguarderebbe affatto la struttura dell'obbligo *ex* art. 2028 c.c. Pur non condividendo la prospettazione riportata, però, non sembra che tale critica colga nel segno, perché, pur riconoscendo l'estraneità del criterio dell'aumento del rischio al *proprium* dell'istituto della gestione di affari, non si vede per quale motivo l'impiego di strumenti penalistici debba ritenersi precluso.

Invece, si ritiene di osservare quanto segue. In primo luogo, sembra contestabile l'ordine logico seguito nella posizione criticata, poiché essa inverte la considerazione relativa all'imputazione oggettiva con quella dei suoi presupposti (*i.e.* l'esistenza di un'azione od omissione qualificabile come giuridicamente e penalmente rilevante). Infatti, sostenere che si possa impiegare il criterio normativo dell'aumento del rischio presuppone l'affermazione della sussistenza di un'omissione giuridicamente rilevante e, quindi, l'accoglimento della gestione di affari quale pacifica fonte dell'obbligo di garanzia.

Seguendo l'impostazione riferita, sarebbe possibile accogliere la

²⁶⁴ Cfr. LEONCINI, *op. cit.*, p. 317.

²⁶⁵ LEONCINI, *op. loc. ult. cit.*

negotiorum gestio tra le fonti dell'obbligo giuridico a condizione che esso resista alla combinazione tra l'elemento *extrapenale* e criteri penalistici. Il che potrebbe convincere se i secondi fossero dotati di univocità e non affidati a soluzioni interpretative *case by case*, come convenuto da parte della dottrina italiana²⁶⁶, con l'esito di ottenere, sì, un'autonomia del diritto penale, ma un'autonomia ineludibilmente menomata dall'indeterminatezza. Del resto, se si riconosce che il paradigma solidaristico permea il ricorso a reati omissivi e anche alla clausola di cui all'art. 40 cpv. c.p., risulta quantomeno incongruente che il sistema finisca con lo scoraggiare interventi espressivi di solidarietà sociale a fronte dell'iniziale assenza di obblighi giuridici.

Il limite della stretta legalità formale impedisce di far ricorso ad altre forme di assunzione volontaria di obblighi nascenti da rapporti *ex facto*, che vengono guardati con comprensibili sospetti per la loro totale assenza di requisiti formali. Però, un varco potrebbe aprirsi in considerazione dell'attitudine dei rapporti fattuali alla soddisfazione di interessi dal rilievo assiologico ben più pregnante rispetto a quanto non avvenga solitamente con lo strumento contrattuale²⁶⁷. A titolo esemplificativo possono citarsi i doveri di mutua assistenza dedotti nella convivenza *more uxorio*, rispetto ai quali è *in fieri* il riconoscimento di una sempre maggiore dignità giuridica. Orbene, in assenza di una disciplina normativa, i criteri formali mal si prestano a spiegare un fenomeno quale quello descritto, dando luogo a perniciose antinomie.

Allo scopo di conferire anche a tali situazioni di fatto uno spazio nella disciplina delle posizioni di garanzia, però, si rivela ben più proficuo l'impiego di criteri a base funzionalista, per mezzo dei quali anche le situazioni di fatto

²⁶⁶ Cfr. LEONCINI, *op. cit.*, p. 256 e FIANDACA, *op. cit.*, p. 84 che, al fine di «evitare i rischi di una completa sudditanza della fattispecie penale alle strutture giuridiche extrapenali» ritiene che «se spetta comunque al giudice il compito di selezionare gli obblighi di attivarsi davvero rilevanti ai sensi della fattispecie di commissione mediante omissione, è giuocoforza dedurre che la valutazione penale acquista ampi spazi di autonomia».

²⁶⁷ Tendenzialmente orientato al concetto di economicità e patrimonialità della prestazione (cfr. art. 1321 c.c., che espressamente definisce il contratto come «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale»).

possono venire in considerazione – così come proposto da chi sosteneva l'introduzione delle *enge Lebensbeziehungen* nel catalogo delle fonti –, ma con l'ovvio limite di risultare fortemente indeterminate quanto ai propri confini.

Perciò, riconosciuta che sia la possibilità di qualificare come fonti anche obblighi fattuali – mediante la valorizzazione (tendenziale) degli aspetti sostanziali sottostanti alle fonti formali, unitamente alla considerazione di tali ultime situazioni *ex facto* –, può essere avanzato già più di un dubbio sull'autonomia della *formelle Rechtspflichttheorie*.

2.3. IL DISCUTIBILE RIFERIMENTO ALLA PRECEDENTE AZIONE PERICOLOSA (RINVIO)

Continuando a scardinare la legalità formale e procedendo verso un'integrale normativizzazione²⁶⁸ dell'obbligo giuridico, si è fatta largo, anche nel nostro ordinamento, la c.d. *Ingerenztheorie*, in base alla quale il generale principio del *neminem laedere* costituirebbe la premessa teorica per ritenere che la precedente azione pericolosa costituisca una fonte dell'obbligo di garanzia.

Il criterio, nonostante venga costantemente riproposto nelle formulazioni della teoria del c.d. trifoglio, è tutt'altro che pacifico e costituisce certamente l'aspetto della *Rechtspflichttheorie* più aspramente criticato e discusso²⁶⁹, in primo luogo, per l'assenza di un ancoraggio formale per questo genere di obblighi, i quali sembrano piuttosto derivanti da una necessità retrospettiva di offrire tutela a fronte della lesione di beni giuridici; inoltre perché, ad opinione dei critici, l'impiego della categoria della precedente azione pericolosa nasconderebbe in realtà un errore metodologico, perché l'obbligo di garanzia potrebbe derivare non già da un preesistente dovere, bensì unicamente da una

²⁶⁸ Per l'impiego convinto di questo costrutto logico e semantico, SGUBBI, *op. cit.*, p. 45.

²⁶⁹ GRASSO, *op. cit.*, p. 284 ss.; FIANDACA, *op. cit.*, p. 204 ss.; LEONCINI, *op. cit.*, p. 111; MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 161 ss.; GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 620 ss.

perdurante posizione di controllo²⁷⁰, e si tratterebbe, dunque, di un problema da risolversi sul piano materiale e non formale. Altresì, può sottolinearsi che porre a fondamento di un obbligo d'impedimento la precedente azione pericolosa contrasterebbe con la logica, sottesa al nostro ordinamento penale ed espressa dall'art. 56 comma 3 c.p., in base a cui impedire eventi lesivi derivanti da una propria azione rappresenta un onere e non un obbligo.

Gli aspetti che più preoccupano, però, afferiscono al piano d'intersezione tra elementi del *Tatbestand* oggettivo – quali anche la posizione di garanzia – e soggettivo, tant'è che, ricorrendo al criterio dell'*Ingerenz*, si tende a sovrapporre (secondo alcuni 'propriamente'²⁷¹) obblighi di garanzia con obblighi di diligenza, in quanto l'evento lesivo non risulterebbe esser stato causato dalla violazione dei primi, quanto piuttosto da azioni commissive e inosservanti di regole cautelari.

Orbene, stante la possibilità di configurare omissioni dolose²⁷², sembra che quest'ultimo assunto possa esser sostenuto soltanto ritenendo – a nostro avviso, a torto – di poter rintracciare regole cautelari anche nella commissione di delitti dolosi²⁷³. Anche a non voler sostenere ciò, l'impiego dell'*Ingerenz* desta perplessità in ordine all'ascrizione soggettiva, giacché, come scritto efficacemente da Armin Kaufmann²⁷⁴, l'ingerenza fa sì che ci si collochi nello spazio esistente tra «la Scilla del problema causale e la Cariddi del dolo o della colpa susseguente». Con tale affermazione, infatti, si fotografava la visibile

²⁷⁰ In tal senso, anche MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 339 s. e GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., spec. p. 625 ss.

²⁷¹ Diversamente, però, SGUBBI, *op. cit.*, p. 147 ss., che, invece, ritiene che i due obblighi si debbano necessariamente integrare. A fronte dell'asserita non tipizzabilità degli obblighi comportamentali, l'A. propone di implementare i criteri di prevedibilità ed evitabilità nella comprensione della posizione di garanzia stessa. Così, questa, verrebbe a conformarsi mediante la valutazione contestuale dell'art. 40 cpv. e dell'art. 43 co. 3 c.p.

²⁷² Sia che si tratti di dolo che dell'ipotesi – suggerita da Armin Kaufmann (*Die Dogmatik*, cit., p. 270 s.) – di 'quasi dolo' apposito per le fattispecie omissive. Quanto alla configurabilità del dolo nei reati omissivi, si rinvia ai capitoli seguenti.

²⁷³ Alla stregua della ricostruzione di MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit, p. 30 ss.

²⁷⁴ ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, cit., p. 272.

sfasatura temporale, introdotta mediante il ricorso alla ‘precedente azione pericolosa’, tra la causazione dell'evento e l'elemento soggettivo, che conduce al riconoscimento di efficacia al *dolus subsequens* e, quindi, a un' inaccettabile apertura al principio del *versari in re illicita*²⁷⁵.

L'ammissione della ‘precedente azione pericolosa’ tra le fonti della garanzia finisce con il comportare lo scardinamento della legalità, perché fondata unicamente su un principio di carattere generale, la cui compatibilità con il nostro sistema penale, risulta più che dubbia. Motivo per cui, prima della riforma del codice penale tedesco, nell'intenzione di prevedere esplicitamente questa fonte dell'obbligo di impedire l'evento, fu formulata una proposta contenente l'*Ingerenz* in maniera espressa. Così, nella formulazione espressa in sede di *Alternativ-Entwurf*, oltre a essere punibile chi non rispettasse l'obbligo giuridico o volontaristico di impedire l'evento, lo era anche chi avesse realizzato “un pericolo prossimo alla realizzazione dell'evento”. Invero, la scelta compiuta nell'*Alternativ-Entwurf*, preso atto dell'impiego costante del criterio dell'*Ingerenz* da parte della giurisprudenza, rifletteva l'esigenza di fissare dei limiti a questa soluzione, prevedendo il requisito della prossimità²⁷⁶.

3. L'ORIENTAMENTO FUNZIONALISTICO: LA GARANTENLEHRE E L'ORGANIZZAZIONE PER TIPOLOGIA DI 'POSIZIONE'

Gli aspetti sinora evidenziati consentono di comprendere il favore con cui – al netto di necessità contingenti²⁷⁷ – sia stata favorevolmente importata la teoria funzionalistica nel nostro ordinamento. Essa, nella formulazione

²⁷⁵ Su tale linea, FIANDACA, *op. cit.*, p. 214 s., che riporta un caso giudicato dal BGH tedesco avente ad oggetto la responsabilità di un fornaio che, avendo ferito volontariamente un collega, restava impassibile nell'assistere alla letale caduta di questo nell'impastatrice. In tale caso la Corte federale di giustizia, riconoscendo che l'azione lesiva precedentemente compiuta facesse sorgere in capo all'imputato un obbligo di impedire l'evento, ha condannato l'uomo per omicidio doloso. Così, anche LEONCINI, *op. cit.*, p. 118 e GARGANI, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁶ V. Capitolo I, § 4.2

²⁷⁷ V. *retro infra* § 1 circa i collegamenti tra l'impiego della teoria funzionale e le esigenze proprie del nascente stato nazista.

nagleriana²⁷⁸, permetteva di ricostruire il problema della garanzia non più su base astrattamente selettiva, bensì collegando i singoli obblighi alla sussistenza di differenti tipologie di 'posizioni'.

Così, il termine *Garantenstellung* iniziava ad essere impiegato, nella dottrina tedesca, propriamente per indicare un collegamento funzionale esistente tra determinati soggetti, previamente individuabili e dotati di poteri impeditivi, e i beni giuridici tutelati dall'ordinamento²⁷⁹. In questo senso, è stato pure affermato che «l'omissione non è che l'epilogo patologico di un rapporto giuridico necessariamente preesistente: un rapporto tra un soggetto e una o più tipologie di beni, che si inverte nella realtà e che precede l'inerzia, spiegando la ragione per cui quest'ultima è considerata offensiva»²⁸⁰.

Con questa formulazione a base funzionalista si rispondeva al percepito eccesso di rigidità delle costruzioni a base giuridico-formale, spostando l'asse dell'attenzione dalla veste della fonte alla funzione esercitata dal soggetto qualificabile come garante. Inoltre, le stesse fonti dell'interrelazione funzionale venivano considerate in modo più elastico, pur ricordando la necessità che esse fossero definite. Pertanto, per rispettare il principio di determinatezza e quello di tassatività, si era soliti rinvenire in particolari relazioni, aventi specifico peso (e riconoscimento) sociale, il fulcro della *Garantenstellung*, che così risultava come predicato normativo di situazioni meta-penali.

Invero, il termine *Garantenlehre* si riferisce a un complesso di teorie elaborate sul tema e aventi la comune base per cui le omissioni sono completamente non autonome, perché richiedono per la propria costruzione un termine di riferimento esterno. Si tratta di teorie secondo le quali è necessario

²⁷⁸ NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, 1938, p. 1 ss.; ID., *Reichsstrafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. I, 6. Aufl., Berlin, 1944, p. 62 ss.

²⁷⁹ Così, ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 283: «Oggetto degli obblighi di impedire l'evento, rilevanti per i reati omissivi impropri, è normalmente l'impedimento della lesione di beni giuridici. La posizione di garanzia consiste dunque in una posizione di protezione rispetto a un bene giuridico».

²⁸⁰ MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, n. 1-2, p. 154. Quanto alla preesistenza e all'attualità, V. Capitolo III.

individuare un obbligo comportamentale che a sua volta, determinato che sia il suo contesto, va collegato a un soggetto garante della 'integrità del valore tutelato'²⁸¹.

La dottrina tedesca, inoltre, si è lungamente preoccupata di stabilire la collocazione nella struttura del reato di tale elemento – costituito dalla posizione rivestita dal garante – e, come si è accennato²⁸², è giunta a comprenderlo tra gli elementi costitutivi di un differente *Tatbestand*, dopo aver escluso che si trattasse di un elemento da rinvenire genericamente nel fatto tipico o che fosse da considerarsi quale predicato dell'antigiuridicità, tanto in senso formale che materiale.

Mentre infatti nella ricostruzione di Nagler, per comprendere le fattispecie omissive improprie, era opportuno 'soltanto' «aggiungere a quelle commissive un elemento tacito del fatto tipico»²⁸³ e, quindi, non doveva ravvisarsi una differenza laddove si raffrontassero le due forme di causazione dello stesso evento lesivo dedotto nella fattispecie tipica²⁸⁴, nella critica svolta da Armin Kaufmann emergeva quanto segue: in primo luogo, l'A. faceva notare una contraddizione nel testo criticato, siccome Nagler in un primo momento si riferisce a un «*klarer Parallelismus*» tra fattispecie commissiva ed omissiva – presupponendo quindi uno iato tra le due – e, successivamente, ad un'integrazione del medesimo *Tatbestand* commissivo mediata dalla 'clausola di equivalenza'.

Come si è anticipato²⁸⁵, Armin Kaufmann²⁸⁶ ricorreva alla formulazione di una diversa fattispecie, considerando quale elemento caratteristico del *Tatbestand* anche la *Garantenstellung*. L'Autore, schematizzava dunque il reato

²⁸¹ Cfr. ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 262 ss.

²⁸² Cfr. *infra* § 3.3, v. *retro*, sulle critiche di Kaufmann alla *Tatbestandslösung* e alla *Rechtswidrigkeitslösung*.

²⁸³ ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, p. 251.

²⁸⁴ NAGLER, *Die Begehung durch Unterlassung, cit.*, p. 54: «jede solche Differenzierung würde zur Fehlerquelle werden müssen»

²⁸⁵ V. Capitolo I, § 3.3.

²⁸⁶ ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 252-253.

omissivo improprio stabilendo che esso fosse composto dalle caratteristiche $a+b+c$, alle quale doveva essere aggiunto un ulteriore elemento (g)²⁸⁷ e, pertanto, rintracciava la risposta alla *Gleichstellungsfrage* nella possibilità di stabilire una forma di equivalenza mediata dall'esistenza di una posizione di garanzia. Quest'ultima, ad opinione dell'Autore²⁸⁸ «non costituisce un elemento tacito della fattispecie commissiva, ma piuttosto un requisito dell'omissione [impropria]. Perciò l'omissione impropria non realizza il *Tatbestand* della fattispecie commissiva, ma un diverso *Tatbestand*, precipuo dell'omissione impropria», il quale può vedersi integrato unicamente mediante l'omissione del garante²⁸⁹.

Pertanto, il contenuto argomentativo della *Garantenlehre*, esauriti che siano gli aspetti preliminari alla formulazione teorica²⁹⁰, consiste nella distinzione materiale tra posizioni c.d. di protezione e di controllo²⁹¹, entrambe rilevanti rispetto all'intero ordinamento giuridico²⁹²: le prime riguarderebbero le situazioni in cui il garante debba provvedere alla tutela di interessi di cui il titolare non possa occuparsi da solo; le seconde, invece, ipotesi in cui il garante sia tenuto a salvaguardare i beni di coloro che vengano in contatto con una fonte di pericolo, essendo a tal fine dotato di poteri di gestione e controllo del

²⁸⁷ V. Capitolo I, § 3.3

²⁸⁸ ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik, cit.*, p. 255.

²⁸⁹ ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik, cit.*, p. 284, «Non ogni inadempimento di un qualsivoglia obbligo integra il *Tatbestand* della fattispecie omissiva impropria, ma soltanto quello perpetrato da parte di un garante».

²⁹⁰ Rinviando a quanto già esposto, circa l'inclusione di questi reati tra quelli propri (*Sonderdelikte*) in Capitolo I, § 3.3., e circa la necessaria sussistenza di poteri impeditivi per qualificare un soggetto come garante (e un obbligo come di garanzia), V. Capitolo I, § 4.1; in relazione alla rilevanza specifica delle attese ordinamentali in ordine all'assolvimento della funzione di garanzia e alla speculare dequotazione delle attese private, v. in questo Capitolo § 2 ss.

²⁹¹ Cfr. ARM. KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 283 ss.; nella dottrina italiana v. FIANDACA, *op. cit.*, p. 171 ss. e SGUBBI, *op. cit.*, p. 234 ss. Parzialmente difforme è invece la lettura di GRASSO, *op. cit.*, p. 327 ss., che articola l'impostazione in una tripartizione, includendo anche l'impedimento della commissione di reati da parte dei terzi. Così anche BISORI, *L'omesso impedimento dell'evento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 1363 ss.; fortemente critica, a tal riguardo, LEONCINI, *op. cit.*, p. 151 ss.

²⁹² Così, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 597.

rischio.

Tra le prime può citarsi, come da tradizione, la posizione ricoperta dai genitori rispetto al bene giuridico costituito da vita e incolumità individuale del figlio minore; tra le seconde, quella rivestita dall'imprenditore rispetto all'incolumità di chi lavora nella sua azienda²⁹³.

Su tale base teorica, pressoché unanimemente accolta, s'innestano tuttavia varie critiche alla *Garantenlehre*, tra cui va certamente menzionata, da un lato, l'asserita incapacità della teoria funzionale di circoscrivere le fonti dell'obbligo di garanzia, nonché, dall'altro, la sua inidoneità a distinguere adeguatamente i due tipi di posizione. I confini tra esse, nella prassi, si manifestano infatti in maniera tutt'altro che chiara. Tant'è che non è mancato chi, anche nella dottrina tedesca, ha sottolineato come la teoria funzionale tenda a produrre un florilegio di criteri di delimitazione sempre diversi, che vanno dalla sopravvalutazione delle relazioni sociali di volta in volta individuate all'assunzione di moduli d'imperatività influenzati dal modello dell'ingerenza e, quindi, collegati ad azioni precedenti²⁹⁴.

Si potrebbe, dunque, affermare che l'impiego della teoria funzionale, invece di razionalizzare l'intervento punitivo, permetta alla corposità dell'evento lesivo d'influenzare indebitamente e retrospettivamente la valutazione della condotta omessa²⁹⁵, mediante ragionamenti induttivi ad esito 'aperto', che perdono di vista la distinzione strutturale tra le diverse tipologie di posizione di garanzia. Il tutto con effetti disastrosi sulla prevenzione generale positiva – intesa quale orientamento dei consociati – e riflessi grotteschi su

²⁹³ Seppur dovendosi necessariamente confrontare con aspetti di delega di funzioni e di gestione del rischio all'interno di attività complesse, per cui si rinvia al Capitolo III.

²⁹⁴ Cfr. HERZBERG, *op. loc. ult. cit.* e ARM. KAUFMANN, *op. loc. ult. cit.*, e SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 221 ss.

²⁹⁵ Rischio da scongiurare per elementari esigenze di razionalità del sistema. Conf. PULITANÒ, in DODARO (a cura di), *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica al confronto*, Milano, 2011, p. 18; in senso conforme, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 600

quella speciale²⁹⁶.

Tuttavia, i sostenitori della teoria funzionale hanno avuto il merito di ricercare dei parametri (oggettivi) di valutazione del comportamento doveroso, agganciandola alla funzione da svolgere, diversamente da quanti preferiscono rapportare la doverosità ai medesimi criteri che informano la colpa, come il ricorso alla figura del paradigmatico 'agente modello'²⁹⁷.

Quanto ai profili concernenti l'interazione delle fonti formali con gli obblighi materiali, si rinvia ai paragrafi immediatamente precedenti, aventi ad oggetto anche implicazioni funzionalistiche; diversamente, per quanto riguarda le implicazioni più problematiche sul piano ricostruttivo, relative alla delegabilità della posizione di garanzia e alle applicazioni giurisprudenziali, si rinvia al capitolo successivo.

Un altro aspetto coinvolto dalla *Garantenlehre* è costituito dalla possibilità teorica di inserire, nel novero delle posizioni, anche quella dell'impedimento di reati da parte di terzi²⁹⁸, per le cui pregnanti implicazioni con la tematica della partecipazione all'attività delittuosa, si rinvia ai capitoli seguenti.

4. LA C.D. TEORIA MISTA: TRA FINALITÀ INTEGRATIVA E MODALITÀ ALTERNATIVA

Come si è avuto modo di mostrare, la *Garantenlehre* unisce al vantaggio della propria duttilità, lo svantaggio della già denunciata carenza selettiva. In

²⁹⁶ Per la realizzazione della quale, vale sempre bene tenere a mente, come sottolineato da MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p. 168 s., che «il requisito della riconoscibilità, nella complessità della sua struttura formale e sostanziale, amplia indubbiamente il campo delle garanzie». L'A. ricorda, inoltre, come la Corte Costituzionale, nella celebre sentenza n. 364/1988, abbia ritenuto il requisito della riconoscibilità «indispensabile... per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili»; inoltre, quanto alla necessità che il *Tatbestand* sia costruito rispettando le esigenze di determinatezza/tassatività, ID., *La promessa non mantenuta, cit.*, pp. 67 ss.

²⁹⁷ V. Capitolo III

²⁹⁸ Che potrebbe costituire un *tertium genus* di posizione di garanzia, secondo GRASSO, *op. loc. ult. cit.*, e BISORI, *L'omesso impedimento, cit.*, p. 1363 ss.; *Contra*: LEONCINI, *op. cit.*, p. 151 ss.

particolare, l'inevitabile constatazione di *deficit* di determinatezza sempre più pronunciati, già a seguito dell'inclusione di riferimenti a concetti "elastici"²⁹⁹, ha condotto alternativamente ad indirizzare le proprie istanze critiche direttamente al legislatore – come nel caso di chi, nella dottrina tedesca, ha avanzato proposte di revisione o comunque di limitazione della responsabilità per omissione³⁰⁰ – oppure a sforzarsi di modulare differenti impostazioni interpretative che fossero in grado di fondere i pregi delle riferite letture teoriche³⁰¹.

Per questo motivo, parte della dottrina italiana, invero più sull'onda della necessità di spiegare il problema che di risolverlo, ricostruisce la materia delle fonti dell'obbligo di garanzia in maniera 'eclettica', convenzionalmente denominata come "teoria mista".

Questa teoria è caratterizzata da un'oscillazione tra il riconoscimento dell'imprescindibilità della giuridicità formale e la valorizzazione degli aspetti funzionali della garanzia, la quale, infatti, «non si limita a individuare i soggetti obbligati, ma indica anche i beni giuridici cui essa si riferisce e le circostanze di fatto in cui essa deve operare»³⁰². Questa consapevolezza, unita all'idea che le denunciate criticità dell'impostazione formalistica abbiano avuto, se non altro, «il merito di dimostrare la necessità di un'analisi funzionale dei singoli rapporti

²⁹⁹ cfr. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, cit., p. 625, che espressamente sostiene: «per i reati omissivi, come per quelli commissivi, la garanzia della legalità formale rimane un valore prioritario, alla quale deve sottostare l'istanza di tutela dei beni giuridici»; conf. GRASSO, *op. cit.*, p. 240; MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi*, cit., p. 339; PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 50.

³⁰⁰ Ci si riferisce segnatamente alle proposte formulate da ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit., p. 18 ss., SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, cit., p. 217 ss. e HERZBERG, *op. cit.*, p. 362, nonché a quanto proposto in sede di *Alternativ-Entwurf* e da Grünwald nella *große Strafrechtskommission*. V. Capitolo I, § 4.2.

³⁰¹ GRASSO, *op. cit.*, p. 198 s. e pp. 242 ss., in virtù del mutamento del contesto culturale, sconsiglia l'abbandono dei criteri formali; conf. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 167; ROMANO, *Commentario*, cit., p. 339. Parzialmente conf., SGUBBI, *op. cit.*, p. 199 ss.; BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4329; CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza deleghe nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 722; PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 39 ss.

³⁰² GRASSO, *op. cit.*, p. 135.

di garanzia»³⁰³, ha condotto i sostenitori della c.d. 'teoria mista' a guardare con profondo scetticismo all'abbandono *tout court* delle categorie formali.

Tuttavia, nella 'teoria mista' si rinviene uno iato tra la finalità perseguita – consistente nella sintesi degli assunti formalistici e funzionalistici – e ciò che con essa concretamente si realizza: ossia, un modello di tendenziale alternatività dei criteri, a seconda delle esigenze dettate dalla prassi.

Pertanto, non essendo in grado di integrare i criteri fornendo modelli generali di soluzione, l'approccio "misto" si mostra piuttosto come metodo classificatorio e di recezione interpretativa.

Già commentando la progressiva penetrazione di elementi meramente fattuali nel novero delle fonti, Schönemann sosteneva: «È stato aperto un ben più pericoloso spiraglio mediante il quale il delitto di omissione impropria è diventato una preda delle incontrollabili valutazioni soggettive del giudice competente e la punibilità dell'omissione una questione di etica individuale»³⁰⁴. Nonostante i tentativi compiuti, anche dalla dottrina italiana, di arginare tale deriva, è innegabile come non si possa guardare con la speranza di una soluzione neanche la c.d. teoria mista.

Con ciò non s'intende affatto svilire il pregio dell'intuizione della necessità di integrare i criteri, sebbene essi siano stati elaborati per rispondere a esigenze sostanzialmente differenti e non si sia mai escluso che potessero funzionare sincronicamente³⁰⁵, ma, piuttosto, si vuole evidenziare come nella materia degli obblighi di garanzia sia presente una forte tendenza centrifuga, tale da inibire le (pur opportune) riconduzioni *ad unitatem*. Tant'è che, come pure è stato sostenuto³⁰⁶, «contro tale degenerativa tendenza la teorica delle posizioni di garanzia non è servita a granché, forse proprio perché non si sono analizzati a

³⁰³ GRASSO, *op. cit.*, p. 198.

³⁰⁴ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen, cit.*, p. 221.

³⁰⁵ Nonostante ciò assuma vesti differenti nell'ordinamento italiano e tedesco, nel quale si tende più a sottolineare l'insufficienza di entrambi i criteri che la possibilità che essi, se combinati, forniscano adeguate risposte. In tal senso, cfr. LEONCINI, *op. cit.*, p. 190, nota 14.

³⁰⁶ CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato, cit.*, p. 73.

fondo i rapporti con la causalità e con gli ulteriori criteri di imputazione oggettiva dell'evento, primo tra tutti il principio/criterio dell'autoresponsabilità».

Nei capitoli successivi si cercherà di rispondere al quesito se questa tendenza sia altrimenti evitabile, tenendo dapprima in specifico conto l'impatto della garanzia nell'ambito di strutture plurisoggettive, multilivello e complesse e, successivamente, confrontandosi con le prassi e con i problemi dommatici che esse omettono di affrontare.

PARTE II
DALLA POSIZIONE DI GARANZIA ALLA POSIZIONE *TOUT COURT*
PARABOLA DISCENDENTE DI UN DOGMA

La *ratio* solidarista³⁰⁷ sottesa alla strutturazione di obblighi d'impedimento degli eventi lesivi ha influenzato, insieme alla percezione di una tendenziale espansione dei rischi³⁰⁸ per i beni giuridici, la riflessione sul tema degli obblighi impeditivi, giungendo a produrre una sovrapposizione tra il concetto di posizione di garanzia e quello di reato di posizione. Ciò si verifica segnatamente in alcuni contesti qualificati come "sfuggenti", in quanto si distinguono per l'estrema complessità delle loro regole di funzionamento; in essi, infatti, vi è un'incertezza dei contorni tale da determinare, per tutelare i beni giuridici, una proliferazione delle incriminazioni omissive e, più in generale, dei reati c.d. formali, specie in sede extracodicistica³⁰⁹.

La logica dell'espansione dell'area del penalmente rilevante risulta altresì avallata dalla valorizzazione del ruolo dell'evento³¹⁰, la cui influenza 'retrospettiva' ha dato nuovo vigore alla teoria dell'ingerenza: vale a dire che, a fronte di un crescente *horror vacui* rispetto a possibili carenze di tutela, i

³⁰⁷ cfr. CADOPPI, *Il reato omissivo*, cit., pp. 359 ss., il quale parlava significativamente di «fattori di moltiplicazione»; SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 7 ss.; ID., *Diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193 ss. Riferisce dell'impiego dello strumento dell'obbligo come mezzo propulsivo per l'educazione sociale, tale da rappresentare il livello minimo di solidarietà su cui modellare anche le fattispecie attive, GARGANI, *Ubi culpa ibi omissio*, cit., p. 583.

³⁰⁸ Ci si riferisce all'ampliamento delle aree di rischio derivante dai progressi tecnologici e sociali, forieri di rappresentare incognite nella strutturazione di ragionamenti volti a determinare i confini dell'imputazione oggettiva e soggettiva di attività; cfr. ALESSANDRI, voce *Impresa (Responsabilità penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, p. 196.

³⁰⁹ cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, *passim*; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità*, cit., p. 246.

³¹⁰ Ci si riferisce alla tendenziale applicabilità dello schema dei reati omissivi c.d. impropri ai reati (causalmente orientati) con evento naturalistico. Così, ROMANO, *Commentario*, cit., p. 381. V. Capitolo I, § 3.

contorni delle fonti dell'obbligo giuridico risultano scolorati.

Le prassi interpretative sembrano oscillare tra due estremi: da un lato, quello "garantista", volto alla restrizione delle ipotesi di reati omissivi impropri e all'evitamento di dilatazioni contrastanti con il principio di determinatezza; dall'altro, quello dell'affermazione titanica del principio di solidarietà e quello della tutela dei beni giuridici, anche a costo di sacrifici in termini di coerenza del sistema, tanto dal punto di vista dogmatico che politico-criminale³¹¹.

Tali premesse e, segnatamente, la compromissione del concetto di garanzia con quello di 'posizione' *tout court* agiscono a scapito della vigenza dei principi costituzionali in materia penale e, segnatamente, quello di personalità della responsabilità, perfino nel contenuto minimo del divieto di responsabilità per fatto altrui.

Perciò, nonostante la tendenza ad assicurare protezione per i beni giuridici possa essere qualificata come meritoria, specialmente se preordinata alla tutela di quelli dotati di maggiore rilevanza assiologica³¹², può tuttavia dubitarsi che lo strumento più idoneo al perseguimento di un tale pur pregevole fine debba passare proprio per il travolgimento degli argini che ci si è sforzati di rintracciare nell'art. 40 cpv. c.p.; a tal proposito, può discutersi se esistano soluzioni differenti ed egualmente meritorie, per vagliare le quali è opportuno analizzare quelle sinora proposte, così da giungere, infine, a una valutazione complessiva dell'opzione legislativa *de qua* che tenga conto della sua lettura strumentale al rafforzamento delle responsabilità di posizione.

Affrontare le tematiche tratteggiate, però, richiede un ulteriore passaggio, giacché, rispetto a quanto sinora esposto in termini "statici", la sistematica delle posizioni di garanzia va senz'altro confrontata con una duplice impressione di

³¹¹ cfr. STELLA F., *La costruzione giuridica*, cit., p. 66, che si riferisce a uno «scempio dei sommi principi».

³¹² Su cui si può precisare che è tutt'altro che pacifico che l'art. 40 co. 2 c.p. sia lo strumento più idoneo per permettere tale scrematura di pregnanza di valore. Si rimanda, anzi, alle riflessioni svolte da GIUNTA, *La posizione di garanzia*, cit., p. 629, e alla loro critica nel presente lavoro, V. *infra* Capitolo I, §4.2.

dinamismo: in primo luogo, con il ventaglio di possibilità offerto – già sul piano teorico – dal funzionamento delle teorie sopra ricostruite a fronte dell'avvicendamento o della pluralità di soggetti garanti, specie nelle c.d. organizzazioni complesse, nonché degli effetti dello scorrere del tempo sull'impianto della *Garantenstellung*; in secondo luogo, sarà sviluppato il tema del pluralismo intersoggettivo – mediato da una riflessione sull'elemento psicologico e sulle compromissioni dei meccanismi d'imputazione soggettiva e oggettiva – a sua volta in comparazione attenta con le prassi applicative.

Si chiarisce che, per entrambi i percorsi, ad una ricognizione utilitaristico-induttiva impostata sul ricavo dei criteri logici da quelli pragmatici – che non si sente di condividere – si prediligerà un'impostazione metodologica improntata sul confronto tra opzioni teorico-razionali e applicazioni pratiche, sforzandosi di mostrare le divergenze tra queste intercorrenti e di rinvenire, ove possibile, ricostruzioni alternative.

CAPITOLO III
DELEGA DI FUNZIONI E GARANTENSTELLUNG
L'ESEMPIO DELLA DISCIPLINA DELLA SICUREZZA NEI LUOGHI DI
LAVORO

1. Vicende della posizione di garanzia 2. Successione nella posizione di garanzia e trasferimento di obblighi. 2.1. Meccanismi originanti la successione o il trasferimento delle posizioni di garanzia 2.2. Presa in carico e affidamento 3. Presupposti e struttura della c.d. successione in attività inosservanti: al confine con la responsabilità per fatto altrui 3.1. Cenni alle forme di 'signoria sul fatto' 3.2. Adempimento dell'obbligo per il tramite della successione nella posizione di garanzia 3.3. Contesto illecito e successione in 'attività inosservanti' 3.3.1. Delimitazione del concetto 'attività inosservanti' 3.3.2. Presa in carico ed affidamento nel contesto delle 'attività inosservanti' 4. Delega di funzioni, organizzazione e intervento del diritto penale nell'attività d'impresa. 5. Dalla "rimozione del pericolo" alla prevenzione strutturale del rischio: tappe della cristallizzazione normativa in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro 5.1. La portata innovativa del D.Lgs. n. 81 del 2008: tra l'estensione delle definizioni e la formalizzazione della delega di funzioni 5.2. Definizione dei ruoli: profili problematici d'interazione (asincrona) nella disciplina della sicurezza nei luoghi di lavoro 5.2.1. Appaltatore, committente e sub-appaltatore

1. VICENDE DELLA POSIZIONE DI GARANZIA

Nell'uso delle scienze giuridiche gli istituti vengono indagati non solo sul piano della loro struttura ontologica ma, bensì, confrontandoli con vicissitudini ad essi intrinseche ed estrinseche. Infatti, così come il diritto soggettivo, ad esempio, può essere immaginato come un'entità sottoposta a modificazioni, di tipo oggettivo e soggettivo, così anche in diritto penale possono osservarsi gli effetti sulla struttura del reato o sulla punibilità dovuti al trascorrere del tempo o all'avvicendamento di più soggetti. Inoltre, le modificazioni che incidono sulla struttura del reato o sulla punibilità possono essere eteronome, vale a dire che possono riverberarsi o propagarsi in ambito penale le modificazioni *et similia* occorse in contesti non connotati da illiceità originaria. È questo il caso,

ad esempio, della cessione contrattuale di una posizione di garanzia o dell'investitura di un soggetto quale garante, senza che vi siano pregresse negligenze del soggetto cedente.

A interessare particolarmente il tema delle posizioni di garanzia è certamente l'incidenza sulla loro struttura degli avvicendamenti soggettivi, siano essi 'permanentì' o 'temporanei', o che diano luogo a moltiplicazioni o sostituzioni. Perciò, procedendo analiticamente, quanto all'eventualità che la posizione di garanzia riguardi – seppur astrattamente – più soggetti, può distinguersi innanzitutto a seconda che essi operino in modo diacronico o sincronico.

Nel primo caso, ossia riguardo alla successione c.d. diacronica, ci si riferisce ad ipotesi di trasferimento, quali la successione e la delega. In tale porzione d'analisi va tenuto conto non solo dei differenti frammenti temporali, ma anche della disomogeneità dei riflessi dell'avvicendamento rispetto alle posizioni dei diversi soggetti che interagiscono: ossia, vanno tenuti distinti gli effetti a seconda che i soggetti siano cedenti o subentranti. Inoltre, desta particolare interesse la distinzione tra la liceità o illiceità dei contesti in cui la suddetta alternanza avviene.

Nel secondo caso, ossia quello della c.d. successione sincronica, invece, rientrano le ipotesi necessariamente o eventualmente concorsuali, rispetto alle quali va chiarito l'ambito di operatività della specifica disciplina degli artt. 110 ss. c.p., che può essere letta tanto in sinergia quanto in antagonismo con quella di cui all'art. 40 cpv. c.p.

Tanto nel caso della successione c.d. diacronica che di quella sincronica può procedersi svolgendo l'analisi valutando i riflessi della *Rechtspflichttheorie* sul tema specifico dell'avvicendamento intersoggettivo e, quindi, guardando alla selezione e delimitazione delle fonti delle posizioni di garanzia; può, poi, impiegarsi la *Garantenlehre* per osservare e verificare l'incidenza delle modificazioni intersoggettive sulla conformazione dei diversi tipi 'funzionali' di

obbligo: ossia, se la pluralità d'interazioni soggettive si rifletta sulla conformazione e delimitazione degli obblighi di protezione e di controllo, nonché se questi subiscano delle alterazioni strutturali. Inoltre, può verificarsi, anche rispetto alla conformazione 'dinamica' delle posizioni di garanzia, se residui uno spazio intermedio tra le due impostazioni teoriche – come pure è stato in parte sostenuto³¹³ – affidandogli una specifica funzione classificatoria e di disciplina.

L'analisi sulla conformazione 'dinamica' delle posizioni di garanzia deve altresì tener conto della diversa conformazione dei reati rispetto a cui operare l'indagine – vale a dire, a seconda che siano reati commissivi od omissivi, di evento o di pura condotta, propri o comuni – e delle loro forme di manifestazione.

Il tutto avvertendo sin d'ora che le letture fornite oscillano a seconda che la posizione di garanzia e, quindi, i reati omissivi impropri, si reggano sul fondamento della 'signoria sul fatto' – pur se variamente modulata – o sulla compromissione con categorie soggettive, qual è l'ascrizione colposa³¹⁴, siccome differenti risultano essere i profili d'indagine per rinvenire la signoria sul fatto nei fenomeni successivi e connotati da sfasamenti di tempo e d'azione o, piuttosto, per valutare in termini di corrispondenza a *standard* di diligenza l'operato dei soggetti che si avvicendino. In entrambi i casi, tuttavia, deve restar chiaro il ruolo di delimitazione e determinazione soggettiva ed oggettiva svolto dall'individuazione dei soggetti garanti – in modo da scongiurare il pericolo che la verifica dell'evento determini influenze retrospettive, le quali vanifichino del tutto la valenza strutturale e pratica delle posizioni di garanzia.

Infine, va tenuto anche in debito conto, anche analizzando i fenomeni successivi e di trasmissione delle posizioni di garanzia, che la delimitazione e

³¹³ cfr. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit. 240 ss.; BISORI, *L'omesso impedimento dell'evento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 1363 ss.; *Contra* LEONCINI, *Obbligo di garanzia*, cit., p. 151 ss. V. *retro infra* cap. II, § 4.

³¹⁴ V. *Amplius infra* § 3.

comprensione dell'obbligo d'impedire l'evento costituisce una premessa rispetto all'imputazione oggettiva, con la quale, pertanto, non va confusa³¹⁵. Tale ultimo principio, tra l'altro, è stato di recente affermato anche dalla giurisprudenza, tant'è che è stato sostenuto³¹⁶ che «è noto che per attribuire a una condotta omissiva umana una efficacia causale è necessario che l'agente abbia in capo a sé una posizione di garanzia, che, cioè, in ragione della sua prossimità con il bene da tutelare, sia titolare di poteri ed obblighi che gli consentono di attivarsi onde evitare la lesione o messa in pericolo del bene giuridico la cui integrità egli deve garantire in base allo schema di cui all'art. 40 c.p., comma 2».

2. SUCCESSIONE NELLA POSIZIONE DI GARANZIA E TRASFERIMENTO DI OBBLIGHI

Il meccanismo di successione nelle posizioni di garanzia rappresenta un terreno di verifica delle assunzioni teoriche sinora riportate e materia per l'approfondimento della loro funzionalità. Come infatti nella teoria generale del diritto si parla di fenomeni successorî riguardo a ipotesi in cui vi sia un avvicendamento soggettivo a fronte di un medesimo diritto (o situazione giuridica), è possibile interrogarsi se nel diritto penale e, segnatamente, nei reati omissivi impropri, si configurino o meno tali ordini (soggettivi) di modifiche e, in caso affermativo, in che termini e con quali limiti.

La finalità perseguita dall'accoglimento di tali meccanismi successorî è chiaramente quella di mostrare una continuità a fronte della protezione di beni giuridici, altrimenti esposti a rischi – potenzialmente – senza garanti. Tale

³¹⁵ V. *retro infra* Capitolo I, § 2.

³¹⁶ cfr. Cass. sez. IV pen., n. 49732 del 11 novembre 2014. Al riconoscimento *de quo*, tuttavia, non fa sempre fronte una chiara distinzione dei piani operativi, tant'è che tutt'oggi si considerano prevalenti le ricostruzioni dei reati omissivi e delle posizioni di garanzia appiattite sulla spiegazione causale. Lo stesso art. 40 cpv. c.p., come pure s'è detto (*V. infra* Capitolo I) subisce sovente una lettura orientata alla valorizzazione dell'equivalenza causale tra la condotta attiva e quella omissiva, a fronte della verifica dell'evento.

considerazione di maggiore o crescente criticità, come si è anticipato³¹⁷, può ben dare luogo a un'estensione della logica della garanzia, in chiara tendenza centrifuga rispetto all'originaria *intentio legis*. Tuttavia, ad avviso di molti, anche eventuali 'estensioni' dello schema del reato omissivo improprio sarebbero comunque da preferirsi rispetto all'affidamento alla giurisprudenza della definizione dei presupposti di ascrizione oggettiva³¹⁸.

In considerazione della complessità delle strutture o, anche, della maggiore intensità del rischio in contesti corredate da avvicendamenti soggettivi, lo scontro tra le polarità della solidarietà sociale e della libertà di autodeterminazione degli individui risulta ancor più esacerbato e richiede, pertanto, un'attenzione sempre più raffinata al crescere dei margini d'indeterminatezza. Questi ultimi, vengono definiti da taluno "irrinunciabili"³¹⁹ poiché sarebbero comportati dalla permanenza stessa dei reati omissivi impropri nel nostro sistema; permanenza, altresì, irrinunciabile a fronte della doverosità di protezione di (alcuni) beni giuridici. Tuttavia, ricordando che «per i reati omissivi, come per quelli commissivi, la garanzia della legalità formale rimane un valore prioritario, alla quale deve sottostare l'istanza di tutela dei beni giuridici»³²⁰, «si perviene (...) alla conclusione che si è in presenza di una situazione di non superabile incertezza, dovuta alla inadeguatezza della disciplina prevista dell'art. 40 cpv. c.p., che determina uno dei casi più clamorosi di creazione giurisprudenziale delle fattispecie penali, e

³¹⁷ V. *retro infra* Parte II, Premessa.

³¹⁸ Sul punto, praticamente concorde la dottrina che – tanto in Italia che in Germania – ha mostrato l'intenzione di realizzare la maggiore delimitazione e determinazione possibile rispetto all'operatività della *Gleichstellung*; cfr. ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit., p. 19; SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, 1978, p. 29; ID., *Grund und Grenzen*, cit., p. 217 ss.; HERZBERG, *op. cit.*, p. 362; Per un confronto con le posizioni emerse in sede di elaborazione dei progetti di riforma del codice penale tedesco, v. *infra* Capitolo I, § 4.2.

³¹⁹ SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, cit., p. 28; GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 240, MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi*, cit., p. 339, PISANI, *Controlli sindacali*, cit., p. 50; ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., p. 204.

³²⁰ GIUNTA, *La posizione di garanzia*, cit., p. 625.

si prospetta la necessità di un intervento normativo riformatore che tipizzi le posizioni di garanzia»³²¹.

Nelle more di un intervento legislativo, la soluzione al problema dell'indeterminatezza nella materia delle posizioni di garanzia e, segnatamente, in quella del loro avvicendamento e trasferimento, deve essere però ricavata dal diritto vigente e, quindi, richiede il rinvenimento di criteri e parametri che siano quanto più possibile affidabili.

Prendendo come criterio di delimitazione quello dell'attualità della posizione di garanzia – come, tra l'altro, era avvenuto nello schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, del 1992, nel cui art. 11 tale requisito era espressamente menzionato³²² – può distinguersi tra obblighi 'originari' e 'derivati', a seconda che questi riguardino il soggetto originariamente gravato o che siano trasferiti ad altri³²³. L'avvicendamento, però, può riguardare la totalità degli obblighi, con contestuale spoliatura del "cedente" dall'originaria responsabilità, in un meccanismo simile a quello della novazione estintiva civilistica, ma esso può risultare anche limitato ad alcuni obblighi, ingenerando una moltiplicazione di garanti a fronte della protezione di beni giuridici o del controllo di fonti di rischio. Tale ultima evenienza è considerata³²⁴ l'unica riguardante le ipotesi di delega di funzioni, giacché si

³²¹ Cass. sez. IV pen., n. 25527 del 22 maggio 2007.

³²² Ci si riferisce al Progetto Pagliaro di riforma della parte generale del Codice Penale che, sotto la rubrica "Reati omissivi", così recitava: «(1) Equiparare il non impedire l'evento al cagionarlo solo sotto il presupposto di un obbligo giuridico attuale di garanzia dello interesse tutelato dalla legge. Prevedere che la violazione degli obblighi giuridici di sorveglianza sia punibile solo in quanto espressamente prevista come reato. (2) Titolare dell'obbligo di garanzia è la persona che, munita dei relativi poteri, è giuridicamente tenuta ad impedire l'evento offensivo di interessi affidati alla sua tutela. (3) Titolare dell'obbligo di sorveglianza è la persona che, priva dei suddetti poteri impeditivi, è giuridicamente tenuta a sorvegliare per conoscere della commissione di reati e comunque ad informarne il titolare del bene o il garante.

³²³ Definizione ampiamente accolta in dottrina, cfr. NISCO, *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro: Colpa di organizzazione e impresa*, a cura di CURI, Bononia, 2009, p. 107 ss.

³²⁴ cfr. BRUSCO, *Delega di funzioni alla luce del d.lg. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. Mer.*, Fasc. 11, 2008, p. 2781.

tratta di casi in cui il titolare originario degli obblighi non può disinteressarsene una volta che abbia messo in opera una delega.

Pertanto è opportuno distinguere a seconda che la successione sia qualificabile come tale – comportando quindi l'estinzione della precedente posizione di garanzia – o comporti un mero trasferimento di alcune attribuzioni funzionali³²⁵.

Va inoltre specificato che secondo alcuni non si avrebbe in nessun caso l'estinzione della precedente posizione obbligatoria, ma, bensì, unicamente una sua trasformazione da obbligo di protezione o controllo a obbligo di sorveglianza³²⁶, sebbene questo venga costruito in vario modo. Altri ancora³²⁷, piuttosto che riferirsi alla trasformazione delle posizioni di garanzia di protezione in posizioni di controllo, partendo dall'assunto della comune normatività dei concetti di colpa e di omissione, li sovrappongono e preferiscono parlare di residuo colposo nel trasferimento di posizioni di garanzia; essi, dunque, si riferiscono alla *culpa in eligendo* o a quella *in vigilando*, a seconda del tipo di posizione di garanzia indagata. Tant'è che è stato sostenuto che «mediante la figura dell'omesso impedimento dell'evento, il nesso di imputazione "evento-soggetto" non passa più attraverso l'azione naturalistica, bensì attraverso una fenomenologia normativa incentrata sulla trasgressione di una norma comportamentale»³²⁸.

A sua volta, la problematica dell'interconnessione soggettiva risulta intersecata con quella dell'impedimento di reati altrui che, secondo parte della dottrina che sostiene la c.d. 'teoria mista', darebbe luogo a un vero e proprio

³²⁵ cfr. anche BRUSCO., *Delega di funzioni, cit.*, p. 2770

³²⁶ cfr. LEONCINI, *Obbligo di garanzia, cit.*, p. 6 ss. Parzialmente difforme, l'opinione di PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 501, a parere del quale anche la piattaforma delle posizioni di vigilanza dovrebbe essere adeguatamente predeterminata e determinabile, onde evitare di mascherare la responsabilità oggettiva. BRUSCO, *Delega di funzioni, cit.*, p. 2781, tuttavia, sembra affermare la sussistenza di una responsabilità residua *tout court*; NISCO, *La delega di funzioni, cit.* p. 116 ss.

³²⁷ SGUBBI, *Responsabilità penale, cit.*, p. 74 ss.

³²⁸ SGUBBI, *op. loc. ult. cit.*

tertium genus di posizione di garanzia³²⁹. Tuttavia, nel riservare ai paragrafi successivi più ampio spazio alla trattazione di questo specifico aspetto, se ne preannuncia anche la sua stretta correlazione con il tema del concorso di persone nel reato.

Perciò, **riassumendo**, si chiarisce che:

– L’impiego del termine ‘successione’ designa fenomeni tra loro eterogenei, comprendendo tanto le ipotesi in cui, per vicende esogene, si esaurisca il rapporto di un soggetto rispetto a un bene giuridico³³⁰, quanto quello in cui, pur a fronte di modificazioni, l’obbligo originario non si dissolva e risulti esservi solo una trasformazione soggettiva che produca la moltiplicazione dei soggetti garanti.

– Ben diverso è il più specifico termine “delega”, a sua volta da differenziarsi da quello di “trasferimento di funzioni”³³¹, siccome, mentre il primo designa ipotesi in cui è la posizione – nel suo complesso – ad essere trasferita, e quindi comprendendo anche i correlativi poteri impeditivi³³², il

³²⁹ GRASSO, *op. cit.*, p. 240 ss.; BISORI, *L’omesso impedimento, cit.*, p. 1363 ss.; Contra: LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, op. cit.*, p. 151 ss.

³³⁰ Impiegato nell’accezione c.d. sostanziale e istituzionale che lo vede come oggetto della tutela, diversamente rispetto a quelle che lo modulano come *ratio*, come contenuto, come dato prepositivo; cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 46 ss., in cui l’A. affronta la questione dal punto di vista degli scopi della pena e del significato sociologico informato alla dannosità sociale desunta da Amelung, Parsons e Luhmann, per poi confrontarsi con i principi costituzionali e dedurre dei limiti alla rilevanza del concetto di bene giuridico come criterio di criminalizzazione; PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica e alla riforma del titolo I del Libro II c.p.*, *ivi*, p. 12 ss.; FIORE C., *L’ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di STILE A.M., Napoli, 1985, p. 279 ss.; PULITANÒ, *Bene giuridico e giustizia costituzionale, ivi*, p. 172 ss.; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in Giostra-Insolera, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998, pp. 133 ss.

³³¹ A sua volta, differenziabile in “funzioni” e “attività”, a seconda della tipologia di adempimenti in essa compresi o comprensibili; cfr. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni, cit.*, p. 18 ss.; ID., voce *Responsabilità penale, cit.*, p. 1302 ss.

³³² Che in alcune strutture, come si dirà, costituisce una necessità connaturata all’organizzazione; tant’è che pare inevitabile che la norma penale possa dirigersi unicamente verso coloro i quali siano effettivamente in grado di influire sull’esercizio delle funzioni e sulle fonti di rischio. In tal senso, oltre alla letteratura citata nel capitolo precedente, rispetto ai cui

secondo caso non è altrettanto necessariamente abbinato al trasferimento di tali facoltà, potendo dunque inquadrarsi opportunamente nella sistematica organizzativa di strutture più o meno complesse, piuttosto che in quella delle posizioni di garanzia.

– Va, altresì, tenuto in debito conto che la sussistenza della posizione di garanzia presuppone, come pure s'è detto³³³, la sussistenza in capo al soggetto garante di poteri impeditivi, tali da corrispondere alle attese ordinamentali di adempimento dell'obbligo giuridico. In assenza dei poteri impeditivi, oltre a essere frustrata la *ratio* sistematico-ordinatrice dei reati omissivi, verrebbe anche meno qualsivoglia aggancio alla prevenzione speciale, per il tramite dell'abbattimento del principio normativo di colpevolezza.

– Nel caso in cui il cedente perda i legami con la *res*, il problema non si porrà nei termini della delega ma unicamente in quelli della successione, potendo però comunque residuare questioni in ordine alla garanzia³³⁴. Tant'è che, nelle ipotesi in cui il cedente non abbia eliminato tutte le fonti di pericolo, potrebbe comunque porsi un problema in ordine alla persistenza della responsabilità.

– In entrambe le macro-categorie di casi, è opportuno distinguere le conseguenze di successione, trasferimento e delega a seconda che esse

esiti definitivi – *i.e.* «capacità del soggetto obbligato a realizzare una contropista ostativa alla verifica dell'evento lesivo» cfr. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 641 e 662 s. – si denuncia una eccessiva genericità, specie a fronte della definizione di posizioni di garanzia altamente problematiche; cfr. CUPELLI, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 225 ss.; si rinvia, per il tema specifico, ad ALESSANDRI, voce *Impresa*, *cit.*, p. 196 e ID., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2005, p. 538; PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2008, p. 499 ss., secondo il quale «un ordinamento razionale deve fare i conti con la scissione fra potere decisionale e sapere tecnico»; ID., *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, IV, 1985, p. 9; STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 63 ss.

³³³ V. *retro infra* Capitolo I, § 4 ss.

³³⁴ Così, BRUSCO, *Delega di funzioni*, *cit.*, p. 2772 s.; ciò avviene segnatamente nel contesto illecito. *Amplius infra* § succ.

riguardino posizioni di protezione o di controllo³³⁵, non essendo affatto scontata la simmetria degli esiti.

– Infine, si chiarisce che le predette distinzioni sono funzionali alla comprensione pragmatica dei problemi di “dinamizzazione asincrona” delle posizioni di garanzia, risultando dunque utili, seppur non dirimenti, per sciogliere dubbi in ordine alla soluzione di casi complessi e, pertanto, non solo per la pur necessaria cristallizzazione teorica dei concetti.

2.1. MECCANISMI ORIGINANTI LA SUCCESSIONE O IL TRASFERIMENTO DI POSIZIONI DI GARANZIA

La rilevanza dell’impiego di strumenti di diritto civile per il tema *de quo* ci ha già occupati nel precedente capitolo, nella parte relativa alla conformazione di obblighi derivanti dalla stipulazione d’impegni contrattuali. Già in quella sede sono state evidenziate possibili discrasie nella vita della posizione di garanzia, in quanto influenzata dalle sorti del contratto. A maggior ragione, l’intersezione dei piani ordinamentali gioca un ruolo determinante se guardata nell’ottica della trasmissione di diritti ed obblighi, giacché, alle problematiche tratteggiate si aggiungono inevitabilmente specifiche questioni di delimitazione dell’area coperta dalla garanzia. Infatti, anche se lo spazio delle aree può coincidere, dando vita a un’integrale sostituzione del soggetto garante, può ben avvenire che vi sia un mero avvicendamento, proprio dei casi in cui vi sia una strutturazione ‘complessa’ delle garanzie, dando vita a intersezioni organizzative della tutela.

Parlare di posizioni di garanzia derivate implica, perciò, un breve passaggio sulle circostanze che possono dar origine alla trasformazione ‘dinamica’, sia essa “novativa”, nel senso poco sopra espresso della sostituzione del garante originario, o ‘moltiplicativa’, in quanto volta all’arricchimento del

³³⁵ Cfr. GARGANI, *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione — due casi “esemplari” di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, XI, 2004, p. 1393 s.

numero dei garanti. Pertanto, rinviando ai paragrafi successivi per la delimitazione delle problematiche sulla base del contesto – lecito o illecito – in cui tali fenomeni di trasmissione della posizione di garanzia vengano ad incardinarsi, è innanzitutto opportuno tenere distinto il profilo in cui l'avvicendamento dei soggetti derivi da una scelta volontaria o risulti necessario, a sua volta per espressa previsione legislativa o sia altrimenti dovuto a contingenze organizzative etero-disciplinate. Altresì, deve distinguersi il caso in cui il trasferimento dipenda da una presa in carico – formale o meno – della *res* da proteggere o da tenere sotto l'egida del controllo, oppure ne prescinda.

Tutte le ipotesi tratteggiate sono foriere di dubbi, specie se tra loro intersecate e calate in ambiti connotati da una strutturale complessità, com'è, per antonomasia, quella dell'organizzazione aziendale³³⁶. In questa, risulta oltremodo rilevante un ulteriore predicato della posizione di garanzia: quello della c.d. 'inerenza'. Vale a dire che, laddove essa sussiste, il rapporto tra soggetto e bene può influenzare retroattivamente il sorgere della posizione di garanzia, con un meccanismo simile a quello impiegato per alcuni obblighi inerenti a taluni diritti e, segnatamente, per il c.d. diritto di seguito e per le obbligazioni *propter rem*. In quei casi, la *ratio* di favorire la ricognizione del soggetto cui facciano capo talune prerogative, o di quello gravato da obblighi "inerenti" alla *res*, legittima l'automatismo del trasferimento, siccome vi è «idoneità del bene "ad essere seguito" e controllato anche quando è "in mani altrui"»³³⁷.

Tuttavia, in diritto penale e, segnatamente, nella materia dei reati omissivi, al meritorio sforzo di rendere più agevole il riconoscimento del soggetto responsabile – quantomeno per l'ascrizione oggettiva – si affianca la necessità di

³³⁶ Materia in cui molti dei problemi teorici hanno ottenuto, se non un'appagante soluzione teorica, quantomeno la predisposizione di strumenti normativi volti a colmare i *deficit* di determinatezza. Cfr. *amplius infra* § 5 ss.

³³⁷ GARGANI, *La congenita indeterminatezza, cit.*, p. 1394.

rispettare il principio di personalità della responsabilità penale espresso dall'art. 27, co. 1 e 3 Cost.

Per rispettare questo principio, anche la giurisprudenza ha tentato, in alcuni casi, di limitare gli effetti dell'inerenza *tout court*, richiedendo il possesso di requisiti ulteriori per poter ascrivere oggettivamente il fatto. Così, è stato deciso³³⁸, nel caso in cui un soggetto sia proprietario di un terreno abbandonato nel quale terzi depositino ripetutamente rifiuti e, analogamente, in quello in cui qualcuno subentri nella proprietà di un terreno adibito a discarica, che la mera sussistenza del diritto di proprietà alla quale non faccia fronte alcun atto di gestione o movimentazione dei rifiuti, non può determinare l'incriminazione – in veste omissiva, da mancata rimozione degli stessi – per i reati di realizzazione e gestione di discarica non autorizzata³³⁹.

Pertanto, se una struttura fondata sull'automatismo del trasferimento può risultare funzionale ad assicurare "formalmente" la tutela dei beni giuridici, ad essa si accompagna il dubbio della legittimità costituzionale della creazione di una responsabilità "di posizione", ossia per fatto altrui, mediata dalla sovrapposizione tra reati propri e reati omissivi³⁴⁰. Infatti, ben può ricordarsi come il complesso di doveri facenti capo a taluno in ragione del proprio legame con una *res* (o dello svolgimento di una specifica funzione) sia stato da più parti interpretato come una – seppur particolare – categoria di reati propri³⁴¹. Epperò, se, come pure s'è detto, tale connotazione tipologica possiede il merito di attribuire alla funzione svolta un significato pratico rilevante, essa è foriera d'ingenerare fraintendimenti quanto alla disciplina applicabile; perciò, neanche la definizione di *Garantensonderdelikt*³⁴² sembra sfuggire a tale sovrapposizione

³³⁸ Cass. Sez. III pen., n. 2206 del 2006.

³³⁹ Ci si riferisce alle fattispecie contenute nell'art. 51 del d.lgs. n. 22 del 1997; cfr. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004, *passim*.

³⁴⁰ V. Capitolo I, § 3.4 e dottrina *ivi* citata.

³⁴¹ Cfr. ALESSANDRI, voce *Impresa, cit.*, p. 205.

³⁴² Cfr. SCHÜNEMANN, §14, Rn. 13, in *Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., 1. Bd., Berlin, 2010, p. 891 ss.

teorica, sebbene – nella materia della delega – si sforzi di rintracciare un elemento di peculiarità proprio nella figura del garante e, quindi, della previa conformazione di obblighi d’impedire l’evento.

L’inquadramento alla stregua di reato proprio non risolve neanche le ipotesi di trasferimento della posizione di garanzia e, anzi, si presta ancor più alla trasformazione in reato di posizione, nella parte in cui valorizza lo *status* fino a renderlo significativo ai fini dell’incriminazione a fronte della verifica dell’evento. Questa sarebbe la conseguenza dell’exasperazione della sovrapposizione tra posizione di garanzia e qualifica soggettiva, propria dell’impostazione c.d. “funzionale”, in base alla quale trasferire la qualifica, a certe condizioni, equivale a trasferire la funzione³⁴³. Tale impostazione si contrappone a quella c.d. “formale”³⁴⁴ – nella quale la qualifica è strettamente inerente al precetto legislativo e non può da essa venir scissa – ed è presupposta da quella c.d. “intermedia”³⁴⁵.

Invece, diversa è l’indagine da compiersi nelle ipotesi in cui la posizione di garanzia derivi dalla funzione svolta, piuttosto che dal rapporto con la *res* da tutelare o da controllare; in questo caso a rilevare è il compimento – o la sua possibilità doverosa – di attività connesse alla protezione o al controllo, rispetto alle quali è logico, prima ancora che giuridico, immaginare la creazione in capo a taluno del presupposto per l’imputazione oggettiva dell’evento³⁴⁶. Diversamente opinando, dovrebbe infatti ammettersi la creazione di «sacche d’impunità»³⁴⁷.

³⁴³ Cfr. FIORELLA, *Il trasferimento*, cit., p. 67 ss.

³⁴⁴ Cfr. PADOVANI, *Il nuovo volto*, cit., p. 1163 s. e ID., *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983, p. 77 s.

³⁴⁵ Cfr. GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 744 ss. e PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. Lav.*, 1982, IV, p. 178 s.

³⁴⁶ V. *retro infra* § 1.

³⁴⁷ L’espressione è di ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., p. 204.

In giurisprudenza³⁴⁸, stante la decisiva valorizzazione della funzione, diversamente rispetto a quanto avviene per la c.d. 'inerenza', è stata riconosciuta la responsabilità penale del funzionario dell' Agenzia regionale per la protezione dell' ambiente, che, nonostante avesse avuto notizia dell' esistenza di rifiuti interrati, aveva ommesso il controllo delle operazioni finalizzate al loro smaltimento; tale decisione è stata motivata dal riconoscimento in capo all' imputato di una posizione di controllo rispetto alle attività di gestione, intermediazione e commercio, assunta in qualità di coadiuvante per le Regioni e le Province. Posizione prevista legislativamente e, dunque, ad avviso della Corte, conclamata³⁴⁹.

Pertanto può dirsi che, diversamente rispetto a quanto avviene per emanazione di un rapporto d' inerenza, le posizioni di garanzia "derivate" debbano possedere quantomeno gli stessi crismi di quelle originarie; giacché, diversamente opinando, si avrebbe unicamente un meccanismo di superfetazione della garanzia, volto ad esentare il garante originario della propria responsabilità e, nelle strutture organizzate, a far scivolare quest' ultima verso il basso³⁵⁰.

Proprio a fronte di quest' ordine di problemi si è tentato di elaborare una disciplina tale da conferire uno spettro formale di riferimento, affinché la successione non incarni un meccanismo d' interposizione fittizia, ma risponda piuttosto a logiche di organizzazione interna. Perciò può dirsi che, per quanto

³⁴⁸ Cass. Sez. III pen., n. 3634 del 2011. Nel caso di specie l' imputato era stato tratto a giudizio per violazione degli artt. 256 e 260 del D.Lgs. n. 152 del 2009, realizzati in forma omissiva (e quindi per il tramite dell' art. 40 cpv. c.p.).

³⁴⁹ La Suprema Corte, nel disattendere l' orientamento espresso nella Sentenza gravata, ha infatti precisato che «...ritenere, come fa il decidente, che il pubblico ufficiale preposto al controllo e alla vigilanza ambientale, che venga a conoscenza della esistenza di rifiuti interrati e partecipi alle operazioni di rimozione, non assuma una posizione di garanzia, in relazione alle sue condotte omissive poiché il D.Lgs. n. 152 del 2006, non prevede specificamente che si debba interessare della tipologia e dello smaltimento del rifiuto, si palesa errato, in quanto, peraltro, così ragionando si va a negare la causa del potere esercitato» (Sent. ult. cit.).

³⁵⁰ Ci si riferisce al fenomeno noto come "*vicarious liability*", evidentemente contrastante con il principio di responsabilità penale, finanche nel suo più elementare predicato del divieto di responsabilità per fatto altrui.

concerne la delega, il meccanismo si fonda sulla frammentazione dell'attività, a sua volta idonea ad assolvere, seppur mediante un adempimento mediato, all'obbligo giuridico³⁵¹.

Più precisamente: come nella fase statica di conformazione delle posizioni di garanzia si richiede che il soggetto debba possedere adeguati poteri impeditivi, anche nel caso in cui il proprio ruolo di garante dovesse derivare da successivo trasferimento dell'esercizio di talune funzioni, si ritiene che il subentrato debba possedere quantomeno l'armamentario informativo o i poteri necessari ad affrontare e/o neutralizzare il rischio. Vale a dire che, «perché nasca una posizione di garanzia, è necessario che: [...] tale obbligo gravi su una o più specifiche persone; che queste ultime siano dotate di poteri impeditivi della lesione del bene che hanno "preso in carico". Invero, i titolari della posizione di garanzia devono essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi. Il che non significa che dei poteri impeditivi debba essere direttamente fornito il garante, è sufficiente che gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che l'evento dannoso venga cagionato, per la operatività di altri elementi condizionanti di natura dinamica»³⁵².

Le precisazioni svolte sono chiaramente volte ad evitare che il trasferimento realizzi una mera parvenza d'incriminazione penale, creando piuttosto un capro espiatorio a fronte della verifica di eventi, del tutto inconciliabile con l'idea stessa di un sistema penale teleologicamente orientato ³⁵³ in quanto incentrata sulla valorizzazione della 'mera

³⁵¹ Siffatta lettura è stata di recente autorevolmente fissata da ROXIN, *Tatherrschaft und Pflichtdelikte*, cit., spec. p. 516 ss. ed è tendenzialmente pacifica nella dottrina tedesca quale implicazione del §14 StGB (*amplius infra* § 4 ss.). Nella dottrina italiana, seppur con diverse sfumature derivanti dalle divergenze di partenza, cfr. ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., p. 211 *Amplius infra* § 4; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 66; PULITANÒ, *Le posizioni di garanzia*, cit., p. 182.

³⁵² Cfr. Cass. sez. IV pen., n. 38991 del 10 giugno 2010 (Montefibre).

³⁵³ Ci si riferisce a un sistema che, abbandonata la mera ottica descrittiva a base ontologica, nella quale le categorie del reato rivestono unicamente un ruolo di classificazione (e descrizione) del

disobbedienza'. Si osserva, cioè, che un'incriminazione siffatta, prescindendo dal disvalore di azione, non sia assolutamente congrua rispetto a un sistema volto, in ultimo, a permettere il perseguimento degli scopi affidati alla pena³⁵⁴. Più precisamente, stante il ruolo dirimente dell'evento nei reati omissivi impropri, può ben immaginarsi che a fronte di un sistema che non si faccia carico della considerazione del disvalore di azione, la prevenzione speciale verrebbe svuotata del proprio senso, finendo col configurarsi come una *fictio juris*.

Per questi motivi si tende a richiedere la stabilizzazione delle fonti 'statiche' e, nel caso di trasferimento, di quelle atte a costituire o modificare il rapporto di garanzia preesistente. Perciò, lo strumento solitamente ritenuto più adeguato a trasferire funzioni – ove manchi l'espressa previsione legislativa – è costituito dal contratto, specificando che, specie a fronte della complessità di taluni compiti da svolgersi, vi sia una preferenza tendenziale e talvolta indefettibile verso la sua formalizzazione³⁵⁵.

fenomeno penale, affidi ai singoli elementi che compongono l'illecito penale delle specifiche finalità. Queste ultime, a loro volta, agiscono sia in relazione a ciascuna categoria che sinergicamente, nel senso che per concepire un sistema penale teleologicamente orientato è necessario che esso preservi la propria coerenza intrinseca e, quindi, la razionalità. Per le coordinate essenziali, cfr., nella dottrina tedesca, ROXIN, *Kriminalpolitik*, cit. e la premessa alla traduzione italiana, a cura di MOCCIA, *Politica criminale*, cit., p. 31 ss., nonché ID., *Il diritto penale*, cit., p. 17 ss.; ROXIN, *Sulla fondazione politico-criminale del sistema del diritto penale*. (trad. it. a cura di) CAVALIERE, in *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., p.177 ss.

³⁵⁴ cfr. CAVALIERE, *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo*, cit., p. 1462 s.

³⁵⁵ Com'è noto, vige nel nostro ordinamento un tendenziale principio di libertà della forma, il quale conosce alcune eccezioni (V. art. 1325 c.c.) volte ad assicurare maggiore stabilità al vincolo o, secondo taluni, a compensare la "debolezza" della causa contrattuale. Perciò, distinta che sia l'operatività della forma a seconda che essa funga da elemento strutturale necessario *ad substantiam* o *ad probationem*, esistono alcuni atti che devono essere compiuti per iscritto (V. art. 1350 c.c.). Tale schema sembra essere accantonato nell'attuale disciplina di cui all'**art. 2639 c.c.**, giacché esso prende in considerazione espressa l'evenienza che il soggetto prenda in carico la funzione in assenza di requisiti formali. L'articolo, così come modificato nel 2002, sotto la rubrica "Estensione delle qualifiche soggettive", così dispone: «Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si

Vale a dire che, sebbene non esistano preclusioni normative all'approntamento di deleghe *per facta concludentia*, si ritiene che la forma scritta costituisca un veicolo più affidabile per contenere le informazioni in ordine allo svolgimento della funzione. Nonostante non vi siano preclusioni legali all'impiego di forma libera per la delega, tanto *ad substantiam* che *ad probationem negotii*, com'è stato affermato³⁵⁶ già in epoca antecedente all'emanazione del D.Lgs. n. 81 del 2008 (in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro)³⁵⁷, la formalizzazione riflette esigenze di specificità e precisione, tendendo a garantire una maggiore puntualizzazione in ordine ai soggetti effettivamente investiti di talune funzioni e alla concreta delimitazione di quest'ultime.

Da quanto emerge, i meccanismi di trasferimento – totale o parziale – di funzioni e di posizioni di garanzia rientrano a pieno titolo nel novero delle attività organizzative; ossia, essi costituiscono una modalità di frammentazione e precisazione dei ruoli svolti, al fine di assicurare la miglior forma di tutela

applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi». Quanto alla rilevanza della disciplina per la materia del c.d. amministratore di fatto, anche in comparazione con il dettato normativo di cui al § 14 StGB, *amplius infra* Capitolo IV.

³⁵⁶ Cfr. Cass. Sez. IV pen., n. 12800 del 7 Febbraio 2007 (in *Guida al diritto*, 2007, 17, 107), così massimata «In materia di infortuni sul lavoro, ai fini della validità della delega di funzioni con cui il datore di lavoro può trasferire gli obblighi di prevenzione e sorveglianza, con conseguente subentro del delegato nella posizione di garanzia, non è essenziale la forma scritta, né è richiesta la prova scritta della delega stessa. Infatti, non è possibile limitare all'esistenza di un atto scritto la possibilità di dimostrare l'avvenuto trasferimento delle funzioni, fermo restando che è piuttosto arduo che una delega non documentata per iscritto possa essere specifica e individuare con sufficiente precisione sia il soggetto delegato, sia le funzioni al medesimo attribuite (in modo tale da consentire una puntuale ricostruzione dei suoi poteri-doveri e dei relativi limiti). È pertanto ammissibile che il trasferimento delle funzioni sia dimostrato anche tramite una prova diversa da quella documentale, utilizzando il sistema probatorio che il codice di rito mette a disposizione, che non ammette alcuna presunzione di maggiore efficacia di taluni mezzi di prova (come quello documentale) rispetto ad altri. Ciò detto, è il datore di lavoro a essere comunque onerato della prova circa il fatto storico dell'avvenuto conferimento della delega e circa i contenuti e i limiti della delega stessa»; in dottrina, tra i sostenitori di una lettura informata a ritenere la formalità come necessaria unicamente a fini probatori, PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 830.

³⁵⁷ D.Lgs. n. 81 del 9 aprile 2008, sovente definito come Testo Unico nonostante l'assenza d'indicazioni legislative in tal senso.

possibile per i beni giuridici a fronte della possibile verifica di rischi. Detto assetto organizzativo, impiegato altresì all'interno di strutture "elementari" – es.: i genitori che affidano la propria figlia ad un conoscente perché la riaccompagni a casa al termine della lezione di nuoto – manifesta la massima espansione dell'utilità all'interno delle cosiddette "organizzazioni complesse"³⁵⁸; tant'è che, in contesti connotati da una densa interazione di funzioni svolte, gran parte della disciplina sulla delega di funzioni tende ormai alla stabilizzazione, essendo normativamente prevista la necessità che la delega di funzioni risulti «da atto scritto avente data certa»³⁵⁹.

Tuttavia, prima di occuparci più precisamente di questa normativizzazione e del suo impatto sulla materia *de qua*, è opportuno intrattenersi su altri punti che caratterizzano l'intero fenomeno della successione asincrona dei garanti, per poi valutare se, stanti le analogie e le differenze, sia possibile anche per le ipotesi "innominate" preconizzare una tendenza alla formalizzazione normativa.

2.2. PRESA IN CARICO E AFFIDAMENTO

Il momento in cui avvenga il passaggio dalla posizione di garanzia originaria a quella derivata è caratterizzato dalla presa in carico (*Übernahme*), derivante dalla concreta possibilità per il soggetto subentrante di proteggere i beni o controllare fonti di pericolo.

Essa consiste in un dato meramente fattuale³⁶⁰, concepito per lungo tempo come collegato alle posizioni di garanzia derivanti dal contratto in virtù dell'esistenza della libertà di auto-vincolarsi e, quindi, di fondare l'assunzione

³⁵⁸ *Amplius infra* § 4.1.

³⁵⁹ Così, art. 16, co. 1 lett. a) D.Lgs. n. 81 del 2008. Tuttavia, l'art. 299 sembra contenere una previsione di segno opposto, perciò, V. *amplius infra* §§ 4 ss.

³⁶⁰ STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, in *Festschrift für H.Meyer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1966, p. 149, in cui l'A. afferma che «die Übernahme ist eine bloße Tatsache».

di obblighi³⁶¹. Ben presto, però, a tale concezione strettamente legata a principi civilistici³⁶², si è preferita³⁶³ un'impostazione autonomistica facente leva sulla pregnanza fattuale del momento considerato.

Ciononostante, è oggi riduttivo guardare alla 'presa in carico' soltanto dal punto di vista della fonte di obblighi di garanzia, essendo altresì fondamentale il significato pratico della presa in carico anche a fronte di strutturazioni asincrone della posizione di garanzia, a prescindere dalla loro fonte (formale). Ci si riferisce alla conseguenza più nota: ossia alla necessità d'individuare l'esatto frammento temporale in cui avvenga il trasferimento³⁶⁴. A tal proposito, basta considerare le molteplici implicazioni che dal detto trasferimento derivano e, soprattutto, che ad una maggiore attenzione verso il bene giuridico tutelato corrisponde l'esigenza di riduzione al minimo di eventuali iati temporali, in quanto suscettibili di dar ingresso a vuoti di tutela.

Perciò, guardata nell'ottica delle fonti di obblighi di garanzia, ci si limita a ricordare come dalla presa in carico possano derivare entrambi i tipi di funzione (*i.e. Überwachungsfunktion e Schutzfunktion*), precisando che eventuali ricostruzioni asimmetriche, giustificate sulla base tipologica, trovano un riscontro unicamente nell'inidoneità delle fonti di pericolo ad essere "seguite"

³⁶¹ Nel senso che la responsabilità derivante dalle violazioni delle norme antinfortunistiche discenda anche dalla "presa in carico" di fatto di un ruolo cui si riconnette una posizione di garanzia, cfr. Cass. sez. IV, n. 35120 del 2013.

³⁶² Sulla rilevanza dell'autonomia del diritto penale, nella materia che ci occupa, rispetto al diritto civile, cfr. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 245; SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 10 ss.; LEONCINI, *Obbligo di garanzia*, cit., p. 256 e FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 84; Per un approccio fattuale, nella dottrina italiana: ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., p. 202.

³⁶³ STREE, *op. loc. ult. cit.*, precisava che «man begann damit, sich von der vertraglichen Grundlage abzuwenden und an ihre Stelle die tatsächliche Übernahme einer Schutz- oder Überwachungstätigkeit treten zu lassen» ossia che «ci si iniziò ad allontanare dal fondamento contrattuale e al suo posto si lasciò subentrare la presa in carico materiale di una funzione di protezione o di controllo».

³⁶⁴ Giacché, come osserva BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Cass. Pen.*, fasc. 6, 2009, p. 2266, «occorre guardarsi dall'idea ingenua, e foriera di clamorosi fraintendimenti, che la sfera di responsabilità di ciascuno possa essere sempre definita e separata con una rigida linea di confine; e che questa stessa linea crei la sfera di competenza e responsabilità di alcuno escludendo automaticamente quella di altri».

da colui che ceda la propria posizione³⁶⁵; epperò, tale asimmetria ricostruttiva può ben trovare un ostacolo logico nei casi in cui, come si vedrà, la creazione del rischio sia connessa all'attività precedentemente svolta³⁶⁶.

Al netto di quanto specificato, il concetto di 'presa in carico' può essere indagato sul piano delle proprie implicazioni logiche e strutturali. Innanzitutto va osservato che, per evitare soluzioni di continuità, nella materia della protezione, è stata sostenuta da più parti³⁶⁷ la necessità di una presa in carico effettiva, finanche materiale, da parte del garante subentrato: così da estendere il più possibile la durata della posizione di garanzia originaria. Ciò in quanto, il garante che subentri può essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. unicamente entro i limiti dei poteri a lui effettivamente trasferiti e soltanto per gli eventi che egli sia tenuto ad evitare³⁶⁸, risultando, quindi, necessariamente più circoscritta, nonché residuale e funzionale all'assolvimento dell'obbligo principale³⁶⁹.

Altre implicazioni, oltre a quella connaturale al meccanismo della delega, consistente nella necessità/possibilità d'individuare esattamente il soggetto al quale imputare oggettivamente la produzione di eventi lesivi, possono essere colte sul piano dell'estensione e intersezione temporale³⁷⁰. Con ciò ci si riferisce alla precisazione dei confini tanto "posteriori" dell'illecito penale – e quindi relativi al sostrato sostanziale idoneo all'individuazione del termine iniziale da cui computare, tra l'altro, la decorrenza della prescrizione nonché il

³⁶⁵ Nel senso espresso *supra infra* § prec.

³⁶⁶ Ci si riferisce alla c.d. successione in attività inosservanti; V. *amplius infra* § 3.

³⁶⁷ In tal senso, GARGANI, *La congenita indeterminatezza*, cit., p. 1393; FRISTER, *Strafrecht*, cit., p. 308 e 311 ss.

³⁶⁸ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 244; MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, cit., p. 342.

³⁶⁹ GARGANI, *La congenita indeterminatezza*, cit., p. 1394.

³⁷⁰ Così come specificato in molteplici casi dalla BGH tedesca «Die vertraglichen Pflichten müssen zum Tatzeitpunkt tatsächlich übernommen sein» (FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62. Aufl., München, 2015, p. 100 RN. 37) e «Die Pflicht wird nicht allein durch Abschluss eines Vertrags, sondern erst dadurch begründet, dass der Verpflichtete es tatsächlich übernimmt, für den Schutz des Rechtsguts zu sorgen» (SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 69. Aufl., München, 2014)

rinvenimento della legge applicabile al *tempus commissi delicti* – quanto “anteriori”, ossia, segnatamente per il soggetto cedente, relativi alla definizione del termine finale di rilevanza della propria posizione.

Potrebbe altresì ricordarsi, in materia di effettività della presa in carico, la rilevanza della conoscibilità del momento a partire dal quale sarebbe scoraggiato l'intervento altrui al fine di proteggere un bene giuridico o controllare una fonte di produzione di rischio³⁷¹. Vale a dire che l'impiego di questa categoria fattuale può essere foriero di determinare una diminuzione momentanea della protezione di beni giuridici, esponendoli al rischio dell'inefficienza del garante subentrato³⁷². Tuttavia, per non avallare apoditticamente una logica dell'astensione a fronte dell'incertezza nel buon esito del proprio intervento³⁷³, il dato dell'influenza negativa della *Übernahme* sul rischio per il bene giuridico si ritiene comunque sacrificabile o, al più, da considerarsi nei termini di rilevanza dell'elemento psicologico e, quindi, nella ricostruzione del *Tatbestand* soggettivo. Il tutto, ricordando che «chi deve attivarsi per adempiere ad un obbligo ha molte più occasioni di mettere in gioco i propri interessi, e dunque di imbattersi in situazioni-limite in cui l'ordinamento può ammettere il venir meno del carattere incondizionato del dovere»³⁷⁴.

Poste che siano le esigenze cui una definizione della presa in carico “materiale” reca in sé, per impiegare la categoria, resta da specificarne i tratti distintivi e i confini. Come si è avuto modo di ricordare in tema di assunzione volontaria degli obblighi (ai sensi e per gli effetti dell'art. 2028 c.c.), rispetto a

³⁷¹ V. *retro infra* Capitolo II, § 2.2.3.

³⁷² Si pensi all'ipotesi in cui un soggetto, a seguito di un sinistro occorso in una zona con scarsa visibilità, si faccia carico di avvisare i passanti della presenza sul manto stradale di materiale scivoloso, rendendo superfluo l'intervento di altri al medesimo fine. Tale posizione teorica è sostenuta, in Italia, da LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, cit.*, p. 256 s. e FIANDACA, *Il reato commissivo, cit.*, p. 84. *Contra*, V. Capitolo II, § 2.2.3.

³⁷³ La polarità dell'astensione, vista in correlazione all'estensione del paradigma della colpa, caratterizza l'analisi svolta in GIUNTA, *Normatività della colpa, cit.*, p. 88 ss.

³⁷⁴ FORNASARI, *Il principio di inesigibilità, cit.*, p. 248.

cui il fenomeno della 'presa in carico' risulta indefettibilmente coesistente, ci si riferisce al momento in cui la posizione di garanzia passa dal terreno della potenzialità a quello dell'attualità. Questo momento, però, non va confuso con la sussistenza di poteri impeditivi, sebbene essa costituisca un elemento strutturale, seppur di corredo rispetto al fenomeno *ex se*, anche della presa in carico. Infatti, come avviene segnatamente nel caso di deleghe "fittizie" o di successione in attività inosservanti³⁷⁵, i momenti potrebbero risultare non coincidenti, comportando semmai problemi sul piano della non esercitabilità delle funzioni attese e non su quello della presa in carico, comunque presupposta.

A fronte della successione nel controllo di fonti di rischio, si ritiene che la presa in carico avvenga automaticamente, insieme all'avvicendamento soggettivo tra i garanti, suggellato tramite impegni contrattuali o *per facta concludentia*. Mentre, come si è anticipato, per quanto riguarda la successione nella protezione di beni giuridici, è tendenzialmente richiesto che la presa in carico sia suggellata dalla materiale apprensione (o simili) del bene da tutelare. Ai fautori di questa distinzione³⁷⁶, essa sembra congeniale alla stabilizzazione dei rapporti tra i garanti asincroni, in quanto permetterebbe minori incongruenze e incertezze nell'individuazione del soggetto cui si possa ascrivere oggettivamente la causazione dell'evento, eliminando eventuali soluzioni di continuità nella tutela di beni giuridici.

Così, nell'esempio in cui la *babysitter* si accordi con i genitori per occuparsi del loro figlio il giorno seguente a partire da un orario stabilito, nonostante il contratto sia concluso, ella non sarà da considerarsi garante, non solo nelle more dell'inveramento del termine iniziale di efficacia della pattuizione, ma anche fintanto che non abbia iniziato a svolgere l'attività lavorativa³⁷⁷. Perciò, nell'ipotesi in cui i genitori, non attendendola arrivare, lascino il proprio figlio

³⁷⁵ V. *amplius infra* § 3.

³⁷⁶ cfr. GARGANI, *La congenita indeterminatezza*, cit., p. 1393.

³⁷⁷ Così, ROXIN, *Strafrecht*. AT, I, cit., § 32, Rn. 66; FRISTER, *Strafrecht*, cit., p. 311.

da solo e costei non giunga, potrebbe comunque ritenersi non sussistente la responsabilità della *babysitter* a fronte di lesioni riportate dal fanciullo, pur restando ovviamente intatte altre forme di responsabilità (*i.e.* contrattuale ed extracontrattuale). Tale spiegazione affonda chiaramente le proprie radici nella tendenza di alcuni beni giuridici ad essere “seguiti” e, quindi, sull’estensione e permanenza della posizione di garanzia originaria³⁷⁸.

Tant’è che è stato sostenuto che alcune posizioni di protezione e, segnatamente quelle ricoperte dai genitori rispetto all’integrità dei propri figli, possono essere cedute soltanto “parzialmente e temporaneamente”³⁷⁹, non solo per la conformazione incompressibile del bene giuridico tutelato, ma soprattutto per la possibilità di proteggere tale bene anche in via mediata. Come, del resto, avviene affidando a taluno in custodia temporanea i propri figli e, altresì, nei casi della c.d. “delega di soccorso”, in cui cioè un soggetto che abbia in carico il bene da proteggere, rendendosi conto dell’inconsistenza del proprio potere impeditivo, si rivolga ad altri – riconosciuto come capace – affinché si attivi per la neutralizzazione del pericolo. Tale atto non spoglierebbe

³⁷⁸ In materia di sicurezza sul lavoro (V. *amplius infra* §§ 4 ss.) la Suprema Corte ha specificato (Cass. sez. IV pen., n. 38991 del 10 giugno 2010 (Montefibre), punto 14 del Considerato in Diritto, che «in presenza di strutture aziendali complesse, la delega di funzioni esclude la riferibilità di eventi lesivi ai deleganti se sono il frutto di occasionali disfunzioni; quando invece sono determinate da difetti strutturali aziendali e del processo produttivo, permane la responsabilità dei vertici aziendali e quindi di tutti i componenti del consiglio di amministrazione. Diversamente opinando, si violerebbe il principio del divieto di totale derogabilità della posizione di garanzia, il quale prevede che pur sempre a carico del delegante permangano obblighi di vigilanza ed intervento sostitutivo. In definitiva, anche in presenza di una delega di funzioni ad uno o più amministratori (con specifiche attribuzioni in materia di igiene del lavoro), la posizione di garanzia degli altri componenti del consiglio non viene meno, pur in presenza di una struttura aziendale complessa ed organizzata, con riferimento a ciò che attiene alle scelte aziendali di livello più alto in ordine alla organizzazione delle lavorazioni che attingono direttamente la sfera di responsabilità del datore di lavoro».

³⁷⁹ cfr. ROMANO, *Commentario sistematico, cit.*, ed. 1995, p. 360; GARGANI, *La congenita indeterminatezza, cit.*, p. 1393; in giurisprudenza, cfr. Cass. sez. IV pen., n. 25571 del 22 maggio 2007, punto 13 del Considerato in Diritto: «A titolo esemplificativo, la madre il cui figlioletto sta annegando non è tenuta a soccorrerlo se non sa nuotare, ma ciò non la esime certo dal chiamare i soccorsi; e così il medico che, nel corso di una terapia o di un intervento chirurgico, si rende conto di non essere in grado di affrontare un problema imprevedibile non va esente da responsabilità se non chiede l'intervento dello specialista che questo problema è in grado di affrontare».

il soggetto (delegante) della propria responsabilità, residuando in capo ad esso un obbligo di sorveglianza sull'operato del delegato e un possibile riconoscimento di *culpa in eligendo*³⁸⁰.

Ci si potrebbe chiedere se un tale ordine di differenze sia suscettibile di riguardare tutte le posizioni di protezione, in modo da conferire pregio alla distinzione a base funzionalistica delle posizioni di garanzia. Tuttavia, un tentativo di sistematizzazione basato sulla distinzione funzionale delle posizioni di garanzia si scontrerebbe drammaticamente, a nostro avviso, con le seguenti obiezioni: in quanto esso a) apparirebbe miope rispetto all'evenienza in cui cessi il rapporto da cui origina la posizione di garanzia, in quanto, tanto la presenza di doveri d'ufficio o contrattuali quanto la volontaria presa in carico – usualmente indicate come ulteriori fonti della funzione protettiva – possono terminare; b) mostrerebbe, dunque, disinteresse verso il rapporto sottostante, in spregio della sua indefettibile influenza sulle sorti di quello di garanzia; c) sarebbe tale da svuotare di senso la differenza di nomenclatura – tra la “cessione” e la “delega” – giacché solo nel secondo caso può pensarsi alla non definitività. Si pensi alla conclamata ipotesi del medico che prenda in cura un paziente, assumendo una posizione di protezione nei suoi confronti: a meno di non voler stabilire una relazione valida “finché morte non vi separi” e, anzi, anche in grado di travolgere questo limite, deve potersi ammettere che la posizione del garante originario (quantomeno in contesti leciti) possa ben cessare definitivamente in seguito, ad esempio, al trasferimento del paziente³⁸¹.

Ma vi è di più, in quanto l'assunto non si rivelerebbe corretto neanche a fronte di relazioni familiari diverse da quella genitoriale, non valendo né per esse – in quanto comunque sottoposte alla possibilità di essere interrotte (si

³⁸⁰ cfr. PAONESSA, *Obbligo d'impedire, cit.*, p. 649. Per le intersezioni di questo profilo con quello della diligenza e degli obblighi di astensione; cfr. GIUNTA, *Normatività della colpa, cit.*, p. 99.

³⁸¹ L'esempio lascia volutamente intatte le implicazioni causali, giacché queste non potrebbero comunque sostanziarsi in assenza dell'individuazione del termine di relazione soggettivo.

pensi al rapporto di coniugio) – né per le altre *Sonderbeziehungen*, assimilate per gli effetti a quelle familiari³⁸², altrettanto suscettibili di giungere a conclusione³⁸³.

Infine, se tale sistematizzazione non regge il confronto con le fonti, altrettanto vano sarebbe il tentativo di applicarla alla generalità dei beni giuridici tutelati, siccome, a legislazione invariata, non esistono preclusioni alla configurazione di *Schutzfunktionen* rispetto ad interessi diversi dalla vita e l'incolumità personale³⁸⁴.

Perciò, pur non intendendo rinunciare alla finalità ricognitiva affidata alle posizioni di garanzia c.d. di protezione, si ritiene che la distinzione riportata svolga unicamente una funzione didascalica della maggiore pregnanza del vincolo genitoriale, ma non si presti alla sistematizzazione né a un impiego epistemologico coerente, gettando un cono d'ombra sulla valenza pragmatica della classificazione funzionalistica *tout court*.

Considerata la marginalità dell'impatto della bipartizione funzionale sulla definizione della presa in carico, ci si chiede se la classificazione fondata sul tipo di funzione svolta possa essere, invece, costruttivamente impiegata rispetto all'altra polarità della *Übernahme*, ossia l'affidamento reciproco; punto che richiede, per la sua trattazione, alcuni chiarimenti in ordine al concetto di affidamento.

³⁸² cfr. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München, 2015, p. 97, Rn. 21, che riporta l'orientamento giurisprudenziale dominante, secondo cui: «Die für Ehegatten geltenden Grundsätze gelten auch für eingetragene Lebenspartner» (ossia, i principi validi per i coniugi valgono anche per le unioni civili) e mostra lo scetticismo a fronte della fondazione di posizioni di garanzia per relazioni occasionali o per la presenza di mere «soziale Rollenerwartungen» (Rn. 25)

³⁸³ Ribadito nella letteratura e nella giurisprudenza tedesca, FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, cit., p. 97, Rn. 23, in cui tuttavia viene precisato che al termine della relazione coniugale (o affine) potrebbe comunque esservi un residuo di affidamento, tale da giustificare la permanenza di posizioni di garanzia. A maggior ragione, a seguito di rotture non consensuali o non formalizzate.

³⁸⁴ Altrettanto è sostenuto nell'ordinamento tedesco, in cui, nonostante qualche indecisione della dottrina, molteplici pronunce del Bundesgerichtshof hanno stabilito che anche i beni di consistenza patrimoniale sono suscettibili di essere tutelati mediante posizioni di garanzia, con il solo limite della terzietà rispetto alla sfera di competenza del garante, per assenza dell'obbligo di impedire l'evento. (recentemente ribadito in: BGH, Urt. v. 10.07.2012 – VI ZR 341/10, OLG München, in *NJW*, 47, 2012, p. 3439 ss.).

Il reciproco affidamento, per quanto concerne la conformazione statica delle posizioni di garanzia, viene in rilievo rispetto al soggetto garantito e ad eventuali terzi che confidino nell'impedimento dell'evento lesivo. Tuttavia, quale frutto del principio solidaristico, esso costituisce una mera implicazione dell'esistenza di una posizione di garanzia³⁸⁵, non godendo di alcuna autonomia ricostruttiva se non per fondare argomentazioni *a contrariis*. Vale a dire che nell'affermare la sussistenza di una *Garantenstellung* il giudice non è tenuto né ad accertare l'affidamento della vittima (*lato sensu* intesa) – in quanto irrilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p. – né tantomeno a dar conto dell'affidamento dei terzi, il quale può giocare un ruolo unicamente nella considerazione astratta del disvalore del fatto e nella giustificazione dell'incriminazione omissiva (e quindi su di un livello non confacente all'organo giudicante, bensì al legislatore).

Appare dunque evidente come il perno della solidarietà sociale operi nel senso di scolpire le posizioni dei soggetti che interagiscono con intensità crescente a seconda del legame che si stabilisca tra loro e con la *res* tutelata; per questo motivo, elevando a paradigma di civiltà il principio di correttezza nel comportamento contrattuale, l'affidamento richiede maggior attenzione a fronte di strutture asincrone e "dinamiche" della posizione di garanzia³⁸⁶, attribuendogli un ruolo chiave nella disciplina dell'interazione soggettiva oltre

³⁸⁵ cfr. *retro infra* Capitolo I.

³⁸⁶ cfr. Cass. sez. IV pen., n. 25527 del 22 maggio 2007, Conzatti, *Rv.* 236852, che, sul tema della momentanea presa in carico di bene da tutelare, così riferiva: «la fonte convenzionale dell'obbligo di garanzia include non soltanto i contratti tipici ma anche tutti gli atti negoziali atipici. In conseguenza, in tale ambito possono essere collocate situazioni nelle quali l'assunzione del ruolo di garante si fonda su base consensuale. [...] Peraltro, anche nel caso di assunzione consensuale, ciò che rileva maggiormente è l'oggettiva presa in carico, sicché l'obbligo di protezione potrà verosimilmente sorgere anche da una stipulazione cui non partecipi il soggetto titolare del bene [...] D'altra parte, non di rado, ciò che a prima appare frutto di un atto unilaterale è in realtà espressione di un'obbligazione assunta con un atto negoziale atipico [...] L'assunzione di un impegno in tal senso non sarebbe stata sufficiente a generare concretamente l'obbligo di controllo, essendo invece necessaria altresì la reale assunzione in carico della gestione della situazione pericolosa costituita dalla discesa a valle nelle condizioni difficili di cui si è già detto». La Suprema Corte ha pertanto ritenuto sussistente la posizione di garanzia del soggetto che, occasionalmente presente ad un festeggiamento in un rifugio alpino e dotato delle competenze idonee ad assicurare il rientro in slittino dei partecipanti, aveva tenuto una condotta negligente nel curare la predetta discesa.

che in quella dello “scambio”. Vale a dire che l’affidamento finisce con l’ottenere considerazione penalistica in chiave pragmatica, in quanto utile a dirimere questioni, se correttamente impiegato³⁸⁷. Epperò, in ambito penale, data l’asimmetria delle posizioni soggettive, esso va riguardato sotto due concorrenti angoli visuali tra loro interdipendenti: quello del garante originario e quello del derivato, rivestendo tuttavia una funzione ben più importante in contesti connotati da illiceità³⁸⁸.

Infatti, in ambito lecito non si colgono grosse differenze rispetto al corrispondente concetto civilistico, nella misura in cui i soggetti interagenti sono tenuti a operare secondo correttezza e buona fede e quindi: dal punto di

³⁸⁷ Ci si riferisce a quanto stabilito nell’art. 1175 c.c., a norma del quale «Il creditore e il debitore devono comportarsi secondo le regole della correttezza», da leggersi in combinazione con gli artt. 1227, 1337, 1338, 1339, 1358, 1366, 1375, 1391, 1460, 1746 co. 1, 1759, 1805 co. 1, 1914, 2598 n. 3 c.c. e art. 88 c.p.c., quali ormai conclamate ipotesi d’affermazione di tale principio; cfr. *ex multis*: la “storica” sentenza Cass. Sez. Un. civ. n. 23726 del 2007, sovente ricordata nella ricostruzione del c.d. abuso del diritto, che stabiliva che: «È contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all’art. 2 Cost. e si risolve in abuso del processo (ostativo all’esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario», notando che il canone della buona fede e della correttezza «costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, applicabile in ambito contrattuale ed extracontrattuale, che impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale (che si specificano in obblighi di informazione e di avviso) nonché volto alla salvaguardia dell’utilità altrui, nei limiti dell’apprezzabile sacrificio», nonché le recentissime pronunce della Cass. Sez. Un. civ., nn. 26242 e 26243 del 2014 che ribadiscono il medesimo orientamento espresso nel *leading case* sopra ricordato, seppur in materie diverse (*i.e.* rilevabilità officiosa della nullità contrattuale).

Com’è noto, la disposizione fa riferimento al concetto di correttezza, a cui può affiancarsi quello di buona fede in senso oggettivo; ossia, il dovere di comportarsi con lealtà ed onestà. La genericità dei concetti è tale da richiedere al giudice, in sede di definizione dei casi, l’attribuzione di significato concreto. Altresì, da tali clausole derivano: per il debitore, il dovere di eseguire anche le prestazioni strumentali o accessorie che siano necessarie a soddisfare integralmente l’interesse del creditore; per il creditore, il dovere alla cooperazione con il debitore, affinché il suo adempimento non risulti eccessivamente oneroso.

Un principio analogo è espresso anche nel codice civile tedesco – *i.e.* §242 BGB, rubricato *Leistung nach Treu und Glauben* (ossia: prestazione secondo fedeltà e correttezza), a norma del quale «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern» (ossia: il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione così come lo richiede la buona fede con riguardo all’uso dei traffici) – ed è, altresì, sovente impiegato nella spiegazione del fenomeno della *Übernahme* penalistica.

Per un’accorta disamina delle interazioni tra la normativa civilistica italiana e tedesca e il concetto d’inesigibilità, cfr. FORNASARI, *Il principio d’inesigibilità, cit.*, pp. 16 ss.

³⁸⁸ *Amplius infra* § 3 sub IV e V.

vista del cedente, fornendo al subentrante tutte le informazioni utili e i poteri impeditivi; da quello del subentrante, impegnandosi ad adempiere alla propria funzione – temporanea o permanente che sia – con la diligenza richiesta dalla prestazione. La differenza maggiore, però, si coglie nell'indipendenza dalla fonte contrattuale, giacché, come s'è detto, il trasferimento di funzioni e posizioni di garanzia può essere determinato da vicissitudini ben eterogenee.

Pertanto, quanto agli effetti della bipartizione funzionale può osservarsi che non vi siano significative differenze neanche rispetto all'affidamento; poiché, a fronte della successione in posizioni di controllo e di protezione, deve comunque essere tenuto presente il dovere di correttezza. A variare è ovviamente il contenuto delle attività idonee a ritenere rispettato l'affidamento altrui, giacché, a fronte del trasferimento di posizioni di controllo esso si compendia nella correttezza delle informazioni fornite dal garante originario, che siano tali anche da far riporre legittimamente affidamento nell'operato del soggetto designato. In tal modo, potrebbe darsi dunque luogo a un successivo "disinteresse" nei confronti della fonte di pericolo, motivato dalla sua non idoneità ad essere "seguita" dal cedente e, quindi, dalla mancanza di poteri residui d'intervento di quest'ultimo.

Da parte del subentrato, invece, l'affidamento si colloca nella correttezza delle informazioni ottenute ed eventuali ascrizioni di responsabilità riguarderanno semmai la diligenza impiegata per verificarne completezza ed efficacia³⁸⁹; nel senso che il subentrato non potrebbe invocare a propria discolpa

³⁸⁹ Impiegando il consueto raffronto con il parametro astratto del c.d. agente modello – cfr. BASILE, *Fisionomia e ruolo, dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in De Francesco–Piemontese–Venafro (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, p. 37 ss., VENEZIANI, *Regole cautelari proprie e improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, *passim*; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, *passim*; GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1999 – vale a dire che la valutazione sarà compiuta sul piano della colpa e quindi lascerà impregiudicata la responsabilità del soggetto che, pur essendo in condizioni di agire diligentemente, non lo abbia fatto oppure abbia colposamente omesso di verificare l'esattezza delle informazioni ricevute.

l'acritica recezione o la fideistica accettazione delle istruzioni del cedente³⁹⁰. Perciò, quanto alla necessità di disciplinare le soglie d'inerzia del subentrato, può anche osservarsi che, diversamente opinando, si darebbe ingresso nel sistema a un meccanismo di totale deresponsabilizzazione, concedendo al garante subentrato uno spazio d'irresponsabilità non ammesso nemmeno nei confronti di inferiori gerarchici nelle ipotesi di ordine vincolante manifestamente illegittimo³⁹¹.

Inoltre, secondo alcuni, nel caso della verifica della sussistenza di colpa del subentrato si tratterebbe di un accertamento da farsi in termini della sola "prudenza", poiché, esclusa che sia la perizia (semmai rilevante in tutt'altra direzione), non è di diligenza che ci si dovrebbe preoccupare³⁹². Secondo altri³⁹³, invece, nel caso *de quo* emergerebbe un'ulteriore sfumatura del concetto di colpa, riferita al c.d. "principio del corretto comportamento proprio". Si tratta, a ben vedere, di una versione del principio che scinde le posizioni e le affianca, per ottenere una soluzione più completa al caso d'interferenza di più condotte.

Può quindi ritenersi, ricorrendo allo spettro della misura della colpa, che il soggetto subentrato che possa riconoscere l'esistenza di una violazione cautelare, sia tenuto a farlo, alla stregua di una nuova regola cautelare, a sua volta da rinvenirsi nella 'prudenza' derivata o nel 'corretto comportamento

³⁹⁰ Così, GIUNTA, *Normatività della colpa*, cit., p. 90 ss.; FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 281 ss. A parere di alcuni (MANTOVANI, *op. loc.ult. cit.*) si tratterebbe di un'estensione dell'obbligo proprio, volto a prevenire anche le conseguenze dell'altrui condotta negligente. *Amplius infra* § 3 e – per l'influsso sul tema dell'impedimento di reati altrui – Capitolo IV.

³⁹¹ C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 417 s.

³⁹² cfr. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, pp. 489 ss.

³⁹³ cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 342 ss.; in tal senso – corredato di opportuni rilievi sulla rilevanza del comportamento alternativo lecito, da parte del committente – la Corte di Cassazione ha ritenuto fondato il ricorso proposto da sub-appaltatore, esecutore materiale dell'opera, in virtù della valorizzazione del principio di affidamento. Così, Cass. sez. IV pen., n. 38122 del 15 maggio 2013, riferita al sub-appaltatore «ha operato seguendo le indicazioni della direzione lavori e del direttore di cantiere, che mai gli avevano segnalato la esiguità delle fondazioni dell'immobile, senza poter dubitare dell'attendibilità delle indicazioni ricevute, in considerazione della particolare qualificazione dei professionisti in questione. Né peraltro risulta che la esiguità dell'immersione nel terreno della parte del fabbricato fosse visibile *ictu oculi*» (4.7 del Considerato in Diritto).

proprio'. Invece, rispetto alle posizioni di protezione, un simile apporto potrebbe non essere sufficiente a sostanziare il legittimo affidamento (e disinteresse) del cedente, che resterebbe dunque vincolato – in qualità di garante unico – alla tutela della *res* fino al momento concreto della presa in carico e – quale garante aggiunto o come “sorvegliante” – per il tempo in cui il bene sia affidato ad altri da egli stesso designati.

3. PRESUPPOSTI E STRUTTURA DELLA C.D. SUCCESSIONE IN ATTIVITÀ INOSSERVANTI: AL CONFINE CON LA RESPONSABILITÀ PER FATTO ALTRUI

Come si è avuto modo di anticipare, la particolare conformazione del contesto in cui avvenga il trasferimento di funzioni specifiche, o la successione nella posizione di garanzia, influenza profondamente la morfologia degli obblighi impeditivi. Più precisamente, laddove si versi in una situazione illecita – ossia il garante originario si spogli della propria posizione di garanzia non avendo assolto correttamente alla propria funzione di evitamento di lesioni a beni giuridici tutelati, oppure non avendo rimosso i rischi derivanti dalla sua precedente attività – ci si è chiesto: a) se questi possa dirsi sollevato da ogni titolo di responsabilità in ordine alla perpetrazione, anche successiva, di eventi dannosi o pericolosi; b) in caso negativo, se vi siano obblighi specifici in ordine alla delega a fronte di attività inosservanti e in cosa consistano; c) infine, quale sia l'ambito di tutela sottoposto alla garanzia del garante derivato e fino a che punto questo si spinga.

In primo luogo, prima di fissare il concetto di ‘successione in attività inosservanti’, si precisa che, anche nella materia *de qua* la distinzione funzionale riveste dignità ricostruttiva; perciò, va svolto un discorso differente a seconda che la posizione di garanzia in esame sia innestata sul controllo di fonti di rischio o sulla protezione di beni giuridici, giacché solo nel primo caso si avrebbe una vera successione, in quanto, una volta ceduta, non residuerebbero

possibilità di esercitare ulteriori forme di controllo³⁹⁴. Pertanto, stante la diversa conformazione delle posizioni di garanzia, è stato anche sostenuto che, nella tensione tra il principio di autonomia privata e affermazione del dogma solidaristico, i meccanismi di cessione di posizioni di controllo conferiscano maggior espansione al primo rispetto al secondo, consentendo dunque una più ampia possibilità di scelta al soggetto cedente rispetto a quanto avvenga a fronte della protezione di beni giuridici.

In questo secondo caso, infatti, è difficilmente immaginabile l'accettazione, da parte dell'ordinamento, di un depotenziamento della pervasività del principio solidaristico che potrebbe determinare un *vulnus* di tutela. Perciò, come pure si è anticipato, per le posizioni di protezione si dà luogo a una tendenziale duplicazione³⁹⁵ (ibridata) dei garanti, volta ad assicurare – o comunque a supplire a – una forma di tutela per i beni giuridici.

Ciò premesso, ci si è chiesto come qualificare la posizione del soggetto cedente che trasferisca la titolarità di un'attività affetta da proprie violazioni cautelari e, quindi, qualificabile come inosservante, sebbene a fronte della mancata verifica di eventi lesivi. Vale a dire che, escludendo che la realizzazione dell'evento possa fungere *ex se* da elemento dirimente in ordine all'ascrizione della responsabilità, è comunque necessario indagare entrambe le posizioni – del cedente e del subentrato – per verificare se, per il primo, residuino dei margini di responsabilità pur in assenza di *Tatherrschaft* e, per il secondo, se in capo a questi vi siano degli specifici obblighi di neutralizzazione del rischio derivante da negligenze pregresse.

³⁹⁴ GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., p. 599.

³⁹⁵ Ad esempio, in relazione a un ambiente circoscritto, caratterizzato dalla primazia della figura del comandante, qual è quello della navigazione a bordo di natanti, la Suprema Corte, ad esempio, si è sempre espressa nel senso di non consentire la delega della posizione di garanzia da parte del comandante, se non a particolari condizioni e comunque mai spogliandosi dell'esercizio della funzione; cfr. Cass. sez. III pen. n. 7746 del 30 aprile 1999, *Citino*; Cass., sez. IV pen. del 1 febbraio 1991, *Caldarella*; Cass. sez. IV pen. 23 giugno 1988; Cass. sez. III pen., 5 ottobre 1983, *Bozzao*; Cass. sez. III pen., 9 marzo 1982, *Esalini*; Cass. sez. III pen., 6 luglio 1982, *Perzolla*.

Occorre, a tale scopo, operare delle puntualizzazioni in ordine alle strutture concettuali di cui servirsi.

Innanzitutto corre d'obbligo (I) distinguere la 'signoria sul fatto' (*Tatherrschaft*) da quella sulla produzione dell'evento (*Herrschaft über den Grund des Erfolges*), ed entrambe dalla violazione di norme obiettive di diligenza, così da poter indagare il riflesso dell'*Ingerenztheorie* sul problema *de quo* e vagliarne l'accettabilità. Più precisamente, sembra opportuno chiarire (II) se il meccanismo della successione e della delega siano idonei a concretizzare un adempimento, seppur mediato, dell'obbligo sotteso ai *Pflichtdelikte* e (III) se ciò possa valere anche in un contesto illecito. A tal proposito è poi richiesta (IV) una delimitazione chiarificatrice del lemma "attività inosservante", che sia tale da far comprendere cosa indichi, quali siano i suoi parametri e se questi rientrino nella comprensione dell'art. 40 cpv. c.p. o siano da rinvenirsi altrove. Il tutto senza dimenticare di puntualizzare il ruolo svolto dall'evento e, specularmente, dal caso fortuito, né tantomeno di analizzare, (V) la differente portata della presa in carico e quella dell'affidamento verso la successiva rimozione del rischio illecito precedentemente causato.

3.1. CENNI ALLE FORME DI 'SIGNORIA SUL FATTO'

Quanto alla distinzione tra le forme di signoria sul fatto, rimandando a quanto già sviluppato nel Capitolo I nella trattazione tradizionale del tema della *suitas* nel nostro ordinamento, il fenomeno della successione in attività inosservanti fornisce un insuperabile spunto per verificare la portata delle affermazioni svolte e confrontarle con gli esiti dell'*Ingerenztheorie*.

Nel caso in cui vi sia un avvicendamento rispetto alla gestione di attività, può ben avvenire che il cedente non possieda più gli strumenti d'intervento né tantomeno che questi possa impedire la concretizzazione del rischio che egli stesso ha creato (o contribuito a creare) con la propria condotta negligente. Orbene, se s'intende che la *Tatherrschaft* costituisca un presupposto indefettibile

per strutturare un'azione penalmente rilevante (e un'omissione), sembrerebbe conseguire dal suo venir meno l'inconfigurabilità di un'ascrizione omissiva in capo al soggetto che abbia ceduto la titolarità sulla fonte diretta di rischio (per quanto riguarda le posizioni di controllo) o sull'esercizio di una funzione di protezione. Pertanto, per vagliare i residui di ascrivibilità al soggetto cedente nonché i confini della posizione di garanzia facente capo al subentrante, va chiarito se – e in che termini – possa sostenersi che la signoria sul fatto venga meno.

Se col termine *Tatherrschaft* s'intende il controllo finalistico sulla propria azione, o comunque la sua controllabilità, potrebbe senz'altro sostenersi che con l'avvicendamento intersoggettivo rispetto a situazioni di pericolo detta 'signoria' venga meno, siccome, con l'annientamento delle possibilità residue di controllo si esaurisce per il soggetto cedente anche la facoltà d'intervento. Così, nella tradizionale impostazione di Roxin³⁹⁶, colui il quale sia gravato da obblighi giuridici integrerà, ove previsto, un reato d'obbligo (*Pflichtdelikte*) nei casi in cui non soddisfi la pretesa ordinamentale al compimento degli stessi, solo nell'evenienza in cui egli fosse in condizione di esercitare la propria signoria sul fatto. Inoltre, nella lettura di Schünemann³⁹⁷, il soggetto può comunque vedersi rimproverato per l'integrazione di un reato di obbligo – o, meglio, di un *Garantensonderdelikt* – per la prevalenza rappresentata dall'obbligo giuridico in compenetrazione con la *Sonderposition* da egli rivestita. Vale a dire che l'interpretazione offerta da Schünemann tiene conto della precedente strutturazione dell'obbligo nei confronti dell'evento prodottosi, di guisa che eventuali erosioni della signoria sul fatto potrebbero comunque essere

³⁹⁶ ROXIN, *Kriminalpolitik, cit.*, p. 18 ss., ID., *Strafrecht, AT II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München, 2003, p. 625 ss.

³⁹⁷ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979, p. 32 ss., in cui, tra l'altro, l'A. sottolinea come proprio nel contesto del c.d. diritto penale dell'economia, stante la particolare conformazione degli obblighi e delle funzioni svolte, abbondino figure di reato proprio.

compensate da un originario vincolo del soggetto rispetto alla funzione da egli rivestita.

Entrambi i punti di vista sono stati rivisitati da Jakobs³⁹⁸ il quale, in conseguenza della propria *Handlungstheorie* nutrita dal riflesso del contenuto sociale dell'azione sulla propria definizione³⁹⁹, sostiene che si debba tener conto di un'accezione diversa di *Herrschaft*, non avente come contenuto l'azione ma i presupposti dell'evento (*i.e. Herrschaft über den Grund des Erfolges*). Ancora, precisava che il fondamento dell'incriminazione omissiva risiedesse nella *institutionelle Zuständigkeit*, ossia che fosse fondato su una competenza istituzionale; per cui, ritenendo di superare a pié pari la distinzione tra azione ed omissione, giungeva a ritenere gli altrove definiti "reati d'obbligo" come *Organisationsdelikten*.

Proprio su questa valorizzazione espansiva del concetto di 'signoria', tale da svuotarla del proprio significato restrittivo e di selezione, già Schünemann si era espresso⁴⁰⁰ sostenendo, in primo luogo, che dovesse distinguersi, in base all'evento, a seconda del tipo di delitto e precisando che riguardo ai reati di evento dovesse richiedersi la *Herrschaft der Person über den Erfolg* oppure *über den Grund des Erfolges*, specificando che essa dovesse rintracciarsi anche nei reati omissivi e valesse per tutti i tipi di posizione di garanzia, purché vi fosse l'essenzialità rispetto alla causazione dell'evento e l'inermità della vittima⁴⁰¹. Vale a dire che la 'signoria sulla fonte' va comunque confrontata «con la singola stipulazione e il suo specifico oggetto», tant'è che, ad esempio, «vero che l'amministrazione comunale non ha un potere diretto di controllare l'organizzazione e il processo produttivo di un'azienda, può nondimeno

³⁹⁸ JAKOBS, *Tun und Unterlassen*, cit., p. 20 ss.

³⁹⁹ V. *infra* Capitolo I, § 2.

⁴⁰⁰ SCHÜNEMANN, *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, in *Goltd. Arch.*, 1974, p. 234.

⁴⁰¹ Nel testo, SCHÜNEMANN, *op. ult. cit.*, p. 235, rispettivamente: '*wesentliche Erfolgsursache*' e '*Hilflosigkeit des Opfers*'.

incaricare alcuni specialisti di sorvegliare giorno e notte le immissioni di gas liberati nella lavorazione di un'industria chimica»⁴⁰².

Invero, la proposizione di Schönemann era volta a dimostrare la non accettabilità del meccanismo dell'*Ingerenz* neanche a fronte di dinamiche connotate dal trasferimento degli obblighi; era cioè deputata a scongiurare la sovrapposizione tra le implicazioni dell'*Ingerenztheorie* – in base alle quali il soggetto che abbia compiuto un'azione precedente pericolosa sia chiamato a rispondere, in qualità di garante, a seguito della concretizzazione del pericolo o della realizzazione dell'evento – e la c.d. *potentielle Herrschaft* (i.e. signoria potenziale), consistente in una signoria carente del fondamentale requisito dell'attualità.

Secondo l'illustre autore, infatti, «la signoria dell'omittente, nei casi di *Ingerenz*, risiede completamente nel passato»⁴⁰³, aprendo dunque le porte al *dolus subsequens*, in un'accezione già ampiamente avversata da Armin Kaufmann⁴⁰⁴. Tale riflessione, già preannunciata⁴⁰⁵, lo portava altresì a precisare un'ulteriore differenza esistente tra la possibilità di impedire l'evento, ossia la *Abwendungsmöglichkeit* elaborata da Herzberg⁴⁰⁶, e la *Tatherrschaft*.

La concezione di Herzberg, infatti, sebbene fosse fondata sul principio che la *Herrschaft über den Grund des Erfolges* svolga, nei reati omissivi, un

⁴⁰² ROMANO, *Commentario sistematico, cit.*, ed. 1995, sub art. 40, § 73, p. 361.

⁴⁰³ SCHÜNEMANN, *op. loc. ult. cit.*, («Die Herrschaft des Unterlassenden liegt bei den Ingerenzfällen vollständig in der Vergangenheit; ihr fehlt die für die Begehungsgleichheit erforderliche Aktualität, denn der Ingerent hat den Kausalverlauf aus seinem Herrschaftsbereich (dem eigenen Körper, Auto, Haus etc.) »entlassen« und besitzt daher lediglich eine durch die Abwendungsmöglichkeit gekennzeichnete potentielle Herrschaft über das Geschehen - nicht anders als jeder rettungsmächtige quivis ex populo») «La signoria dell'omittente, nei casi di *Ingerenz*, risiede completamente nel passato; a essa manca l'attualità che è necessaria per l'uguaglianza con la commissione, perché l'ingerente lascia andare il decorso causale dalla propria area di dominio (riferita al proprio corpo, auto, casa ecc.) e possiede perciò soltanto una signoria potenziale sull'evento, che viene denominata "possibilità di evitare" – nient'altro rispetto a un qualsivoglia *quivis de populo*»).

⁴⁰⁴ ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik, cit.*, p. 272; V. *infra* Capitolo II.

⁴⁰⁵ SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen, cit.*, p. 316 e 343 ss.

⁴⁰⁶ HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht, cit.*, p. 190 s.

fondamentale ruolo chiarificatore⁴⁰⁷, giungeva a valorizzare il solo dato della *Hilflosigkeit des Opfers* e, quindi, a ritenere accettabile e coerente il meccanismo della *potentielle Herrschaft* senza preoccuparsi effettivamente dei problemi d'imputazione dell'evento. Soluzione, questa, che incontrava le critiche di Schünemann⁴⁰⁸, il quale ne denunciava un'incoerenza tale da farne derivare un'inaccettabile diversità di spiegazione per reati omissivi e commissivi del comune requisito della signoria sul fatto⁴⁰⁹. Ciononostante, egli non respingeva del tutto la possibilità che la *Herrschaft* non fosse attuale, e infatti ammetteva l'eventualità della c.d. *Gehorsamsbereitschaft*⁴¹⁰, ossia della permanenza della signoria anche a fronte di casi che affondassero le proprie origini in momenti precedenti rispetto all'evento; ci si riferisce, dunque, a casi di ingerenza "interna" (*i.e. reine Ingerenz*), rispetto ai quali sopravviverebbe la connaturalità rispetto alla causazione dell'evento e non vi sarebbero alterazioni. In tal modo, l'Autore puntava perciò a un'attribuzione "cieca" del presupposto oggettivo⁴¹¹ dell'imputazione, fondata sulla sussistenza del legame metagiuridico su cui basava la nascita della *Garantenstellung* e concludeva quindi con la valorizzazione estrema dell'importanza della situazione di garanzia.

In un recentissimo lavoro, Roxin ha ritenuto di modulare la propria idea dei *Pflichtdelikte* su quella sostenuta da Schünemann, passando per una puntuale critica della visione jakobsiana, in quanto giudicata parziale e incompleta nella parte in cui riduce i reati d'obbligo a «casi di competenza

⁴⁰⁷ HERZBERG, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰⁸ SCHÜNEMANN, *Zur Kritik, cit.*, p. 237.

⁴⁰⁹ L'Autore, infatti, ponendosi il problema dell'equiparazione tra commissione ed omissione, rinveniva nella *Herrschaft über den Grund des Erfolges* un meccanismo per l'imputazione dell'evento a una persona, costituito dalla relazione tra questa e il proprio movimento del corpo o l'omissione giuridicamente qualificata come tale. Detto concetto veniva qualificato come "*allgemeines Zurechnungskriterium*", ossia come criterio generale d'imputazione; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen, cit.*, p. 237 s.

⁴¹⁰ SCHÜNEMANN, *Zur Kritik, cit.*, p. 235.

⁴¹¹ SCHÜNEMANN., *op. ult. cit.*, p. 236.

istituzionale in forza di obblighi di competenza organizzativa»⁴¹². Il che fornisce, tra l'altro, all'illustre Autore la possibilità di criticare anche la riconduzione alla disciplina concorsuale – e, segnatamente, alla *Beihilfe* – d'ipotesi di posizioni di garanzia con funzioni di sorveglianza, che non evitino la commissione di fatti altrui⁴¹³. Temi sui quali avremo modo di riflettere nel capitolo successivo, ma che lasciano percepire la strettissima interconnessione con quelli qui trattati e, quindi, l'esigenza di chiarificazione.

Pertanto, valorizzando la precedente sussistenza di 'situazioni di garanzia', Roxin relativizza il proprio concetto di *Tatherrschaft*, ammettendo che essa possa conformarsi – diversamente che per Jakobs⁴¹⁴ – sulla base della disattenzione di obblighi preesistenti e derivanti dal ruolo sociale rivestito dal soggetto⁴¹⁵.

⁴¹² ROXIN, *Pflichtdelikte und Tatherrschaft*, in *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, 2014, p. 525. (test.: «Kritik des Ausschlusses der Pflichten kraft Organisationszuständigkeit aus dem Bereich der Pflichtdelikt»)

⁴¹³ Circostanza ancor più rilevante nell'ordinamento tedesco, in cui, com'è noto, è presente una clausola di attenuazione della pena (*Strafmilderung*) per i reati omissivi (§13 Abs. 2 StGB), non prevista per le ipotesi concorsuali.

⁴¹⁴ Per il quale è rilevante la competenza istituzionale, concepita nell'alveo dell'organizzazione.

⁴¹⁵ ROXIN, *Pflichtdelikte und Tatherrschaft*, *cit.*, p. 522. («Pflichtdelikte sind Straftatbestände, bei denen die Täterschaft dadurch gekennzeichnet wird, dass jemand die ihm aus seiner sozialen Rolle erwachsende Pflicht missbraucht oder vernachlässigt und auf diese Weise eine tatbestandsmäßige Rechtsgüterverletzung herbeiführt. Durch das Kriterium des Verstoßes gegen die Anforderungen einer sozialen Rolle, das ich schon im Jahre 1970 als für die Pflichtdelikte charakteristisch hervorgehoben hatte, soll ein Merkmal der Pflichtdelikte gekennzeichnet werden, das für sie und ihre Abgrenzung von den Herrschaftsdelikten auch nach der Auffassung Schünemanns wesentlich ist: dass nämlich der Täter gegen eine schon vor der Tat bestehende, über die jedermann treffende Deliktsvermeidungspflicht hinausgehende rechtlich-soziale Beziehungsanforderung verstoßen haben muss. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass ich viele Anregungen Schünemanns gerne aufnehme, die Konzeption der Pflichtdelikte aber in der geschilderten modifizierten Form aufrechterhalte») «I reati d'obbligo sono fattispecie tipiche, in cui l'autoria può essere individuata nel fatto che qualcuno contravvenga o trascuri l'obbligo per lui insorgente dal proprio ruolo sociale e in tal modo cagioni la lesione tipica di un bene giuridico. Attraverso il criterio dell'infrazione di precetti derivanti dal ruolo sociale, che ho indicato come caratteristici per il reato d'obbligo, deve essere individuato un elemento del Pflichtdelikte che è fondamentale sia per esso che per la sua delimitazione rispetto ai delitti di autoria (*Herrschaftsdelikten*) anche secondo la ricostruzione di Schünemann: e cioè che il reo deve aver violato un precetto relazionale di matrice socio-giuridica che, preesistente rispetto al fatto e ulteriore rispetto al dovere in capo a chiunque di evitare la commissione di un delitto. Riassumendo, può dirsi che io accolga volentieri i

3.2. ADEMPIMENTO DELL'OBBLIGO PER IL TRAMITE DELLA SUCCESSIONE NELLA POSIZIONE DI GARANZIA

Alla luce delle considerazioni sopra riportate, per Roxin il meccanismo della delega – sebbene non elimini in radice tutti gli obblighi⁴¹⁶ – può fungere da strumento per compensare la non attualità della signoria sul fatto. Vale a dire che nell'esempio classico⁴¹⁷ in cui la madre, partita per un viaggio, lasci il proprio lattante chiuso in casa e questi muoia successivamente per denutrizione, ella sarà comunque responsabile dell'omicidio, sebbene al momento della verifica dell'evento non avesse (più) il controllo autoriale; tuttavia, qualora la madre suddetta avesse delegato ad altri l'allattamento del figlio, non solo avrebbe potuto scongiurare l'evento, ma avrebbe – seppur indirettamente – assolto al proprio dovere di matrice socio-giuridica. Da qui, l'idea che il problema dell'operatività diacronica della *Garantenstellung* rispetto alla produzione di un evento dannoso o pericoloso confermi la non esaustività del tema della signoria nel dibattito sui reati omissivi⁴¹⁸.

Del resto, anche nella dottrina italiana sembra star acquistando vigore l'idea che il trasferimento di funzioni costituisca un modo per adempiere al precetto penale, siccome «una corretta impostazione del problema della delega è dunque, soprattutto, un'esigenza di razionalità della tutela»⁴¹⁹.

Potrebbe pertanto risultare interessante scrutinare, impiegando tale “filtro”, gli esiti di parte della nostra letteratura sul tema delle posizioni di garanzia, volti a sostenerne la necessaria fondazione sulla *Tatherrschaft*, secondo

numerosi spunti di Schönemann e che mantenga la concezione dei Pflichtdelikte sebbene nella modificata accezione che ho descritto»

⁴¹⁶ Il punto specifico viene invero soltanto tratteggiato ma non approfondito nel testo qui citato.

⁴¹⁷ ROXIN, *op. ult. cit.*, p. 521.

⁴¹⁸ ROXIN., *op. loc. ult. cit.*

⁴¹⁹ ALESSANDRI, voce *Impresa, cit.*, p. 210. L'A., invero, nell'affermare che le norme interne della struttura organizzativa fungano da tramite necessario per individuare i destinatari dei precetti penali, stante la necessità di passare per una qualificazione normativa a fronte della non riconoscibilità naturalistica di questi (p. 205), sembra però appiattare le funzioni del diritto penale sulla sola – pur meritevole – tutela dei beni giuridici (p. 208).

i criteri della “incapacità” (parziale o totale) del titolare del bene di tutelarlo e del precedente affidamento al garante della funzione di tutela⁴²⁰; entrambi costituirebbero dei paradigmi della signoria sul fatto, validamente esprimibili nel contesto dei reati omissivi e tali da supportare l’equivalenza tra azione ed omissione normativamente prevista. Mediante tale approccio, nel classico esempio della morte per denutrizione del lattante, Fiandaca sostiene che il rapporto di dipendenza dell’incapace naturale, unitamente alla originarietà della funzione di protezione svolta dalla madre, permetta l’equiparazione *ex art. 40 cpv.*, analogamente a quanto avviene per il macchinista che non dovesse azionare lo scambio pur avendone le possibilità e, dunque, la signoria. Perciò, l’Autore specifica opportunamente che il concetto di *Herrschaft*, a seguito di trasformazioni tecniche e socio-economiche, debba essere costruito andando oltre l’accezione naturalistico-precausale basata su movimenti corporali, e quindi conferma⁴²¹ che la signoria possa essere ben esercitata in via mediata su strumenti (tecnici) in proprio possesso⁴²².

Tuttavia, la ricostruzione di Fiandaca, sebbene informata alla tradizionale distinzione sviluppata – al netto di lievi differenze terminologiche⁴²³ – nell’ambito della dottrina tedesca, sembra attagliarsi più precipuamente ai casi d’interazione ‘statica’ e non a quelli in cui vi siano meccanismi di successione o nei quali intervengano delle modificazioni tali da incidere sulla concreta possibilità di muovere le proprie energie causali per scongiurare la realizzazione dell’evento. Del resto anche l’esempio poc’anzi ricordato⁴²⁴,

⁴²⁰ FIANDACA, *Il reato commissivo, cit.*, p. 130.

⁴²¹ Come ricordato dall’autore citato, l’intuizione fa capo a SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen, cit.*, p. 250.

⁴²² FIANDACA, *op. cit.*, p. 131.

⁴²³ Ci si riferisce all’impiego, nel testo, di un concetto – virgolettato – d’incapacità, piuttosto che della “inermità” (*Hilflosigkeit*), la quale, non corrispondendo ad alcuna entità nel nostro ordinamento, si presta ad evitare indebite sovrapposizioni e confusioni con i concetti d’incapacità. Anche il riferimento alla precedenza dell’insorgere dell’obbligo non è corrispondente alla *wesentliche Erfolgsursache*, ma piuttosto soltanto a una caratteristica propria della posizione di garanzia, tale da impedirne il confezionamento *ad hoc*.

⁴²⁴ V. *retro infra* § 3.1.

qualora arricchito dal dato della decisione della madre di partire per un viaggio senza predisporre alcunché per nutrire il lattante, pone dei problemi sul piano della pura *Tatherrschaft*. Infatti, com'è noto, argomentazioni simili sono svolte – seppur *a contrario* – in materia di delitto tentato per sostenere la punibilità del tentativo anche nei reati omissivi propri, nei casi in cui il soggetto ponga in essere un'azione contraria a quella doverosa, o comunque tale da azzerare le possibilità d'intervento entro il termine di adempimento⁴²⁵.

Nella ricostruzione di Fiandaca delle interazioni asincrone, enucleati che siano i requisiti indefettibili della delega di funzioni⁴²⁶, l'Autore preferisce spostare l'attenzione sui (differenti) piani della presa in carico e del possesso di poteri impeditivi, evitando di parlare di *Herrschaft*, e dunque non ponendosi il problema né del potenziale iato temporale né della possibilità della delega di colmarlo, limitandosi tuttavia ad accennare al rischio dello scivolamento verso il basso della responsabilità⁴²⁷.

Sembra interessante accogliere un'accezione di delega di funzioni in cui si rinvercano le possibilità, da un lato, di assicurare comunque la tutela di beni giuridici e, dall'altro, di facilitare il rinvenimento dei soggetti a cui imputare (oggettivamente) la produzione di eventi dannosi o situazioni di pericolo, riservandosi però di valutare l'impatto di una simile idea sui principi e sugli assetti sistematici.

⁴²⁵ Seguendo invece l'impostazione che fonda anche il comportamento omissivo sulla *Tatherrschaft*, si pongono i medesimi problemi del rinvenimento di una signoria "mediata" o comunque non effettiva, in quanto "risiedente nel passato".

⁴²⁶ FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 200 s.

⁴²⁷ FIANDACA, *op. ult. cit.*, p. 201; PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 46 ss.; PULITANÒ, *Posizioni di garanzia*, cit., p. 181 ss. – il quale, fissa opportunamente anche l'opposta polarità viziosa della ricostruzione, consistente nella possibilità, accanto allo scivolamento verso il basso, della "caccia al capro espiatorio verso l'alto" – e ALAGNA, *Il datore di lavoro: concetto e posizione di garanzia*, cit., p. 84

3.3. CONTESTO ILLECITO E SUCCESSIONE IN 'ATTIVITÀ INOSSERVANTI'

Avendo già avvertito dei rischi risiedenti negli automatismi, compreso quello della traslazione verso il basso di responsabilità (apicali), ossia la c.d. *vicarious liability*, va verificato se il meccanismo della delega possa funzionare adeguatamente anche in **contesti illeciti**; vale a dire, se il trasferimento di competenze da un livello all'altro sia idoneo a modificare, senza strascichi, l'assetto delle responsabilità. Più precisamente, ci si chiede quale sia la posizione, rispettivamente, del soggetto delegante (o del garante cessato) e del delegato, tenendo altresì presente che le soluzioni possono variare a seconda del tipo di funzione – di controllo o di posizione – delegata.

Per quanto riguarda la successione in contesto lecito, vi è infatti un tendenziale accordo nel ritenere che, mentre per le prime la delega possa essere sufficiente ad assolvere all'obbligo di controllo, per le seconde debba sussistere un residuo di *Garantenstellung*⁴²⁸, variamente individuato e denominato. Infatti, alcuni ritengono di rinvenire in capo al soggetto cedente un diverso dovere di vigilanza o di sorveglianza e, tra questi, vi è chi preferisce trasferire la riflessione sul piano della *culpa in vigilando* – per quanto riguarda il garante originario – e, talvolta, di quella “per assunzione”⁴²⁹ – per quanto concerne il delegato. Nonostante entrambe non costituiscano affatto una *species* riconducibile al tema della garanzia, ma piuttosto presentino unicamente dei frammenti comuni insiti nella normatività dell'omissione, da un lato, e della colpa, dall'altro⁴³⁰.

⁴²⁸ Ai sensi di quanto detto *supra infra* § 2, consistente cioè in una diversa forma di posizione di garanzia (di controllo) oppure nella base per ascrivere la responsabilità colposa *in vigilando* oppure *in eligendo*.

⁴²⁹ cfr. GIUNTA, *Normatività della colpa penale, cit.*, p. 99 ss.

⁴³⁰ Idea diffusamente sostenuta in GIUNTA, *op. loc. ult. cit.*; cfr. però anche MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, che afferma: «Circa i rapporti tra l'obbligo di garanzia e il c.d. obbligo di diligenza (comprensivo cioè dei suddetti obblighi) nei reati omissivi impropri, essi interferiscono poiché il secondo poggia sul primo e la misura della diligenza non oltrepassa quella cui il soggetto è obbligato come garante. Ma non si può affermarne, concettualmente, la coincidenza poiché il primo fonda l'omissione oggettiva e il secondo la colpa. E vi può essere quella senza questa», nonché MAGRO, *Orientamenti giurisprudenziali sul nesso causale*, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 349, il quale

Nel contesto illecito, invece, anche le posizioni di garanzia di controllo richiedono un'indagine puntuale a fronte della propria cessione o delega, ed anzi, siccome la pericolosità dell'oggetto da controllare potrebbe ben derivare unicamente dall'attività (o inattività) del precedente garante, sarebbe irragionevole prevedere che la delega *ex se* purghi qualsiasi residuo di responsabilità.

Un caso emblematico è certamente rappresentato dal disastro occorso nella Val di Stava, che si verificò il 19 luglio 1985, quando i bacini di decantazione della miniera di Prestavel ruppero gli argini scaricando 160.000 m³ di fango sull'abitato, provocando la morte di 268 persone; in quell'evenienza, come fu significativamente scritto dal giudice istruttore di Trento⁴³¹ «se a suo tempo fosse stata spesa una somma di denaro e una fatica pari anche soltanto ad un decimo di quanto si è profuso negli accertamenti peritali successivi al fatto, probabilmente [...] il crollo di quasi 170 mila metri cubi di fanghi semifluidi non si sarebbe mai avverato». A seguito di faticosi accertamenti, fu infatti provata l'esistenza di una catena di comportamenti "inosservanti" tenuti precedentemente rispetto al disastroso evento, in assenza dei quali il rischio – poi drammaticamente concretatosi – sarebbe potuto ben essere scongiurato. Perciò, tra i profili di maggior interesse della pronuncia definitiva, vi è quello di aver indagato la posizione dei garanti alla luce del comportamento negligente dei predecessori; inoltre, si rinviene immediatamente nella pronuncia della Corte di Cassazione⁴³², la riconduzione del profilo dell'omissione sul piano della colpevolezza, mentre il profilo della

afferitava che fosse talvolta «rilevabile una non chiara distinzione tra profili attinenti alla causalità e alla colpa. Attraverso l'accurata disamina della "prevedibilità" dell'evento, i giudici affrontano questioni che avrebbero dovuto essere considerate ai fini della spiegazione causale. Il criterio della imprevedibilità viene affiancato a quello dell'inevitabilità al fine di accertare la sussistenza di una causa sopravvenuta idonea a interrompere il nesso causale; tali parametri acquistano un ruolo polifunzionale e multiuso, sia nella fase dell'accertamento del nesso di causalità materiale che in quella dell'accertamento del nesso psicologico».

⁴³¹ L'esito del giudizio di primo grado è reperibile in Trib. Trento, 8 luglio 1988

⁴³² Cass. sez. IV pen., 11 dicembre 1990, n. 4793, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 2726 ss.

garanzia è indagato solo successivamente, contribuendo a decisioni finali non inappuntabili⁴³³.

Al netto dell'inversione metodologica della Corte, la quale inquadra nell'ambito della colpa la questione dei riflessi del trasferimento di attività pericolosa inosservante sull'obbligo d'impedire l'evento derivato, la vicenda mostra significativamente una tendenza a sgomberare il campo dal principio di affidamento – siccome i precedenti garanti non potrebbero invocare a propria discolpa di aver confidato nella successiva rimozione del rischio da loro creato⁴³⁴ – per tenere in piedi la responsabilità dei garanti originari. Più precisamente, questi ultimi potrebbero liberarsi soltanto ove i subentrati – sollecitati o meno – non solo intervengano, ma rimuovano effettivamente la situazione di pericolo⁴³⁵.

⁴³³ Si condivide l'opinione espressa da GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio, cit.*, p. 615.

⁴³⁴ cfr. Cass. sez. IV pen., n. 35827 del 27 giugno – 30 agosto 2013 che ha affermato che: «In tema di responsabilità per i reati colposi, vale il «principio di affidamento», in forza del quale il soggetto titolare di una posizione di garanzia, come tale tenuto giuridicamente a impedire la verificazione di un evento dannoso, può andare esente da responsabilità quando questo possa ricondursi alla condotta esclusiva di altri, (con)titolare di una posizione di garanzia, sulla correttezza del cui operato il primo abbia fatto legittimo affidamento. Peraltro, il principio di affidamento non è invocabile sempre e comunque, dovendo temperarsi con il concorrente principio della salvaguardia degli interessi del soggetto nei cui confronti opera la posizione di garanzia (nella specie, il lavoratore, “garantito” dal rispetto della normativa antinfortunistica). Tale principio, infatti, non è invocabile allorché l'altrui condotta imprudente, ossia il non rispetto da parte di altri delle regole precauzionali imposte, si innesti sull'inosservanza di una regola precauzionale proprio da parte di chi invoca il principio. In altri termini, non può invocarsi legittimamente l'affidamento nel comportamento altrui quando colui che si affida sia (già) in colpa per avere violato determinate norme precauzionali o per avere omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che gli succede nella posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio all'omissione: laddove, infatti, anche per l'omissione del successore, si produca l'evento che una certa azione avrebbe dovuto o potuto impedire, l'evento stesso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l'evento». Il concetto di 'rischio' è tuttavia qui impiegato in senso ampio, senza distinguere le differenti accezioni in cui esso può essere compreso. Notoriamente, quella afferente alla tematica dei delitti colposi, quella connessa alla sua produzione nei delitti dolosi, quella riguardante l'imputazione obiettiva dell'evento o, addirittura, di una condotta penalmente rilevante, nonché, quella collegata alla sua funzione sistematico-discretiva tra diversi tipi d'illecito penale, nonché quella relativa all'analisi assiologica del rischio, cfr. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 2 s.

⁴³⁵ In tal senso, anche BRUSCO, *Delega di funzioni, cit.*, p. 2773.

L'esempio riportato mostra in maniera palmare come il fenomeno della successione in attività inosservanti si ponga al centro di molteplici intersezioni problematiche, perciò, onde non indulgere a ricostruzioni 'emotive', è opportuno piuttosto osservare dal punto di vista logico-giuridico quanto segue.

3.3.1. DELIMITAZIONE DEL CONCETTO DI 'ATTIVITÀ INOSSERVANTI'

Dapprima va chiarito cosa s'intenda con il lemma "attività inosservanti", ossia se esso possieda implicazioni semantiche più circoscritte di quelle che emergerebbero dal mero dato letterale. Va infatti compreso se l'aggettivo "inosservanti" si riferisca al generale rispetto di obblighi di garanzia o, piuttosto, se esso richieda una valutazione in chiave di misura oggettiva della colpa e, dunque, una comparazione con il parametro del c.d. agente modello⁴³⁶. Il tutto considerando fuorvianti le ricostruzioni retrospettive influenzate dalla (mancata) produzione dell'evento – analogamente a quanto avviene per l'inidoneità nel delitto tentato, che non può essere semplicisticamente affermata per la mera mancanza della realizzazione dell'evento. Così, il solo fatto che una condotta non abbia comportato la concretizzazione del rischio, per mera eventualità fortunosa, non può essere utilizzato per sostenere che essa non fosse un'attività inosservante.

L'altra polarità, ovviamente, consisterebbe nel ritenere che qualunque attività che si ponga al di sotto di alcuni *standard* sia per ciò solo inosservante, giungendo ad un'affermazione non contraddicibile simile a quella sostenuta nella materia dei reati di pericolo c.d. presunto. In quest'ultimo caso, si è ritenuto che l'incriminazione a tal stregua si collochi agli antipodi rispetto alla

⁴³⁶ Locuzione qui impiegata in senso tradizionale, in riferimento al "sottoparametro" elaborato per mediare tra la certezza del diritto e la personalità dell'illecito, costituito dall'effetto di una comparazione con un parametro astratto e idealizzabile che sia tale da incarnare un'aspettativa di diligenza. Così, GIUNTA, *Normatività della colpa penale*, p. 96, che denunciava il rischio che la figura si risolvesse in una *fictio juris*. Di avviso parzialmente diverso, pur condividendo la matrice costruttiva del *topos*, BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005, *passim* e ID., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, *cit.*, *passim*.

richiesta di agire diligentemente: giacché, a fronte di un comportamento pregiudizialmente ritenuto pericoloso, non c'è diligenza che tenga⁴³⁷.

Secondo una recente ricostruzione dottrina⁴³⁸, il lemma sarebbe riferibile ad ipotesi in cui «il cedente [...] trasferisca l'esercizio di un'attività già originariamente affetta da violazioni cautelari, atte a creare un rischio eccedente i limiti connessi al "normale" svolgimento dell'attività pericolosa», con ciò spostando il piano della riflessione, da quello della strutturazione di posizioni di garanzia, a quello causalistico-cautelare.

L'espressione impiegata tradisce parte del problema da essa incarnato, giacché, un conto è tenere in considerazione aspetti d'imputazione obiettiva e di creazione di rischio (o suo accrescimento), ed altro è indulgere al riconoscimento di una funzione causale della colpa. Pur lasciando alle sedi più appropriate la trattazione della questione, va comunque tenuto presente che in una ricostruzione informata alla *objektive Zurechnung* tedesca – vale a dire, al meccanismo d'imputazione obiettiva che integra in chiave (normativa) gli esiti della causalità naturalistica⁴³⁹ – non prescinde dalla previa identificazione dei termini da porre in relazione (causale). Diversamente opinando, anche a fronte del complesso accertamento del nesso causale in materia omissiva⁴⁴⁰, potrebbe concludersi che la prova della causalità travolga quella della sussistenza di un

⁴³⁷ cfr. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 282 – 290 e GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 235 ss., in cui l'A. sostiene che sia il carattere modale delle regole di diligenza ad inibire una loro considerazione in termini di divieto (e quindi d'incriminazione). *Contra*, però, VENEZIANI, *Regole cautelari proprie e improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 19, il quale sostiene, invece, che anche in ambito colposo vi sia da considerare l'esistenza di un divieto, rappresentato dall'astensione da talune modalità di realizzazione di un'attività altrimenti consentita. In proposito, si segnala però la critica svolta da GIUNTA, *Normatività della colpa*, cit., p. 99, secondo il quale il giungere alla concretizzazione di obblighi di astensione costituirebbe comunque un esito paradossale.

⁴³⁸ GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, cit., p. 610.

⁴³⁹ E pertanto non ne prescinde, non ponendosi come modello alternativo di ricostruzione causale, ma come ricostruzione normativa del nesso eziologico.

⁴⁴⁰ cfr. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. Pen.*, II, 2008, pp. 566 ss., segnatamente, pp. 579 ss.; VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1681 s.

dovere d'impedire l'evento, il che, oltre a rappresentare un'inversione metodologica, svisciva la funzione svolta dall'art. 40 cpv. c.p. rendendolo superfluo.

3.3.2. PRESA IN CARICO ED AFFIDAMENTO NEL CONTESTO DELLE 'ATTIVITÀ INOSSERVANTI'

Le problematiche poc'anzi accennate sono ovviamente presenti anche in contesti leciti, essendovi dei tratti comuni; però, nell'ambito di attività "inosservanti" esse subiscono ulteriori complicazioni e necessitano di maggiore specificazione. Come si è infatti avuto modo di anticipare, tanto nel Capitolo II che nei paragrafi precedenti, il modello dell'*Ingerenz* comporta una sovrapposizione della trattazione relativa alla delimitazione della garanzia con quella inerente alle implicazioni causali. Ciononostante, non si è per questo esentati dal rinvenire correttamente le posizioni di garanzia per poterne individuare i confini, essendo comunque palese l'insufficienza della soluzione di questo solo ordine di questioni ai fini della risoluzione di casi problematici. E, anzi, questa profonda intersezione dei piani conferma che il problema della garanzia sia leggibile su più livelli e non possa più ritenersi confinato alla materia dell'omissione impropria, né tantomeno alla sola definizione dei garanti.

Com'è infatti dimostrato da esempi del tipo di quello sopra proposto (*i.e.* caso del disastro di Stava) e dalla tutt'altro che univoca giurisprudenza sul punto, il ruolo svolto dalla presa in carico e dall'affidamento in contesti connotati da precedente attività inosservante è tutt'altro che pacifico. In alcuni casi, infatti, la Suprema Corte ha ritenuto che il soggetto succeduto potesse invocare, in ragione della brevità del lasso di tempo intercorso dalla cessione, la responsabilità del solo garante originario. Il che, unitamente a fattori quali la complessità strutturale o del problema da risolvere, può ben essere impiegato in sede di decisione per conformare l'esito del giudizio alle norme giuridiche,

risolvendosi col dare vita, però, alla pretesa irrinunciabilità dell'indeterminatezza. Tant'è che, in un caso come quello del disastro di Stava, sebbene per il tramite della valorizzazione di componenti psicologiche, si è giunti a limitare fortemente la portata dell'affidamento, altrove invece valorizzata. Il punto è quindi quello di comprendere fino a che misura si possa impiegare e se il *trend* della riconduzione ai parametri normativi della colpa (o a quelli della causalità) sia l'unica soluzione; ammettendo ciò, infatti, si abdica ad una percepita vaghezza (e scarsa utilità) dell'intera disciplina delle posizioni di garanzia.

Esemplificando: Tizio concede in locazione a Caio il proprio immobile, all'interno del quale è presente un calorifero guasto. Ciò che ci si può chiedere è, in primo luogo, cosa debba avvenire se Caio dovesse morire a seguito dell'esplosione del calorifero, e cioè se Tizio possa ritenersi responsabile sebbene il proprio rapporto con la fonte di pericolo non sia più attuale, in virtù della precedente creazione del rischio o della sua mancata rimozione⁴⁴¹.

Orbene, alla luce di quanto sinora detto, può affermarsi⁴⁴² – con pretese di generalizzazione – l'ascrivibilità oggettiva dell'evento in capo a Tizio sulla base dell'affidamento di Caio verso il corretto funzionamento del calorifero?

⁴⁴¹ Tale ultima specificazione riflette ovviamente la difficoltà di distinguere tra attività commissiva ed omissiva a fronte della sussistenza di un rischio illecito.

⁴⁴² Tale esito è stato avallato, in un caso molto simile a quello proposto, da Cass. sez. IV pen., n. 32298 del 2006, secondo cui «Configura il delitto di omicidio colposo la condotta dei proprietari di un appartamento che l'abbiano locato con una caldaia per il riscaldamento in pessimo stato di manutenzione, cosicché, durante il funzionamento, si era determinata la fuoriuscita di monossido di carbonio che aveva mortalmente intossicato gli occupanti dell'immobile, giacché, il proprietario di un immobile si trova in "posizione di garanzia" nei confronti dell'affittuario; in virtù, della quale il primo deve consegnare al secondo un impianto, di riscaldamento revisionato, in piena efficienza e privo di carenze funzionali e strutturali»

In un caso tutt'altro simile, concernente la tutela da infortuni in materia di lavoro, la Suprema Corte così si esprimeva: «D'altro canto è *ius receptum* che delle operazioni di carico e scarico è responsabile il comandante della nave. Si è infatti pacificamente affermato in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, che il comandante della nave, in forza della disposizione di cui all'art. 295 c. nav. (che a lui attribuisce in modo esclusivo la direzione della manovra e della navigazione, con ciò escludendo che altri possa ingerirsi in tale attività) e sulla base dei principi generali in materia di tutela del lavoro, è responsabile dei danni occorsi agli addetti alle operazioni di carico e scarico, in conseguenza della cattiva installazione e della inesatta gestione

La risposta non può che essere negativa, giacché potrebbe ritenersi che si debba comunque compiere un accertamento controfattuale innestato sulla posizione del defunto Caio, al fine di valutare se, a fronte di una sua attività autonoma di controllo, l'evento si sarebbe comunque verificato. Ma caldeggiando una simile lettura si rischia comunque di non comprendere alla luce di quali parametri valutare l'operato di Caio: vale a dire, ci si chiede se sia sufficiente spostare il piano dell'accertamento sulla misura oggettiva della colpa o se sia richiesta anche una valutazione in termini di esigibilità⁴⁴³.

Lungi dal dar vita a una mera tendenza alla complicazione, tale ordine di questioni riflette l'esigenza di risolvere casi che presentino delle difformità da tenere in considerazione. Si pensi all'ipotesi che l'immobile locato appartenesse a più comproprietari: la posizione di garanzia graverebbe su tutti o soltanto su chi abbia curato la locazione? Chiaramente, affermare l'una o l'altra soluzione

di una apparecchiatura utilizzata a bordo, comunque, non in grado di assicurare la incolumità degli addetti, senza che possa seguirne esonero per assunta mancanza di cognizioni tecniche circa il funzionamento e l'uso dell'apparecchiatura medesima, causa diretta dell'infortunio, avendo egli obbligo (in una tale situazione di ignoranza) di avvalersi dell'intervento di tecnici in grado di procedere alle necessarie verifiche e di adottare le misure del caso (Cass. sez. IV pen., 3 ottobre 1989, Spina); cfr. Cass. sez. IV pen., 3 luglio 2002, *Del Bianco Barbacucchia*; Cass. sez. IV pen., n. 16028 del 15 gennaio 2003.

⁴⁴³ Previa, tuttavia, una chiarificazione in ordine alla dimensione in cui inserire la valutazione di tale grandezza. Com'è noto, infatti, essa non conosce una collocazione unanime nella struttura del reato, e viene da taluni considerata unicamente come incidente – in negativo – sulla sola categoria della colpevolezza. Nel testo, però, ci si riferisce piuttosto a una categoria ben più ampia informata alla ricostruzione di FORNASARI (*Il principio di inesigibilità, cit.*, pp. 245 ss.), il quale, dopo un'ampia contestualizzazione storica ed epistemologica, confronta la categoria dell'inesigibilità con gli elementi strutturali della tripartizione, iniziando da una lettura dei reati omissivi (propri). Il tutto, ritenendo che, quanto a questa categoria di reati omissivi – precedentemente definiti dall'A. come “corpo estraneo” (p. 247) – l'inesigibilità incida già sul momento della delimitazione del dovere imposto dalla norma, giungendo ad escluderlo del tutto a fronte dell'anomalia della situazione in cui si trovi il soggetto (diversamente rispetto a quanto avviene, ad esempio, nella materia dell'errore). In particolare, mediante l'analisi della fattispecie dell'omissione di soccorso prevista nel StGB, specifica che «quando... sono imposte ai consociati condotte particolarmente impegnative» la *ratio* posta alla base della disciplina impone di «attivare un filtro che renda conforme alla fattispecie (*tatbestandmäßig*) il solo intervento esigibile (cioè non pericoloso per l'autore o per altri), per evitare di trasformare i doveri di solidarietà in vere e proprie prove di “fedeltà alla comunità”» (p. 284).

equivale ad ampliare⁴⁴⁴ o a limitare la portata dell'affidamento del cedente, nella misura in cui, anche a fronte dell'adempimento da parte di uno solo dei comproprietari delle operazioni pratiche si verifica una delega (interna) di funzioni. Ciò a voler tacere della possibile ridondanza *in malam partem*, per il tramite della comunanza del diritto di proprietà⁴⁴⁵, della colpa di uno rispetto ai comproprietari.

Un'ulteriore variante meno drammatica del caso, ossia nell'ipotesi in cui Caio non deceda ma riporti lesioni, potrebbe presentarsi in relazione al danneggiamento di beni di proprietà del locatore, poiché, se è pacifico che a fronte della responsabilità del garante originario alcun rimprovero potrebbe venir mosso al conduttore ferito, non altrettanto può dirsi riconoscendogli un margine di autodeterminazione decisionale in contrasto con *standard* di diligenza – quantomeno sotto il diverso punto di osservazione, di stampo causale, del non evitamento di lesioni più gravi.

RIASSUMENDO

In apertura del paragrafo ci si è proposti di rispondere ad alcuni interrogativi: in particolare, a) al quesito concernente la posizione del cedente che abbia prodotto un rischio, mediante attività inosservante, ossia, se egli possa dirsi sollevato da ogni titolo di responsabilità in ordine alla perpetrazione, anche successiva, di eventi dannosi o pericolosi, seppur in assenza di un'effettiva *Tatherrschaft*, non può darsi risposta positiva. Ciò vale salvo il caso di aperta violazione del principio di correttezza da parte del garante subentrato, il quale, se può beneficiare di un margine di affidamento,

⁴⁴⁴ Di tal segno, la lettura offerta dalla Cass. sez. IV pen., n. 3484 del 2010, secondo cui «È responsabile del reato di omicidio colposo, in relazione al decesso dell'inquilino, conseguente ad esalazioni di monossido di carbonio provenienti dalla caldaia, il comproprietario dell'immobile, che si sia occupato degli incumbenti nascenti, dalla locazione dello stesso, perché in tal modo ha assunto la posizione di garanzia per il regolare funzionamento dell'impianto di riscaldamento»

⁴⁴⁵ Testualmente prevista dagli artt. 1100 ss. c.c., relativi alla disciplina della comunione.

non è sempre e comunque esentato dalla verifica delle condizioni pregresse della *res* ceduta⁴⁴⁶. b) Quanto al quesito inerente alla specificità di obblighi a fronte di attività inosservanti, si precisa che non di specificità si tratta, bensì di peculiarità, giacché il soggetto cedente non è messo in condizioni – salvo eccezioni – di liberarsi della propria responsabilità in ordine alla creazione (o all'accrescimento) del rischio cedendo la *res* o delegandone la funzione di controllo. A tal proposito, si è chiarito come la mera evenienza, o anche il caso fortuito, della mancata verifica dell'evento in costanza della gestione del garante originario non possa rappresentare un fattore tale da impossibilitarne l'ascrivibilità oggettiva della responsabilità. Infine, quanto al quesito *sub c)* relativo all'ambito di tutela sottoposto alla garanzia del garante derivato, la risposta può variare a seconda che si decida d'integrare il concetto di affidamento con quello di esigibilità o di diligenza obiettiva. Perciò può sostenersi che questi, sebbene tendenzialmente agevolato dalla sussistenza previa di una condizione da lui non conosciuta d'inosservanza, non sia per questo totalmente esentato dall'esercizio di una funzione di garanzia. Tale ultimo ordine di considerazioni sarà oggetto dei paragrafi successivi, relativi alla disciplina normativa della delega di funzioni, e del Capitolo seguente, concernente le implicazioni della disciplina del concorso di persone con il reato omissivo.

⁴⁴⁶ cfr. Cass. sez. IV pen., n. 15241 del 28 febbraio 2008, in cui, in una vicenda grottesca nella quale erano coinvolti dei necrofici e un lavoratore di un'agenzia di pompe funebri, la Suprema Corte ha ritenuto priva di fondamento la doglianza attestata sull'affidamento nel corretto funzionamento della scala a pioli impiegata per la discesa nella tomba in quanto di provenienza comunale. Così la Corte (punto 4 del Considerato in Diritto): «Questa posizione di controllo riguardava anche l'idoneità dei mezzi usati nello svolgimento dell'attività e quindi anche l'idoneità della scala utilizzata ancorché di proprietà di terzi non essendo possibile richiamare il principio di affidamento trattandosi di inadeguatezza del mezzo rilevabile ad un semplice esame visivo».

4. DELEGA DI FUNZIONI, ORGANIZZAZIONE E INTERVENTO DEL DIRITTO PENALE NELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA

(a) Sinora ci si è occupati di tracciare le linee generali relative alla tematica della – pur variamente qualificabile – ‘dinamizzazione’ del concetto di posizione di garanzia, guardandola dal punto di vista della sua eventualità e della fungibilità delle scelte a tal fine operate; i prossimi paragrafi presenteranno, invece, un punto d’osservazione differente, connotato dall’immanente necessità di strutturazioni asincrone e plurali. In tali entità, caratterizzate profondamente dalla complessità della propria struttura, il riferimento all’organizzazione diventa indefettibile⁴⁴⁷; così, come per affrontare il fenomeno del trasferimento in generale ci si è serviti di categorie del diritto civile, può ora essere utile il riferimento al c.d. decentramento amministrativo o funzionale dello Stato⁴⁴⁸, poiché una simile nozione, ampiamente impiegata nel diritto pubblico, permette di cogliere dei punti nevralgici (ontologici e teleologici) della disciplina della delega di funzioni. Essa riflette, cioè, la compenetrazione tra la sfera delle finalità e quella della struttura organizzativa, siccome è impiegata per ottenere dei risultati di efficienza (e sussidiarietà) mediante la frammentazione organizzata delle attività. Queste ultime, infatti, vengono compiute a livelli differenti di specializzazione, in modo da rispondere più adeguatamente alla complessità delle materie affrontate e da garantire, quindi, il perseguimento degli obiettivi di efficienza.

⁴⁴⁷ Passando per l’effettività. «L’espressione richiama la necessità di calibrare la distribuzione del carico obbligatorio - sia in termini di *an* che di *quantum* – sulla concreta e reale assegnazione di compiti in materia a ciascuno dei soggetti coinvolti, assecondandola e, quindi, plasmando la prima sulla seconda. Ciò significa che l’effettività non va confusa con la semplice circostanza storica ed estrinseca, un vero accidentale, del materiale esercizio di date prerogative da parte di un certo soggetto; al contrario, questa regola presuppone una attenta analisi del corredo di regole e prassi che concorrono nella assegnazione del coacervo di poteri, obblighi e relative responsabilità tra tutti coloro che rivestano precisi ruoli nell’ambito della struttura organizzata via via presa a riferimento» Così, BASENGHI, *La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale*, in *Dir. rel. ind.*, 2 / XVIII, 2008, p. 428.

⁴⁴⁸ Operazione interpretativa paventata, tra gli altri, da ALESSANDRI, voce *Impresa*, *cit.*, p. 199.

Perciò può osservarsi come, oltre alla strutturale presenza dell'organizzazione, le due nozioni siano accomunate dalla preesistenza di una forma di complessità unita alla tendenza alla sua riduzione; vale a dire che, collocandosi in un contesto dalle multiformi esigenze, «la Repubblica [...] attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo⁴⁴⁹ [...]» puntando, dunque, alla massimizzazione dell'efficienza, nonché della c.d. "buona amministrazione"⁴⁵⁰.

Ciò che tuttavia può incidentalmente osservarsi è che, nella materia della delega di funzioni, non si versa necessariamente in casi in cui un soggetto agisce per conto di un altro in qualità di organo, essendo unicamente richiesto che questi operi per adempiere a una funzione che gli sia stata previamente affidata, senza che sia necessario che egli assuma la veste di organo dell'ente⁴⁵¹.

Come per le ipotesi di trasferimento e, anzi, qui in maniera ancor più vistosa, ciò che maggiormente rileva è la delimitazione dei contorni di rilevanza dell'attività compiuta e delegata; vale a dire che è fondamentale comprendere se esista un modo per discernere le aree di possibile imputazione (oggettiva) dell'evento in modo da non difettare in determinatezza. Ci si chiede, cioè, se per il soggetto delegante residuino dei margini di responsabilità e, in caso affermativo, di che tipo, e fino a che punto il delegato possa rispondere della produzione di eventi che esorbitino dall'area da lui garantita⁴⁵².

(b) Prima ancora di esaminare queste problematiche, però, è opportuno chiarire la nozione di "delega di funzioni"; essa, sebbene essa sia ormai pacificamente entrata a far parte del lessico degli operatori giuridici, può ben

⁴⁴⁹ Art. 5 Cost.

⁴⁵⁰ Di cui all'art. 97 Cost.

⁴⁵¹ Secondo una classificazione in uso in Germania. Il § 14 StGB relativo all'agire per conto di altri (*i.e.* Handeln für einen anderen), opera la distinzione, tra il primo e il secondo comma a seconda che il soggetto agisca quale organo e/o legale rappresentante o per altro incarico ottenuto dal garante originario.

⁴⁵² cfr. PULITANÒ, *Diritto penale, cit.*, p. 500.

essere confusa – per difetto – con la mera attribuzione funzionale⁴⁵³ e – per eccesso – con la nozione di *status* determinante⁴⁵⁴. Perciò essa va, in primo luogo, distinta rispetto alla mera delega, poiché ne costituisce una specificazione e si riferisce unicamente alle ipotesi in cui non è soltanto l'attività da compiersi a essere delegata, ma l'adempimento degli obblighi gravanti sul garante originario⁴⁵⁵. O, ancora, come pure s'è detto, essa rappresenta una modalità mediata di adempimento del precetto penale che imponga un dovere di agire⁴⁵⁶: modalità che può configurarsi come indefettibile.

Il perché una simile nozione sia legata a doppio filo con quella di organizzazione è auto-evidente, poiché la delega di funzioni assolve al compito di permettere la creazione di una fitta rete organizzativa⁴⁵⁷, all'interno della quale siano meglio riconoscibili i soggetti verso i quali concentrare le attese ordinamentali⁴⁵⁸ e, nondimeno, che agiscano massimizzando la qualità dei risultati, sia propriamente economici che “estrinseci”⁴⁵⁹. La logica dell'ottimizzazione, propria del linguaggio economico, entra così di diritto nella valutazione dei mezzi da impiegarsi per raggiungerla, ma viene accompagnata dall'indefettibile necessità, espressa dal sistema penale, di assicurare la protezione dei beni giuridici; pertanto non stupisce che la gran parte della

⁴⁵³ O, anche, con il c.d. “trasferimento di funzioni” cui fa riferimento FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 37 sub nota 11; BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva*, cit., p. 2271, avverte inoltre della necessità di evitare di fraintendere mediante un «uso promiscuo, non avvertito, di due termini in realtà nettamente distinti: investitura e delega».

⁴⁵⁴ ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., p. 198.

⁴⁵⁵ Come, tra gli altri, riferisce BRUSCO, *Delega di funzioni*, cit., p. 2770, secondo cui chi esercita le funzioni ha anche la posizione di garanzia ad esse inerente.

⁴⁵⁶ V. *amplius retro infra* § precedente.

⁴⁵⁷ cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 494 ss., il quale configura questa struttura “a rete” quale prospetto per individuare le “discipline” cui fa riferimento l'art. 43 c.p. e, pertanto, riferendo la materia ai presupposti di configurazione della colpa penale. Utile può anche essere il rimando alla denominazione impiegata da BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva*, cit., p. 2269, quale “statuto-mappa” che deve essere efficacemente attuato; SOPRANI, *Dirigenti e preposti: delega di funzioni non necessaria*, in ISL, 2009, p. 89.

⁴⁵⁸ Così, ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., p. 205.

⁴⁵⁹ Ci si riferisce all'esercizio (mediato) di una funzione pubblica. In tal senso, tra gli altri, STELLA F., *La costruzione giuridica*, cit., p. 57 s.; Nell'ottica di una surrogazione nella tutela d'interessi altrui, PAONESSA, *Obbligo di impedire*, cit., p. 642.

teorizzazione sulla materia sia stata sviluppata proprio nel grembo del diritto penale dell'economia e, segnatamente, nel contesto dell'attività aziendale.

(c) Pertanto può già dirsi che l'intervento penalistico nella disciplina di settori economici e produttivi contribuisce alla creazione, per il tramite dell'imposizione di una standardizzazione controllabile, di micro-sistemi di tutela di beni giuridici. Secondo alcuni, invero, un simile dato di fatto avrebbe concretato una delega di una fetta dell'attività statale nelle mani dei privati, i quali si troverebbero a dover minimizzare il rischio di lesione per i beni giuridici che siano loro affidati, talvolta in assenza degli strumenti più adeguati a svolgere tale finalità⁴⁶⁰. Tant'è che, in merito all'implementazione delle regole tecniche nella strutturazione del diritto penale e riferendosi alla 'delega' compiuta dal legislatore a taluni soggetti specializzati, è stato sostenuto che «l'aver lasciato formulare ai tecnici (privati) le regole tecniche rilevanti per il diritto penale significa, conseguentemente, rendere la capra giardiniere, ossia attribuire al detentore del potenziale pericolo la facoltà di scelta sulla misura consentita dei rischi da lui stesso posti in essere»⁴⁶¹.

Ci si troverebbe, cioè, di fronte a una 'delega' originaria da parte dello Stato della tutela di una parte dei beni giuridici a coloro i quali, per prossimità o

⁴⁶⁰ Problema che, derivando dall'elevata specificazione tecnica richiesta per la comprensione delle questioni, caratterizza ovviamente non soltanto la disciplina del diritto penale dell'economia ma può ben riguardare altri settori. Ad esempio, s'inserisce nell'ambito problematico la possibilità di conferire dei contorni chiari alla figura dello psichiatra – in assenza o a fronte della scarsità delle 'linee-guida' – in relazione ad attività auto- od etero-lesive compiute da pazienti che egli abbia in cura. Per le implicazioni specifiche in relazione alla tematica dell'impedimento di reati altrui, *amplius infra* Capitolo succ.

⁴⁶¹ SCHÜNEMANN, *Die Regeln der Technik im Strafrecht*, in *F.S. für Karl Lachner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin-New York, 1987, p. 377 s. «Die strafrechtlich relevanten Regeln der Technik von den Technikern formulieren zu lassen, hieße infolgedessen, den Bock zum Gärtner zu machen und dem Inhaber des Gefahrenpotentials die Entscheidungsmacht über das erlaubte Maß der von ihm gesetzten Risiken zuzuerkennen». Ripreso in Italia da STELLA F., *op. ult. cit.*, p. 65, il quale aggiunge che il legislatore avrebbe affidato «alla capra compiti da essa inesigibili»; sul tema, cfr. anche GUARINIELLO, *Se il lavoro uccide*, Torino, 1985, p. 187, in cui l'A. avverte della mancata corrispondenza tra norme tecniche e giuridiche. Per una riflessione più ampia, seppur calata nel contesto della delimitazione della colpa, cfr. MARINUCCI, *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 295 ss. (p. 301 spec. sul confronto tra i fini delle regole tecniche e legislative).

per maggiore attinenza, se ne servano, seppur su differenti livelli d'identità⁴⁶². Questo può essere indicato come un processo simile a quello compendiato dalla legittima difesa *ex art. 52 c.p.*, in cui il titolare, in presenza delle condizioni normativamente previste, è autorizzato a difendere *ex se* – ossia senza l'intervento statale – il bene giuridico di sua pertinenza. In questo caso, invece, si discute dell'affidamento a taluno – mediante la predisposizione di una rete di obblighi – della tutela di beni a lui non necessariamente pertinenti: il tutto in virtù dell'affermazione della logica solidaristica. Perciò, se nel caso dell'art. 52 c.p. è la consapevolezza dell'impossibilità di un intervento tale da scongiurare il pericolo da parte delle Ff.Oo., in quello dell'obbligatoria standardizzazione organizzativa vi è una pregiudiziale abdicazione da parte dello Stato; però, come il soggetto, nel delegare le funzioni, adempie (in via mediata) agli obblighi che pendano sul proprio capo, così, a monte, lo Stato fa sì che il proprio compito sia comunque assolto. Se ciò comporti esiti soddisfacenti è chiaramente una domanda a cui non può darsi una risposta univoca, che non può altresì dipendere dall'ampiezza conferita alla 'delega di funzione pubblica' *de qua* né tantomeno da quella rivestita dall'attribuzione funzionale *inter privatos*.

⁴⁶² Nel senso di un macroscopico "trasferimento di funzioni pubbliche", ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., p. 199; ALAGNA, *Il datore di lavoro*, cit., p. 79; *Contra*, tuttavia, BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in DI AMATO (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa. Introduzione al trattato*, I, Padova, 1990, p. 122 s., il quale ha sostenuto che, nonostante l'esistenza di una forte spinta verso la responsabilizzazione dei vertici aziendali, l'art. 41 Cost., volto alla funzionalizzazione dell'attività economica, non possa giungere fino a orientare l'attività dell'impresa allo svolgimento di una funzione ulteriore rispetto a quella del perseguimento del profitto. Identica posizione viene attribuita, da ALAGNA, *Ibidem*, erroneamente ad ALESSANDRI, seppur relativamente ad un altro scritto (*i.e.* voce *Cautele contro disastri e infortuni sul lavoro (omissione e rimozione)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1992, p. 147) in cui invero, l'A., nel commentare l'assetto normativo derivante dal combinato disposto degli artt. 437 e 451 c.p., si limita ad osservare che: 1) il Costituente ha avocato a sé il bilanciamento tra i beni – profitto e tutela – già mediante l'art. 41 co. 2 Cost.; 2) che le norme commentate si trovano investite «di una luce nuova, che illumina il valore di garanzia, sul piano penalistico e nelle forme della tutela anticipata, di quel limite "modale" allo svolgimento dell'attività produttiva»; 3) che tale assetto ben si attagli al "modo", costituzionalmente compatibile, di svolgere l'attività economica. Pertanto non sembra negare valore a quanto altrove da egli stesso asserito, in merito alla possibilità della coesistenza delle funzioni.

(d) Nondimeno risulta opportuno osservare sin d'ora come l'aspetto più dirompente nella materia sia costituito dal tendenziale antagonismo sussistente tra l'adempimento agli obblighi (preventivi) di tutela⁴⁶³ e il perseguimento delle finalità istituzionali⁴⁶⁴; vale a dire che, stanti (ad esempio) gli elevati costi per dotarsi di impianti di sicurezza o di personale al medesimo scopo adibito, è evidente come l'adempimento al comando penale comporti una scelta di carattere economico che penalizza il versante dei profitti. Tale realtà, considerata insieme alla tipologia delle sanzioni normalmente comminate (*i.e.* di tipo patrimoniale), può infatti condurre a una considerevole svalutazione della prevenzione generale, giacché ben può accadere che, specie in piccole e medie imprese, si preferisca farsi carico del rischio sanzionatorio piuttosto che di quello (immediato) economico⁴⁶⁵. Il tutto, con buona pace della finalità di tutela dei beni giuridici, probabilmente non perseguita nel modo migliore possibile.

(e) Inoltre, prima di procedere nell'analisi dei punti caratteristici della disciplina della delega di funzioni, deve essere chiaro che essa non deve ottenere una lettura estensiva tale da vanificare gli sforzi compiuti per delimitare la vaghezza delle incriminazioni omissive; tantomeno tale interpretazione non può derivare da una superfetazione della posizione

⁴⁶³ Tra i quali rientrano tradizionalmente, oltre a quelli connotati dall'anticipazione e dall'arretramento delle soglie di punibilità, anche le fattispecie omissive improprie; cfr. MOCCIA, *Il diritto penale, cit.*, p. 121 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 540 s.; PAONESSA, *Obbligo di impedire, cit.*, p. 653.

⁴⁶⁴ Ci si riferisce segnatamente alla tradizionale distinzione compiuta da ROMANO, *Commentario sistematico, cit.*, ed. 2005, sub art. 40, § 73, tra due forme antagoniste di responsabilità: la prima, incardinata alla protezione di beni giuridici afferenti all'impresa sociale e, quindi, all'integrità patrimoniale; la seconda, attinente piuttosto al piano tecnico-operativo e influenzata dalla disposizione costituzionale (art. 41 co. 2 Cost.) in forza della quale l'attività economica deve essere funzionalizzata al perseguimento di fini ulteriori di utilità sociale.

⁴⁶⁵ Uno schema di ragionamento siffatto è impiegato, seppur con finalità illustrative differenti, da PROSDOCIMI, *Dolus eventualis, Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, pp. 31 ss., a parere del quale alla base del dolo eventuale vi sarebbe, da parte dell'agente, un'attenta ponderazione degli interessi antagonisti (ossia, quello perseguito e quello sacrificato), effettuata la quale il soggetto, nel determinarsi all'agire, accetterebbe il concretizzarsi dell'evento previsto quale "prezzo eventuale" della propria condotta.

rivestita – o, meglio, della funzione svolta – che sia tale da rendere superflua perfino l'accertamento di un'omissione o dell'evento. Infatti, proprio in questo incrocio tra le finalità del sistema penale ed il loro perseguimento in via mediata, attraverso l'apporto di soggetti che svolgano un ruolo predeterminato nell'organizzazione, si annida il rischio un'indebita sovrapposizione tra le posizioni di garanzia – nel senso che si è sinora detto – e le responsabilità di posizione.

Tali precisazioni vengono compiute in forza della tendenziale voracità del concetto di organizzazione cui nello specifico ci si riferisce; voracità che deriva dall'impatto del modello c.d. interazionistico d'interpretazione delle realtà aziendali⁴⁶⁶.

Com'è noto, la lettura c.d. interazionista e sistemica qualifica l'impresa innanzitutto come sistema di relazioni attivate ed orientate alla creazione di un valore socio-economico, volto a garantire la vitalità del sistema aziendale e,

⁴⁶⁶ Il modello *de quo* è stato sviluppato in tutt'altro campo, investendo lo studio filosofico e socio-psicologico dei comportamenti umani. Tra i principali contributi dell'interazionismo simbolico, sviluppatosi in America nella seconda metà del 1900, vi è sicuramente l'aver reinterpretato la condotta umana come frutto di una mediazione fondata sulle peculiari capacità umane d'interpretazione, anziché come semplice reazione agli stimoli provenienti dal mondo esterno. Alla base dell'analisi di Mead vi era infatti l'atto sociale, nella cui fenomenologia va ricercata la risposta di un organismo al gesto di un altro organismo. Così, in quella di Blumer, al ruolo (intermedio) dell'interpretazione veniva conferita una crescente considerazione nella spiegazione del fenomeno dell'interazione. (cfr. GIACCA, *Genesi e modernità dell'Interazionismo Simbolico George Herbert Mead, Herbert Blumer e la devianza*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, III, 2008). L'impianto teorico è stato poi impiegato per spiegare altresì i meccanismi di comunicazione inter-aziendale e infra-aziendale, con l'intento di valorizzare il profilo della rete interazionistica rispetto a quello, tradizionale, della monoliticità dell'ente. (Ci si riferisce, segnatamente, alle ricostruzioni operate da Brockhaus & Nord nel 1979, nonché allo studio di Agus del 2003. Per una ricostruzione attenta, cfr. FAVARETTO-SARTORI, *L'età dell'impresa. Giovani imprenditori e lavoratori esperti*, Milano, 2007).

Nel modello cui fa riferimento SCHÜNEMANN (*Unternehmenskriminalität, cit.*, p. 36), è la comunicazione interna a costituire l'elemento differenziale di maggior pregio. Così, l'A.: «So wie ein modernes Unternehmen allgemein durch die Formalisierung seiner Organisation gekennzeichnet ist, ist die Formalisierung der Kommunikation im besonderen ein unentbehrlicher Bestandteil dieser Organisation und damit ein kennzeichnendes Merkmal des modernen Unternehmens. Die Notwendigkeit für eine ebenfalls auf dem Grundprinzip der Arbeitsteiligkeit beruhende Organisation des Informationsflusses ergibt sich aus der begrenzten Informationsverarbeitungskapazität des Individuums, die zur Bewältigung übermäßig großer Informationsmengen die Schaffung spezifischer Kommunikationswege unerlässlich macht».

quindi, finalizzato ad incrementare le proprie stesse possibilità di sopravvivenza. Ciò comporta la considerazione dell'impresa quale specifica configurazione di schemi d'interazioni, a loro volta tendenti a una cristallizzazione, tale da garantire – sia *ab externo* che *ab interno* – la comprensione e la fattiva collaborazione. Si tratta, a ben vedere, di un modello in cui l'assunzione di ruoli riveste un'importanza crescente in quanto volta alla ricerca di condizioni di consonanza organizzativa affidabile; orbene, detto riferimento alla prevedibilità riveste un ruolo nient'affatto secondario nella materia penale, siccome conferisce all'organizzazione aziendale la possibilità di predeterminare anche le eventuali sfere di responsabilità: per questo motivo, i due fattori – quello interazionistico e quello della disciplina penale – possono sovrapporsi in maniera sintonica ma anche distonica.

A giocare un ruolo altrettanto rilevante è, poi, proprio la scelta d'intervenire penalmente nel settore economico⁴⁶⁷, siccome la finalità penalistica è giocoforza estrinseca rispetto a quella tipicamente dedotta nell'attività aziendale, la quale è (indirettamente) definita dal legislatore come «un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi»⁴⁶⁸ ed è pertanto tradizionalmente volta, secondo i principi economici, alla massimizzazione degli utili.

L'attività economica è notoriamente informata alla progettazione razionale e, pertanto, ben può essere conciliata con obblighi di organizzazione che siano tali da mediare con la distanza giocoforza intercorrente tra i *manager* e i rischi e/o situazioni pericolose che dovessero verificarsi o essere minacciate nell'ambito di esercizio della propria attività⁴⁶⁹. Invero, come pure è stato

⁴⁶⁷ cfr. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, cit., p. 538 e ID., voce *Impresa*, cit., p. 195.

⁴⁶⁸ Com'è noto, l'art. 2082 c.c. definisce l'attività d'impresa soltanto in via mediata, recando invece un riferimento esplicito alla sola figura dell'imprenditore commerciale.

⁴⁶⁹ Che, non per questo, può giustificare l'immunità. In tal senso, cfr. SGUBBI, *La tutela penale di interessi diffusi*, in *Quest. Crim.*, 1975, p. 459 e PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, IV, 1982, p. 186.

sostenuto, l'esistenza di un modello organizzativo-funzionale avrebbe la finalità di ridurre questa indefettibile distanza, per far il modo, cioè, che la norma penale si diriga unicamente verso coloro i quali siano effettivamente in grado di influire sulle funzioni e sui fattori di rischio⁴⁷⁰. Ma *quid juris* se tale ricognizione cristallizzata non dovesse restituire una realtà rispettosa dei confini strutturali che abbiamo sinora richiesto per la posizione di garanzia? Ciò che ci si chiede è se il modello organizzativo assorba, nel senso di rendere inutile, i contorni delineati – approssimativamente – dall'art. 40 cpv. c.p. o se debba con tale norma comunque confrontarsi, evitando non solo di dissolvere la colpa nella posizione asseritamente di garanzia⁴⁷¹, ma, prima ancora, di obnubilare del tutto quest'ultima nozione in favore della valorizzazione estrema dello *status* funzionale rivestito dai soggetti.

Quella che potrebbe sembrare una mera rivendicazione teorica ha molteplici implicazioni pragmatiche, siccome un modello apoditticamente affidato alla predeterminazione dei ruoli è foriero, da un lato, di incardinare responsabilità anche in assenza di effettivi poteri impeditivi e, dall'altro, di confondere i piani della conoscenza e della conoscibilità doverosa⁴⁷².

Tuttavia, prima di poter apprezzare l'impatto della legislazione penale nella materia economico-aziendale, va tenuto presente quanto segue: in primo luogo, che valutazioni di opportunità dell'intervento penale non possono essere slegate dalla considerazione dei beni giuridici da tutelarsi e, quindi, dalla

⁴⁷⁰ cfr. ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., p. 196; *Contra* Cass. sez. IV pen., n. 36438 del 14 febbraio 2014, che, mediante un'interpretazione piegata sugli aspetti causali della vicenda (*i.e.* un lavoratore che prestava volontariamente aiuto presso un macchinario adibito alla vendemmia, attinto dalla pompa del macchinario in modo da riportare lesioni gravissime) ha ritenuto responsabile il datore di lavoro sebbene questi non avesse assunto direttamente il soggetto ferito. *Conf.* Cass. sez. IV pen., n. 6686 del 4 maggio 1993, *Rv. 195483*, in base alla quale «anche i terzi, quando si trovino esposti ai pericoli derivanti da un'attività lavorativa da altri svolta nell'ambiente di lavoro, devono ritenersi destinatari delle misure di prevenzione. Sussiste, pertanto, un cosiddetto rischio aziendale connesso all'ambiente, che deve essere coperto da chi organizza il lavoro», *Conf.* Cass. sez. IV pen., n. 28197 del 21 maggio 2009; Cass. sez. IV pen., n. 37840 del 1 luglio 2009; Cass. sez. IV pen., n. 11492 del 24 gennaio 2013.

⁴⁷¹ Così avverte ALESSANDRI, *Attività d'impresa*, cit., p. 545 s.

⁴⁷² ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, p. 563.

possibilità che esso svolga un ruolo di *enforcement*. Tant'è che l'apporto del diritto penale differisce a seconda che esso si diriga alla regolamentazione dell'attività economica *tout court* o che ciò si realizzi unicamente in via mediata, restando il fine principale quello della tutela dei beni giuridici meritevoli di salvaguardia; in secondo luogo, che anche la scelta dei modelli punitivi prescelti, congiuntamente alle tecniche d'incriminazione impiegate, risente delle caratteristiche della realtà sulla quale è destinata ad ottenere impatto, nonché dell'impronta teleologico-penalistica.

Vale a dire che l'apporto penalistico non può prescindere dalla diversa considerazione in cui vengono tenuti i differenti beni giuridici meritevoli di tutela, giacché è fuori discussione che anche gli strumenti e le tecniche impiegate risentano della difformità delle finalità da perseguire. Così, se rispetto alla tutela di beni di elevato rango costituzionale può sembrare opportuno l'intervento penale, anche in forma di reati di pericolo omissivi e colposi⁴⁷³, non è altrettanto pacifico che questo rappresenti la migliore soluzione anche per la tutela di beni relativi alla gestione dell'attività aziendale. Tant'è

⁴⁷³ Che, come ricordava MARINUCCI (*Il ruolo delle regole, cit.*, p. 295 s.) nel citare ironicamente Engisch, sono tutt'altro che una minoranza sparuta nell'odierno sistema penale. Così, l'A.: «L'autore di quella classica monografia degli anni '30 aveva pienamente ragione allorché attribuiva quella "felice rarità" dei fatti colposi alle "forze mentali incoscienti" che, diceva, "ci pongono in stato di allarme di fronte ai pericoli". Questi "regolatori" dell'azione umana esercitano però la loro salutare funzione di controllo soltanto nei limiti dell'impiego delle sole forze umane, perché all'interno di quei limiti le conseguenze di piccole imprudenze o negligenze sono generalmente del tutto insignificanti: da quando invece l'uomo ha moltiplicato le proprie forze con le forze della tecnica e della natura, la funzione di controllo e di freno svolta dalle "forze mentali incoscienti" è stata pressoché vanificata, di modo che anche la minima negligenza o imprudenza può scatenare risultati lesivi gravi, a volte disastrosi. Le cose andavano certo diversamente finché si è vissuti in un'epoca nella quale l'impiego delle forze "sovraumane" restava circoscritto a qualche individuo accuratamente selezionato — come all'epoca delle prime ferrovie. Ma da quando la circolazione moderna dei veicoli a motore ha messo quelle forze a disposizione di quasi ogni uomo, la recrudescenza dei reati colposi, evocata poc'anzi, è diventata un fenomeno pressoché inevitabile». In linea, SGUBBI, *Responsabilità penale, cit.*, p. 40 ss.; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio, cit.*, p. 230 s.; PAONESSA, *Obbligo di impedire, cit.*, p. 653. Sulla permanente minoranza di fattispecie colpose ed omissive, vedasi però GIUNTA, *La posizione di garanzia, cit.*, p. 629

che non è mancato chi ha sostenuto che, ad esempio, la disciplina dei reati societari sia totalmente inefficiente⁴⁷⁴.

(f) Tuttavia, attestandosi alla parte d'intervento penale relativa alla tutela mediata di beni dotati di elevato rango costituzionale, va innanzitutto osservato come il legislatore, nella materia della sicurezza sul lavoro, abbia preferito la via dell'intervento preventivo a quella della neutralità e posterità della risposta sanzionatoria, passando, di fatto, da un modello squisitamente paternalistico a uno cooperativistico⁴⁷⁵; infatti, non solo le condotte che dovessero produrre lesioni di varia entità sono passibili di sussunzione⁴⁷⁶, ma è stato integrato un sistema informato alla prevenzione degli infortuni mediante la progressiva standardizzazione della rete organizzativa, oggi giunta ad una cristallizzazione normativa per il tramite del D.Lgs. n. 81 del 2008.

Riassumendo: (a) Il concetto di delega di funzioni risente dell'indefettibile riferimento a quello di organizzazione, a sua volta fondamentale in realtà dotate di un elevato livello di complessità strutturale. Per comprendere quest'articolazione morfologica può venire in soccorso il modello del decentramento amministrativo e funzionale dello Stato, quale espressivo della compenetrazione tra struttura e finalità – anche intrinseche – in tal modo perseguite. Ciò comporta una valorizzazione della frammentazione e della specializzazione, entrambe volte alla massimizzazione dell'efficienza. **(b)** A tal fine opera la stessa delega di funzioni, per la cui comprensione è preliminare differenziarla rispetto alle mere attribuzioni funzionali (per difetto) nonché alla rilevanza dello *status* ricoperto (per eccesso); ne risulta una definizione quale

⁴⁷⁴ Tra gli altri, ALESSANDRI, *Attività d'impresa, cit.*, p. 540; La distinzione risale a ROMANO, *Commentario, loc. ult. cit.*

⁴⁷⁵ Il passaggio è limpidamente evidenziato da PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1996, p. 1165.

⁴⁷⁶ Ad esempio, oltre che nell'ambito applicativo delle fattispecie comuni previste per lesioni e altri danni alla persona, anche in quello di cui all'art. 437 c.p. – relativo alla "rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro" – o del ben più generico art. 450 c.p. – relativo ai "delitti colposi di pericolo" e, soprattutto, art. 451 c.p., "omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro".

modalità mediata di adempimento al comando penale, connotata dalla compenetrazione ontologica con la funzione svolta. **(c)** L'esistenza di complessi organizzativi che operano per il perseguimento di finalità proprie e, contemporaneamente, estrinseche, tra cui sono comprese quelle di tutela di beni giuridici, riflette massicciamente la logica dell'intervento nel diritto penale dell'economia; esso risulta quindi informato alla creazione di affidabili micro-sistemi di tutela, a loro volta espressivi di una sorta di 'delega originaria' da parte dello Stato. **(d)** Che questo meccanismo funzioni effettivamente per garantire la tutela dei beni giuridici è tuttavia opinabile, specie alla luce della considerazione della funzione pubblica come 'costo' e della sanzione penale come 'rischio economico' soltanto potenziale e, quindi, vantaggioso. **(e)** Inoltre, lo svolgimento di detta funzione (pubblica), però, non deve essere tale da travolgere gli argini dell'art. 40 cpv. c.p., né tantomeno da comportare una trasmigrazione verso la responsabilità c.d. 'di posizione'. **(f)** Quest'ultimo rischio, nello specifico, è immanente nella valorizzazione del modello c.d. interazionistico, combinato con la scelta d'intervenire nel settore economico; essa è infatti normalmente assolta mediante l'impiego di tecniche di tutela particolari e connotate da una forte spinta verso la prevenzione (generale). **(f)** Detta tendenza verso la standardizzazione e cristallizzazione ha prodotto, in ultimo, la soluzione legislativa contenuta nel D.Lgs. n. 81 del 2008, che costituirà materia dei paragrafi seguenti.

5. DALLA "RIMOZIONE DEL PERICOLO" ALLA PREVENZIONE STRUTTURALE DEL RISCHIO: TAPPE DELLA CRISTALLIZZAZIONE NORMATIVA IN MATERIA DI SICUREZZA SUI LUOGHI DI LAVORO

Trattandosi di un'ipotesi in cui, dalla portata generale degli obblighi si è giunti alla sempre maggiore specificazione normativa degli stessi, è forse utile ricostruire il percorso che ha condotto all'emanazione del Testo Unico sulla

sicurezza nei luoghi di lavoro⁴⁷⁷. Com'è noto, esso risulta segnato da una marcata tendenza all'emancipazione della relativa disciplina, da un'impostazione meramente correttiva (o postuma), verso una lettura connotata dalla contestuale valorizzazione della prevenzione, quale più confacente alle attese europee⁴⁷⁸; tant'è che, com'è stato detto, «all'eliminazione del pericolo [...], i decreti degli anni Novanta sostituiscono l'utilizzo di moduli disciplinari flessibili, deputati a signoreggiare il rischio, evitando che diventi effettivo pericolo»⁴⁷⁹. A tal proposito possono essere individuate tre fasi, impiegando come spartiacque proprio la legislazione degli anni Novanta, indicata come il più vistoso segno di questa inversione di tendenza.

Fase precedente all'emanazione del D.Lgs. 626/94 — Come si è avuto modo di osservare, il valore dei beni giuridici da tutelarsi è condizione necessaria (seppur non sufficiente) per l'approntamento di regole di condotta; inoltre, ciò vale a maggior ragione nel contesto penalistico e, ancor più, in quello della predisposizione di “doveri di agire”. Infatti, la legislazione nella materia della sicurezza sul lavoro ha potuto svilupparsi proprio sulla base del riconoscimento assiologico del ruolo del lavoro, considerato come valore intrinseco del sistema costituzionale⁴⁸⁰. Rispetto a questa assunzione è stata contestata la blanda valenza dell'**art. 2087 c.c.**⁴⁸¹, il quale, prevedendo che l'imprenditore è tenuto ad adottare le misure che, secondo la particolarità del

⁴⁷⁷ cfr. FERRANTE, *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, in FORTUNA (a cura di), *I reati in materia di lavoro*, in DI AMATO (diretto da) *Trattato di diritto penale dell'impresa*, VIII, Padova, 2002, p. 184 ss.

⁴⁷⁸ Ci si riferisce all'emanazione di direttive, tra cui si segnala la Direttiva CEE n. 391 del 1989, che hanno accelerato vistosamente il cambiamento della prospettiva del legislatore nazionale. Confermano tale impostazione, tra gli altri, FERRANTE, *La tutela penale*, cit., p. 201 ss.; GUARINIELLO, *Prevenzione degli infortuni e igiene del lavoro (diritto penale)* in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di L. CONTI, Padova, 2001, pp. 729 ss.

⁴⁷⁹ Testualmente ALAGNA, *Il datore di lavoro: concetto e posizione di garanzia*, in *Sicurezza nel lavoro: Colpa di organizzazione e impresa*, a cura di CURI, Bononia, 2009, p. 78.

⁴⁸⁰ L'art. 1 Cost. fonda, infatti, le premesse dell'ordinamento sul lavoro. Al di là dell'enfatica proclamazione, il dettato normativo possiede un'indiscutibile *vis*, riscontrabile nel raffronto con altre disposizioni, quali ad esempio l'art. 37 e 41 Cost.

⁴⁸¹ Così, SGUBBI, *Tutela penale*, cit., p. 459 s.

lavoro, l'esperienza e la tecnica, siano necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, nulla dispone rispetto alle modalità di realizzazione della premessa normativa; vale a dire che l'art. 2087 c.c. si prestava al consolidamento di una struttura bifasica, fondata sul (successivo) controllo da parte dell'autorità statale sull'operato degli imprenditori.

Successivamente, l'**art. 9 dello Statuto dei lavoratori**⁴⁸² ha aperto un varco alla partecipazione dei destinatari – per il tramite delle rappresentanze⁴⁸³ – al controllo sull'attuazione delle misure *de quibus*, affidando loro un ruolo propulsivo volto al miglioramento dei mezzi approntati, dando, quindi, vita a una progressiva erosione dell'impianto paternalistico della disciplina del lavoro. Inizia così quel meccanismo, cui si è precedentemente accennato, di "delega di funzioni pubbliche" fondato sul cooperativismo, giacché, gli attori del processo produttivo divengono interlocutori di quello decisionale, che viene affidato sempre più nelle mani dei detentori del potere economico.

Legislazione degli anni Novanta — Il passaggio verso un'evidente funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata, già preconizzato dall'art. 41 co. 2 Cost., riceve poi una svolta decisiva negli anni Novanta, ossia quando, per intercessione della disciplina comunitaria, l'impresa viene fatta carico della predisposizione di un'organizzazione tale da prevenire in modo efficace ed idoneo le conseguenze dannose⁴⁸⁴. Il **D.Lgs. 626 del 1994**⁴⁸⁵ ha realizzato le premesse della cristallizzazione *de qua* mediante la creazione di una struttura

⁴⁸² *i.e.* L. 20 maggio 1970, n. 300: d'ora in avanti Stat. Lav.

⁴⁸³ Successivamente definite, dal D.Lgs. 626/94, art. 2, lett. f) come «persona, ovvero persone, elette o designate per rappresentare i lavoratori per quanto concerne gli aspetti della salute e sicurezza durante il lavoro». Per i meccanismi di nomina e consultazione, si vedano gli artt. 18 – 20 *loc. cit.*

⁴⁸⁴ In tal senso, SGUBBI, *Il diritto penale, cit.*, p. 1200; GUARINIELLO, *Prevenzione, cit.*, p. 735 s.; MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Torino, 2009, p. 87.

⁴⁸⁵ D.Lgs. 626 del 19 settembre 1994, emanato in attuazione delle direttive 89/391/CEE, 89/654/CEE, 89/655/CEE, 89/656/CEE, 90/269/CEE, 90/270/CEE, 90/394/CEE, 90/679/CEE, 93/88/CEE, 95/63/CE, 97/42/CE, 98/24/CE, 99/38/CE, 99/92/CE, 2001/45/CE, 2003/10/CE, 2003/18/CE e 2004/40/CE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro

tendenzialmente bipartita, affidando cioè al datore di lavoro⁴⁸⁶ il versante operativo – attestato sulla sfera decisionale – e ad organismi diversi (ossia al servizio di prevenzione e protezione⁴⁸⁷) la valutazione dei rischi e il controllo⁴⁸⁸. Tale struttura era inoltre implementata dalla normativa vigente, e quindi anche dall'art. 9 Stat. Lav., e presentava una *ratio* unitaria volta al perseguimento, nel modo più efficiente, della tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro mediante la presa in carico dell'organizzazione aziendale.

Fase intermedia (tra D.Lgs. 626/94 e 81/2008) – Tale ultimo fattore, che si è preannunciato dirompente, ha conosciuto poi un ulteriore motivo di valorizzazione nel **D.Lgs. 231 del 2001**. Il testo normativo, infatti, oltre a rivoluzionare la materia della responsabilità penale degli Enti, esprime in modo vigoroso la necessità dell'effettiva organizzazione, tanto nell'imporre l'adozione di modelli⁴⁸⁹ che nel prevedere la periodica revisione degli stessi⁴⁹⁰. Prima ancora che con il D.Lgs. 231 del 2001, però, una novella (*i.e.* **D.Lgs. n. 242 del 19 marzo 1996**⁴⁹¹) aveva già inciso sulla definizione di datore di lavoro allargandola anche al soggetto che «secondo il tipo e l'organizzazione

⁴⁸⁶ Definito dall'art. 2, lett. b) come «qualsiasi persona fisica o giuridica o soggetto pubblico che è titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore e abbia la responsabilità dell'impresa ovvero dello stabilimento».

⁴⁸⁷ Definito dall'art. 2, lett. c) come «insieme delle persone, sistemi e mezzi esterni o interni all'azienda finalizzati all'attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali nell'azienda, ovvero unità produttiva».

⁴⁸⁸ Per realizzare, cioè, la "prevenzione", definita dall'art. 2 lett. g) come «il complesso delle disposizioni o misure adottate o previste in tutte le fasi dell'attività lavorativa per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno»

⁴⁸⁹ *i.e.* art. 6, co. 3, D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che così dispone: «I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, può formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneità dei modelli a prevenire i reati» e art. 7 *loc. cit.*

⁴⁹⁰ *i.e.* art. 7, co. 4, in base al quale «L'efficace attuazione del modello richiede: a) una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività; b) un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».

⁴⁹¹ Recante «Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, recante attuazione di direttive comunitarie riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro».

dell'impresa, ha la responsabilità dell'impresa stessa ovvero dell'unità produttiva, quale definita ai sensi della lettera i), in quanto titolare dei poteri decisionali e di spesa. [omissis]»⁴⁹², imprimendo una considerazione più propriamente sostanziale del soggetto al quale riferire gli obblighi di garanzia.

Inoltre, la **L. n. 39 del 2002**⁴⁹³ ha poi inciso sulla medesima definizione, sebbene sul versante direttamente operativo, prevedendo, all'art. 21 co. 2, che «L'articolo 4, comma 1, del citato decreto legislativo n. 626 del 1994, è sostituito dal seguente: "Il datore di lavoro, in relazione alla natura dell'attività dell'azienda ovvero dell'unità produttiva, valuta tutti i rischi per la sicurezza e per la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro"». Tale formulazione ha quindi enfatizzato ancor più il ruolo del 'datore di lavoro', affidandogli la gestione di una *congerie* di rischi tutt'altro che omogenea, ed è stata accompagnata dalla necessità – in presenza di alcune condizioni relative all'assenza di capacità dei dipendenti – dell'avvalimento di servizi esterni per l'espletamento delle funzioni di sicurezza e protezione⁴⁹⁴.

5.1. LA PORTATA INNOVATIVA DEL D.LGS. N. 81 DEL 2008: TRA L'ESTENSIONE DELLE DEFINIZIONI E LA FORMALIZZAZIONE DELLA DELEGA DI FUNZIONI

Il quadro complessivo risultante alla vigilia dell'introduzione del D.Lgs. n. 81 del 2008, può così riassumersi: innanzitutto, si osserva che la disciplina era completamente incentrata su due figure, ossia quella del datore di lavoro e dei responsabili del servizio di sicurezza e protezione. Tali figure, oltre a corrispondere a una differente descrizione, erano visibilmente deputati ad

⁴⁹² *i.e.* art. 2, co. 1, lett. b) del D. Lgs. n. 242 del 19 marzo 1996.

⁴⁹³ Legge 1 marzo 2002, n. 39 (*Legge Comunitaria 2001*).

⁴⁹⁴ Il verbo "può" originariamente inserito nella norma è stato sostituito dal "deve" del vigente art. 8, co. 6, D. Lgs. n. 626 del 1994 (cfr. art. 21, co. 2, L. n. 39 del 2002 *cit.*).

assolvere a funzioni diverse; da ciò derivava una considerazione speculare dei poteri e dei doveri rispettivamente posseduti e la posizione di garanzia facente capo al 'datore di lavoro' tendeva sempre più ad essere onnicomprensiva. Tale onnicomprensività (*i.e.* «il datore di lavoro [...] valuta tutti i rischi») svuotava, di fatto, le prospettive di efficienza della disciplina, nella misura in cui faceva carico un soggetto di una posizione di protezione (tendenzialmente) determinata quanto ai suoi beneficiari, ma non quanto al proprio contenuto. Ciò comportava la proliferazione dei meccanismi di delega di funzioni e, per il tramite dell'erosione dei contorni volutamente formalistici di cui le definizioni erano dotate, si andava affermando una visione sostanzialistica.

L'interesse verso la progressiva valorizzazione degli aspetti sostanziali era motivata da vari fattori: in primo luogo, dalla complessità della realtà aziendale, la quale richiedeva sempre più – per evitare responsabilizzazioni irrituali – che l'attenzione venisse riposta sullo stato dell'arte piuttosto che sul dover-essere dell'organizzazione⁴⁹⁵. In secondo luogo, perché, sotto lo slancio degli interpreti, si faceva strada l'idea della necessaria correlazione tra poteri impeditivi e posizione di garanzia, con tutto ciò che una simile lettura comporta in termini di ripartizione delle competenze. Infine, a coronamento di ciò, si palesava che nessun esercizio di funzioni potesse essere adeguatamente compiuto in assenza di potere decisionale quanto alla destinazione delle risorse economiche; pertanto, accanto alla riflessione poc'anzi riferita sui poteri impeditivi, si andava sviluppando la consapevolezza che parte di essi risultasse dalla combinazione del potere decisionale e gestionale⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Aspetto che viene in luce a fronte della sovrapposizione dei piani nella gestione di attività. *Amplius infra* § 5.2; cfr. Cass. sez. IV, n. 7402 del 24 giugno 2000.

⁴⁹⁶ Oltre a quanto asserito da tempo nella letteratura italiana (cfr. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 118 ss.; FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 21 ss. e 83 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 192 ss.; LEONCINI, *Obbligo di garanzia*, cit., diffusamente, cfr. spec. p. 215 ss.), anche la giurisprudenza palesava solidità in ordine alla necessità dei requisiti *de quibus*; cfr. Cass. sez. III pen., n. 246 del 5 novembre 2002, in *Dir. e prat. del lavoro*, 2002, p. 508 «In materia di prevenzione infortuni ed igiene sul lavoro nell'ambito di un ente pubblico territoriale, quale il comune, la delega di funzioni è valida solo se corrisponda alle precise e ineludibili norme (della legge

Ciò che variava erano i parametri impiegati per valutare l'aderenza della struttura organizzativa alle finalità che le venivano affidate, tant'è che proprio facendo prendendo le mosse dalla percezione di complessità della realtà aziendale, i primi tentativi di discernimento nella materia della delega di funzioni impiegavano indicatori relativi, ad esempio, alle dimensioni aziendali.

generale, ma anche soltanto regolamentari o interne) e alle disposizioni statutarie che la prevedono e sia accompagnata dall'effettivo trasferimento dei poteri in capo al delegato con l'attribuzione di una completa autonomia decisionale e gestionale e con piena disponibilità economica; e, d'altra parte, attesa la posizione di garanzia del sindaco e la sua qualità di destinatario delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, la delega di funzioni in favore di altri soggetti, come il dirigente o il funzionario preposti, assume valore, al fine di escludere la responsabilità in capo al delegante, solo ove l'organo elettivo sia incolpevolmente estraneo alle inadempienze del delegato e non sia neppure stato informato di tali inadempienze, così da escludere un atteggiamento di inerzia o di colpevole tolleranza»; Cass. sez. III pen., n. 12370 del 9 marzo 2005, *Rv. 231076*: «In tema di sicurezza e di igiene del lavoro, nelle società di capitali il datore di lavoro si identifica con i soggetti effettivamente titolari dei poteri decisionali e di spesa all'interno dell'azienda, e quindi con i vertici dell'azienda stessa»; Cass. sez. III pen., n. 29229 del 3 marzo 2005, *Rv. 232307* «In tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, la posizione di garanzia del datore di lavoro, è inderogabile quanto ai doveri di vigilanza e controllo per la tutela della sicurezza, in conseguenza del principio di effettività, il quale rende riferibile l'inosservanza alle norme precauzionali a chi è munito dei poteri di gestione e di spesa» e, *in parte qua*, Cass. sez. IV pen., n. 15234 del 28 febbraio 2008, in *Guida al diritto*, 2008, 21, 70 (s.m) «In tema di infortunistica sul lavoro, la "delega" rilasciata dal datore di lavoro ad altro soggetto perché risulti efficace e idonea a mandare esente da responsabilità il delegante occorre che riguardi un soggetto che deve essere in grado di "supplire" efficacemente il datore di lavoro, onde la relativa designazione non può certo ridursi a una figura simbolica. Ciò comporta che il delegato non solo deve essere persona tecnicamente capace, dotata delle necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento, ma deve anche essere in grado di garantire la sua presenza sul posto di lavoro, in quanto la mera competenza professionale è una dote inutile, se non accompagnata dalla possibilità concreta di formare e verificare l'operato dei dipendenti. [...] Si tratta di conclusione imposta dal principio in forza del quale l'efficacia della delega si evince non unicamente dall'esistenza di un atto scritto, ma soprattutto dal "concreto esercizio" dei poteri attribuiti al datore di lavoro e devoluti al delegato, e cioè quelli di conoscenza, di intervento, di coordinamento e di spesa: principio valido non solo per valutare il "rilascio" della delega, ma anche la sua eventuale revoca o sospensione, venendo in questo caso in rilievo le circostanze concrete opposte, quali possono essere l'attribuzione di un differente incarico, l'autorizzazione a non frequentare più il cantiere per il quale è stata rilasciata la delega, l'incompatibilità tra il nuovo incarico e quello precedente» (Recentemente, in epoca successiva all'emanazione del D.Lgs. 81 del 2008, sulla medesima linea: Cass. sez. IV pen., n. 49402 del 13 novembre 2013, *Rv. 257673*; cfr. anche le precedenti Cass. sez. IV pen., 25 agosto 2000, n. 9343; Cass. sez. IV pen., n. 12297 del 12 dicembre 1995; Cass. sez. IV pen., n. 9994 del 20 settembre 1994; Cass., sez. IV, n. 1760 del 23 febbraio 1993; in particolare, sulla necessità che sia rigorosamente provata l'esistenza di una delega espressamente e formalmente conferita, con pienezza di poteri e autonomia decisionale, v. Cass. sez. IV pen., n. 3602 del 23 marzo 1998; Cass. sez. IV pen., n. 9994 del 20 settembre 1994; Cass. sez. IV pen., n. 49821 del 23 novembre 2012.

Stante la responsabilizzazione del datore di lavoro, ai sensi di quanto sopra riportato, destava enormi perplessità la possibilità per lo stesso di dismettere (del tutto o in parte) la propria posizione di garanzia, nel senso di andare esente, una volta delegati gli obblighi, da possibili rimproveri. Vale a dire che, a fronte di un'organizzazione sempre più standardizzata, nella quale la tradizionale lettura descrittiva dei ruoli stava permettendo l'ingresso di schemi normativo-valutativi forieri di maggiore attenzione verso la vita nella realtà aziendale, il meccanismo della delega di funzioni si presentava, per i 'datori di lavoro', come un possibile punto di fuga dalle strette maglie della cristallizzazione organizzativa. Si trattava, però, comunque di una via incerta da percorrere, siccome non mancavano tentativi di circoscrivere, in via interpretativa, i margini d'indeterminatezza che la caratterizzavano⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ cfr. *ex ceteris* Cass. sez. IV pen., n. 38425 del 22 novembre 2006, *Rv. 235184*, «In materia di infortuni sul lavoro, gli obblighi di prevenzione, assicurazione e sorveglianza gravanti sul datore di lavoro possono essere delegati, con conseguente subentro del delegato nella posizione di garanzia che fa capo al datore di lavoro, tuttavia, il relativo atto di delega deve essere espresso, inequivoco e certo e deve investire persona tecnicamente capace, dotata delle necessarie cognizioni tecniche e dei relativi poteri decisionali e di intervento, che abbia accettato lo specifico incarico, fermo comunque l'obbligo per il datore di lavoro di vigilare e di controllare che il delegato usi, poi, concretamente la delega, secondo quanto la legge prescrive»; e Cass. sez. IV pen, n. 12800 del 7 febbraio 2007, in *Guida al diritto*, 2007, 17, 107 (s.m), così massimata: «In materia di infortuni sul lavoro, ai fini della validità della delega di funzioni con cui il datore di lavoro può trasferire gli obblighi di prevenzione e sorveglianza, con conseguente subentro del delegato nella posizione di garanzia, non è essenziale la forma scritta, né è richiesta la prova scritta della delega stessa. Infatti, non è possibile limitare all'esistenza di un atto scritto la possibilità di dimostrare l'avvenuto trasferimento delle funzioni, fermo restando che è piuttosto arduo che una delega non documentata per iscritto possa essere specifica e individuare con sufficiente precisione sia il soggetto delegato, sia le funzioni al medesimo attribuite (in modo tale da consentire una puntuale ricostruzione dei suoi poteri-doveri e dei relativi limiti). È pertanto ammissibile che il trasferimento delle funzioni sia dimostrato anche tramite una prova diversa da quella documentale, utilizzando il sistema probatorio che il codice di rito mette a disposizione, che non ammette alcuna presunzione di maggiore efficacia di taluni mezzi di prova (come quello documentale) rispetto ad altri. Ciò detto, è il datore di lavoro a essere comunque onerato della prova circa il fatto storico dell'avvenuto conferimento della delega e circa i contenuti e i limiti della delega stessa»; Cass. sez. IV pen., n. 3602 del 23 marzo 1998 e Cass. sez. IV pen., n. 9994 del 20 settembre 1994.

L'incertezza si moltiplicava, poi, rispetto a situazioni connotate da intricati intrecci di ruoli, posizioni e discipline. Tant'è che, com'è stato sostenuto⁴⁹⁸: «Il timore, in specie, che chi guida l'organizzazione, attraverso il meccanismo della ripartizione dei compiti, possa decentrare *ad libitum* il potere decisionale verso il basso della struttura gerarchica dell'impresa e possa così trasformare la "organizzazione della responsabilità", corollario del principio di divisione del lavoro, in "irresponsabilità organizzata" o comunque possa arbitrariamente riversare sul dipendente le proprie responsabilità, conduce a fissare limiti rigorosi all'efficacia liberatoria di quel trasferimento».

I maggiori punti d'interesse del Decreto – da molti denominato, nonostante il silenzio del legislatore, Testo Unico (TUSL) – consistono nelle variazioni all'apparato sanzionatorio e nell'espressione di requisiti formali e sostanziali per la delega di funzioni, nonché nella modifica della nozione di datore di lavoro, condotta al punto da comprendere quella del datore di fatto, e dell'estensione di quella di lavoratore, ormai comprendente anche soggetti collocati al di fuori della realtà strettamente organizzativa contemplata dall'art. 2087 c.c.

L'intero quadro normativo, inoltre, fornisce un'accelerazione verso la considerazione prioritaria della dimensione organizzativa dell'attività del datore di lavoro, inscindibile rispetto alla sussistenza in capo a questi dei poteri e dei mezzi per attuarli. In particolare, proprio questi ultimi dettagli rendono possibile la parificazione di altre figure a quella del datore di lavoro, contribuendo non poco all'analisi delle rispettive posizioni di garanzia.

⁴⁹⁸ FIORELLA, voce *Responsabilità*, cit., p. 1322 sub § 10, il quale, a sua volta, traduce delle espressioni impiegate da SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, cit., p. 34, che, dopo aver ricordato la crescente importanza del meccanismo della delega, mutuando a sua volta espressioni di TIEDEMANN (*Grundlagen der Kriminalistik*, a cura di SCHÄFER, Bd. 13/1, Hamburg, 1974, p. 39) così spiega: «Denn weil diese Dezentralisierung theoretisch bis zu demjenigen fortgesetzt gedacht werden kann, der als Handarbeiter die unmittelbare Ausführung vornimmt, ermöglicht sie jene Verwandlung der »Organisierung der Verantwortlichkeit« in die »organisierte Unverantwortlichkeit«, die in zahlreichen Untersuchungen zur Verbandskriminalität beschrieben und beklagt wird».

Quanto alla fissazione dei requisiti della delega di funzioni, l'art. 16 del D.Lgs. 81 del 2008 elenca limiti e condizioni di ammissibilità, selezionando alcuni principi di elaborazione giurisprudenziale e dottrina. Si tratta innanzitutto di requisiti formali, tra i quali: la necessità della forma scritta tanto dell'accettazione che dell'atto di delega e della data certa di quest'ultimo atto; la loro pubblicità tempestiva ed adeguata. Essi sono altresì affiancati da condizioni contenutistiche, siccome: al delegato è richiesto il possesso della professionalità e dell'esperienza richieste dalla natura delle funzioni delegate; al delegante, il trasferimento effettivo delle facoltà e dei poteri connessi alla funzione delegata, comprensivo di poteri di gestione, controllo e di autonomia di spesa. Tutti i requisiti sopra menzionati, come si è avuto modo di anticipare, erano stati dedotti in via interpretativa; eppure non è vero il contrario, ossia che tutto ciò che si era già sedimentato in giurisprudenza sia stato trasfuso nel testo normativo. Com'è infatti evidente, mancano nella disciplina legislativa richiami alle dimensioni aziendali, nonostante il larghissimo uso di tale parametro da parte della giurisprudenza⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ Definito significativamente come «*cliché* giurisprudenziale» da NISCO, *La delega di funzioni nel Testo Unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro: Colpa di organizzazione e impresa*, a cura di Curi, Bononia, 2009, p. 102; cfr. Cass. sez. IV pen., n. 12794 del 6 febbraio 2007, in CED Cass. 2007, così massimata: «In materia di violazione della normativa antinfortunistica, la sussistenza di una delega di funzioni idonea a mandare esente da responsabilità il datore di lavoro può essere, in effetti, desunta dalle dimensioni della struttura aziendale, ma, a tal fine, si richiede, non solo che si sia in presenza di un'organizzazione altamente complessa in senso proprio, ma anche che esista una comprovata ed appropriata strutturazione della gerarchia delle responsabilità al livello delle posizioni di vertice e di quelle esecutive; a ciò dovendosi comunque aggiungere che tale delega implicita non può esonerare da responsabilità per ciò che attiene alle scelte aziendali di livello più alto in ordine alla organizzazione delle lavorazioni che attingono direttamente la sfera di responsabilità del datore di lavoro. (In applicazione di tali principi la S.C. ha annullato con rinvio la sentenza di assoluzione del datore di lavoro fondata dalla Corte di merito sull'asserito trasferimento della posizione di garanzia del datore di lavoro ad altro soggetto degli obblighi di prevenzione e sorveglianza in azienda di grandi dimensioni senza accertare l'esistenza in concreto di una di una organizzazione aziendale realmente altamente complessa e di un articolato sistema di gerarchia di livello dirigenziale ed intermedio e senza verificare l'estraneità dell'evento letale alle essenziali scelte aziendali in ordine all'organizzazione delle lavorazioni che attingono direttamente la sfera di responsabilità del datore di lavoro)».

L'art. 16 cit., tuttavia, non si limita a dettare queste condizioni ma contiene (al comma 3) due specificazioni notevoli: in primo luogo, esso chiarisce che la delega *ex se* non esonera il datore dall'obbligo di sorveglianza nei confronti del delegato; in secondo luogo, ha implementato la disciplina dei modelli di organizzazione e gestione – alla cui adozione è subordinato l'esonero da responsabilità per gli enti per lesioni ed omicidio connessi alla violazione della normativa antinfortunistica – nella disciplina della delega, prevedendo originariamente che «La vigilanza si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4⁵⁰⁰». Tale ultimo inciso normativo è stato poi modificato dall'art. 12 del D.Lgs. n. 106 del 2009, risultando oggi nella più precisa formula: «L'obbligo di cui al primo periodo si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 3 comma 4»; la novella ha inoltre introdotto un comma 3 *bis*, del seguente tenore letterale: «Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2. La delega di funzioni di cui al primo periodo non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al delegante in ordine al corretto espletamento delle funzioni trasferite. Il soggetto al quale sia stata conferita la delega di cui al presente comma non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate». Più specificamente, quest'aggiunta normativa si sforza di fissare le possibilità e i limiti della c.d. *sub-delega*, lasciando permanere in capo al delegato-delegante una responsabilità di vigilanza e inibendo alla serie di deleghe di proseguire oltre.

⁵⁰⁰ Testualmente: «Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico»

Inoltre, l'art. 16 va letto in combinato disposto con il seguente art. 17, che fissa un limite alla delegabilità dei compiti, prevedendo che il datore di lavoro non possa delegare le seguenti attività: «a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28; b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi», usualmente denominate come “residuo non delegabile”⁵⁰¹.

Perciò, alla luce del delineato quadro normativo, può definirsi la delega di funzioni nella *subiecta materia* come una «specifica modalità di ripartizione dell'obbligo di sicurezza, consistente in un atto negoziale, con il quale il datore di lavoro trasferisce una serie di funzioni, quantitativamente e qualitativamente non determinate dalla legge, se non tramite l'indicazione di alcune funzioni indelegabili, e con il quale si investe il delegato di una posizione di garanzia derivata»⁵⁰².

5.2. DEFINIZIONE DEI RUOLI: PROFILI PROBLEMATICI D'INTERAZIONE (ASINCRONA) NELLA DISCIPLINA DELLA SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO

Le quattro figure su cui ruota l'intera normativa – ossia: datore di lavoro, responsabile del servizio di sicurezza e protezione, dirigente e preposto – sono incardinate in una struttura definitoria ritenuta molto rigorosa ed efficiente dalla Suprema Corte⁵⁰³, deputata a perseguire obiettivi di chiarezza e delimitazione delle rispettive aree di competenza. Perciò, qualunque valutazione in ordine al perseguimento dello scopo non può prescindere da una

⁵⁰¹ Secondo l'espressione di PADOVANI, *Il nuovo volto*, cit., p. 1163, si tratta di due aspetti relativi alla “diagnosi” e alla “terapia”. Il lemma è anche impiegato per riferirsi all'obbligo di vigilanza, ex art. 16 co. 3 TUSL, immanente nel sistema. Per un riscontro nella dottrina tedesca dell'insopprimibilità della responsabilità del delegante (originario), cfr. STREE, *Garantenstellung*, cit., p. 158 s.

⁵⁰² La definizione è di NISCO, *La delega di funzioni*, cit., p. 104.

⁵⁰³ «Si tratta... di una normativa molto rigorosa, che dimostra con chiarezza l'intendimento di assicurare al massimo livello un ambiente di lavoro sicuro, con conseguente "estensione" dei soggetti onerati della relativa "posizione di garanzia" nella materia prevenzionale allorquando l'omessa adozione delle misure antinfortunistiche prescritte risulti la conseguenza del rilevato omesso coordinamento» Cass. sez. IV pen., n. 52658 del 2014.

breve riflessione sui contorni normativi delle figure suddette, siccome qualsivoglia disciplina della delega di funzioni – per quanto dettagliata possa essere – va comunque analizzata tenendo conto dei soggetti a cui essa è rivolta.

Come in gran parte delle normative di settore e nella parte speciale, il legislatore premette ad aspetti specifici del funzionamento delle norme di tipo definitorio, alla cui stregua: *a)* nel settore privato, il datore di lavoro è «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa» (*i.e.* art. 2, co. 1, lett. b) prima alinea)⁵⁰⁴; *b)* il responsabile del servizio di sicurezza e protezione è qualificato come «persona in possesso delle capacità e dei requisiti professionali di cui all'articolo 32 designata dal datore di lavoro, a cui risponde, per coordinare il servizio di prevenzione e protezione dai rischi» (art. 2 cit., lett. f)); *c)* il dirigente è invece qualificato come «persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa» (art. 2 cit., lett. d)) e *d)* il preposto, come «persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura

⁵⁰⁴ Quanto al settore pubblico, la medesima disposizione reca un'importante precisazione in ordine alla designazione del soggetto responsabile da parte dell'organo di vertice, in assenza della quale la responsabilità resta incardinata sullo stesso. Tale meccanismo spiega, coerentemente con la *ratio* della disciplina, come l'individuazione dei soggetti rispetto a cui compiere l'accertamento per l'eventuale rimprovero penale debba essere compiuta rigidamente; perciò, onde incentivare l'adozione di un idoneo meccanismo d'individuazione, si "sanziona" in tal modo la mancata attivazione. (Così la norma: «Nelle pubbliche amministrazioni, invece, «per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo»)

dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa» (art. 2 cit., lett. e)).

Fin qui, la descrizione normativa avente l'arduo compito di sciogliere i nodi relativi alla qualificazione della figura del datore di lavoro – per evitarne eccessi – e al rinvenimento degli incerti contorni di quelle del dirigente e del preposto. Circa il primo problema, i predetti esiti classificatori non erano affatto scontati, stante la profonda divergenza di opinioni in merito, derivante per larga parte dalla complessità delle strutture aziendali e delle relative discipline normative.

Quanto alla figura del datore di lavoro si sono contese il campo tre diverse impostazioni teoriche. Secondo una prima (c.d. formalistico-civilistica)⁵⁰⁵, sarebbero qualificabili come datori di lavoro, e quindi come soggetti all'incombenza delle prestazioni prevenzionali, coloro i quali siano così designati nella disciplina civilistica (*ex art. 2082 c.c.*): ossia gli imprenditori. A tal stregua, la delega non trasferirebbe a qualifica soggettiva al delegato, il quale continuerebbe a essere considerato *extraneus* dall'altro⁵⁰⁶ e, pertanto, non libererebbe il delegante; perciò, la delega inciderebbe unicamente soltanto sull'elemento soggettivo del reato, comunque riferibile al datore di lavoro (o garante originario *ex lege*).

Tale lettura possiede invero pregi e difetti: nel senso che, nel permettere una maggiore affidabilità dei contorni della figura del datore di lavoro, pecca però di formalismo, siccome dimentica che l'insorgenza di una posizione di garanzia vive intrinsecamente dell'interrelazione con i beni giuridici; nonché che il rapporto con i beni tutelandi non può essere presupposto per la sola

⁵⁰⁵ cfr. PADOVANI, *Il nuovo volto*, cit., p. 1163 s. e ID., *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983, p. 77 s.

⁵⁰⁶ Per cui al delegato non resterebbe che esercitare la propria attività nello spazio del concorso di persone nel reato.

sussistenza di una 'posizione' soggettiva ricoperta da taluno. Questa interpretazione formalistica, inoltre, trascura che alla posizione ricoperta non sempre fanno fronte concreti, adeguati ed attuali poteri impeditivi e, infine, l'appiattimento sul dato formale non si preoccupa di conferire dignità ricostruttiva alle ipotesi di presa in carico fattuale di obblighi di garanzia, oggi invero legislativamente prevista⁵⁰⁷.

Si è pertanto ritenuto che fosse più opportuno definire la figura del maggior obbligato alle prestazioni prevenzionali – ossia il datore di lavoro – sulla base della funzione svolta da questi all'interno dell'organizzazione aziendale. Questa seconda lettura (*i.e.* funzionalistica)⁵⁰⁸ attribuisce allo *status* un ruolo fondamentale, nella misura in cui esso permea la funzione svolta e quindi la portata dell'obbligo di garanzia, instaurando un rapporto osmotico tra attribuzione funzionale e funzione di garanzia: nel senso che la delega viene vista – quale trasferimento di funzioni – come in grado di incidere oggettivamente sulla struttura del reato attribuibile, solo in prima battuta, al delegante. In tal senso, è stato quindi sostenuto che anche la direzione tendenzialmente "personalizzata" (*i.e.* in chiave di reato proprio), avrebbe in realtà la finalità d'incriminare l'esercizio della funzione; orbene, a ciò non osterebbe il trasferimento della stessa per il tramite del travestimento della qualifica⁵⁰⁹.

Neanche questa ricostruzione 'funzionalista' è stata però pacificamente accolta, stante la sua attitudine a confondere la posizione nell'organico aziendale con la posizione di garanzia del soggetto; tale assetto finirebbe, secondo alcuni, per mortificare la richiesta di poteri impeditivi e non riesce a spiegare, ad esempio, l'evenienza in cui il delegante si trovi a dover comunque

⁵⁰⁷ cfr. art. 299 del D.Lgs. n. 81 del 2008, relativo all'esercizio di fatto di poteri direttivi, che così recita: «Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti»

⁵⁰⁸ FIORELLA, *Il trasferimento*, cit., p. 67 ss.

⁵⁰⁹ Così, FIORELLA, *Il trasferimento*, cit., p. 81 ss.

rispondere a fronte dell'inadempimento del delegato esercente la funzione, pur non esercitandola più.

Proprio alla luce di questa critica, sembra che il Decreto accolga piuttosto una terza impostazione teorica, c.d. intermedia⁵¹⁰, in cui la funzione istituzionale intanto rileva in quanto sia accompagnata: dal rapporto con il lavoratore (anche formale, in permanenza di un obbligo di sorveglianza) e dal possesso di mezzi impeditivi, riscontrabili nella richiesta del possesso del potere di spesa e di gestione. Diversamente opinando, infatti, il soggetto posto al vertice dell'organizzazione aziendale, pur senza avere possibilità di "seguire" il bene da tutelare, si troverebbe obbligato a farlo e, al contempo, coloro i quali dirigano un'articolazione funzionale, se sprovvisti di autonomia decisionale, fungerebbero unicamente da capro espiatorio (c.d. verso il basso) per il garante originario.

Un meccanismo simile, a ben vedere, interessa anche il soggetto responsabile del servizio di sicurezza e protezione, per il quale rileva un perimetro di competenza funzionale (e di garanzia) ben precisato ma comunque non esaustivo. Si ritiene, infatti, che questi non sia mai esentato dal rilievo di anomalie, che devono anzi essere prontamente ed efficacemente riferite per giungere alla loro rimozione. Perciò, alla tendenziale lettura di questa figura come priva di capacità immediatamente operativa (cfr. art. 33 D. Lgs. 81 del 2008), si affianca l'idea di un residuo colposo – sovente rintracciato come espressione di cooperazione colposa – che prescinde dalla delega di funzioni, operando *iure proprio*⁵¹¹.

Per quanto invece riguarda i preposti e i dirigenti, va altresì compiuta un'ulteriore specificazione, giacché tali figure sembrano prossime alla delega, ma la portata della loro attribuzione prevenzionistica non è rimessa alla

⁵¹⁰ GRASSO, *Organizzazione aziendale, cit.*, p. 744 ss.; PULITANÒ, *Posizioni di garanzia, cit.*, p. 178 ss.

⁵¹¹ cfr. Cass. sez. IV pen., n. 11492 del 2013 ed, *ex multis*, Cass. sez. IV pen. del 15 luglio 2010, *Scagliaria*.

determinazione da parte dei privati, essendo contenuta nella legge⁵¹². La differenza intercorrente tra questi due ruoli consiste nel carico al solo dirigente del dovere (e potere) di attuazione delle decisioni datoriali, siccome al preposto spetta unicamente un potere d’iniziativa limitato; perciò, in un organigramma che raffiguri per gradi l’intensità del dovere giuridico facente capo alle singole figure *de quibus*, quella del preposto sarebbe individuata dalla minore intensità possibile.

Perciò, siccome dalla descrizione legislativa di questi ruoli si deduce l’originarietà degli obblighi su di essi incardinati, per valutare la sussistenza di una posizione di garanzia in capo a taluno di essi non è necessario accertare che vi siano i requisiti richiesti per la legittimità della delega di funzioni, giacché di nessuna delega si tratta, bensì di un’articolazione funzionale che proietta sull’obbligo di garanzia il proprio cono d’ombra⁵¹³.

Orbene, a margine di questa breve ricognizione si osserva che le figure cardine sono destinate strutturalmente ad interagire e, pertanto, le rispettive posizioni di garanzia a interferire o sovrapporsi; perciò, onde evitare che la sistematizzazione si risolva in un moltiplicatore di caos deontico⁵¹⁴, va specificato che rispetto ai modelli d’integrazione e successione di attribuzioni e funzioni possono seguirsi due direttrici: a seconda che siano incentrate sul profilo della combinazione – anche *de residuo*⁵¹⁵ – o quello dell’alternatività delle responsabilità.

Un primo fattore discretivo per l’impiego dell’una o dell’altra impostazione è evidentemente rappresentato dalla tipologia d’interazione, diacronica o sincronica.

⁵¹² Così, FIORELLA, *Il trasferimento*, cit., p. 23 e BRUSCO, *La delega di funzioni*, cit., p. 2769 s.

⁵¹³ Impostazione avallata ampiamente dalla recente giurisprudenza. *Ex ceteris* cfr. Cass. sez. IV pen., n. 10608 del 2012; Cass. sez. IV pen., n. 11492 del 2013.

⁵¹⁴ ALAGNA, *Il datore di lavoro*, cit., p. 76, mutua a tal proposito una felice espressione: “eziopatogenesi organizzativa”.

⁵¹⁵ Nel senso che un soggetto, pur spogliandosi della propria posizione di garanzia mediante delega, ben può mantenere una percentuale di responsabilità da obbligo di vigilanza, sorveglianza o, più genericamente, per colpa; V. *retro. infra* § 3 ss.

L'una o l'altra soluzione sono rette da una differente modulazione di alcuni elementi, tra cui si segnala soprattutto la rilevanza conferita all'affidamento⁵¹⁶, che, specie nelle ipotesi d'interazione diacronica vede minore spazio applicativo in ragione della valorizzazione di altri aspetti. Più precisamente, l'interpretazione giurisprudenziale si è polarizzata intorno alla possibilità di rinvenire o meno un'interruzione del nesso causale (ai sensi dell'art. 41 co. 2 c.p.⁵¹⁷) in comportamenti tenuti dai lavoratori, producendo esiti ondivaghi⁵¹⁸; vale a dire che, in gran parte delle pronunce, l'esito assolutorio per

⁵¹⁶ Che, come si è avuto modo di riferire, è considerato non solo in ragione della sua influenza rispetto all'*objektive Zurechnung*, ma anche come criterio d'imputazione della colpa.

⁵¹⁷ Che, com'è noto, stabilisce che «Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento». Nell'interpretazione di tale disposizione si sono avvicendate molteplici intenzioni ermeneutiche. Alcuni, infatti, hanno impiegato la norma per conferire una base normativa alla teoria della c.d. causalità umana e, quindi, per escludere dal novero delle condotte causalmente rilevanti quelle non dominabili dall'uomo. Nonostante questa teoria sia ampiamente superata, non mancano tutt'oggi dei riferimenti, specie nelle pronunce in materia di circolazione stradale e sinistri occorsi per subitanea ed imprevedibile auto-esposizione al pericolo della vittima e, talvolta, ma con frequenza marcatamente ridotta, nella materia della sicurezza sul lavoro.

⁵¹⁸ Parlano della necessità di condotte "esorbitanti" o totalmente imprevedibili, *ex ceteris* Cass. sez. IV pen., 7 maggio 1985, Rv. 171215; Cass. sez. IV pen., 25 settembre 1995, *Dal Pont*; Cass. sez. IV pen., 10 novembre 1999, Rv. 183633; Cass. sez. IV pen., del 25 settembre 2001, Rv. 221149. Fissa il principio, sul punto, Cass. sez. IV pen., n. 16465 del 29 febbraio 2008, in *Guida al Diritto*, 2008, 22, 63 (s.m), così massimata: «Poiché le norme di prevenzione antinfortunistica mirano a tutelare il lavoratore anche in ordine a incidenti che possano derivare da sua negligenza, imprudenza e imperizia, la responsabilità del datore di lavoro e, in generale, del destinatario dell'obbligo di adottare le misure di prevenzione può essere esclusa, per causa sopravvenuta, solo in presenza di un comportamento del lavoratore che presenti i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità, dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo e alle precise direttive organizzative ricevute, che sia del tutto imprevedibile o inopinabile. In una tale prospettiva, ove l'infortunio sia originato dall'assenza o dall'inidoneità delle misure di prevenzione, nessuna efficacia causale, per escludere la responsabilità del datore di lavoro, può essere attribuita al comportamento del lavoratore infortunato, che abbia dato occasione all'evento, quando questo sia da ricondurre, comunque, alla mancanza o insufficienza di quelle cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare proprio il rischio di siffatto comportamento»; Conf., Cass. sez. IV pen., n. 49521 del 2012; Cass. sez. IV pen., n. 3148, ud. 9 settembre 2014, dep. 22 gennaio 2015, che da ultimo, mostrando un'apertura, specifica che «La corretta interpretazione della regola del nesso di causalità è nel senso che rientri nella ipotesi di interruzione del rapporto di causalità la condotta abnorme del lavoratore in violazione delle prescrizioni per la esecuzione delle sue mansioni laddove risulti impedito un adeguato intervento preventivo del datore di lavoro»; Cass. sez. IV pen., n. 3774, ud. 9 ottobre 2014, dep. 27 gennaio 2015 che però ribadisce che «Nella condotta dell'infortunato, pur imprudente, non è dato rinvenire quelle caratteristiche di imprevedibile singolarità, abnormità, inconsulta bizzarria, che avrebbero posto la medesima al di fuori della sfera di governabilità del garante del rischio con la consequenziale

il datore di lavoro (ad esempio) è posto in antagonismo all'esorbitanza, alla straordinarietà, del comportamento del lavoratore che, auto-esponendosi al pericolo interromperebbe la portata causale dell'omissione del garante. Premessa che sia la scarsissima applicazione di tale meccanismo assolutorio⁵¹⁹, si precisa anche la sua inesattezza metodologica, nella misura in cui un'omissione, per rivestire un significato causale o concausale, deve essere innanzitutto qualificabile come tale e, quindi, non può prescindere dal previo rinvenimento della posizione di garanzia.

La scarsa considerazione del principio di affidamento nella strutturazione diacronica delle posizioni di garanzia dà vita a un sistema 'chiuso', in cui ogni garante interagente (o ingerito) mantiene la propria funzione di tutela rispetto al bene giuridico e, pertanto, non può spogliarsene neanche delegandola. Detta ricostruzione, fondata sull'idea di una sostanziale sovrapposizione contenutistica tra l'obbligo di garanzia e misura (oggettiva) della diligenza e, quindi, sulla comune base normativa del reato omissivo e di quello colposo,

degradazione della violazione cautelare a mera occasione dell'evento, e interruzione del nesso di causalità».

⁵¹⁹ Confinato, come s'è mostrato, a ipotesi di eccezionalità sempre più pronunciata. Cfr. Cass. sez. IV pen., n. 22249 del 14 marzo 2014, in *Cass. Pen.*, 2015, 1, p. 290, «In tema di infortuni sul lavoro, la responsabilità del costruttore, nel caso in cui l'evento dannoso sia provocato dall'inosservanza delle cautele infortunistiche nella progettazione e fabbricazione della macchina, non esclude la responsabilità del datore di lavoro, sul quale grava l'obbligo di eliminare le fonti di pericolo per i lavoratori dipendenti che debbano utilizzare la predetta macchina e di adottare nell'impresa tutti i più moderni strumenti che la tecnologia offre per garantire la sicurezza dei lavoratori; a detta regola può farsi eccezione nella sola ipotesi in cui l'accertamento di un elemento di pericolo nella macchina o di un vizio di progettazione o di costruzione di questa sia reso impossibile per le speciali caratteristiche della macchina o del vizio, impeditive di apprezzarne la sussistenza con l'ordinaria diligenza» nonché la recente Cass. sez. IV pen., n. 49670 del 23 ottobre 2014, in *CED Cassazione 2015*, così massimata: «Il datore di lavoro è responsabile delle lesioni patite dall'operaio, allorquando abbia consentito l'utilizzo di una macchina, la quale, pur astrattamente conforme alla normativa CE, per come assemblata ed in pratica utilizzata abbia esposto i lavoratori a rischi del tipo di quello in concreto realizzatosi», in cui la responsabilità del datore è affermata prescindendo da qualsivoglia affidamento da parte di questi alla conformità della macchina agli standard di sicurezza europei. Le pronunce s'inseriscono in una serie ormai abbastanza consolidata: Cass. sez. IV pen., n. 26247 del 30 maggio 2013, in *CED Cass.*, n. 256948; Cass. sez. IV pen., n. 37060 del 12 giugno 2008, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3069; Cass. sez. IV pen., 11 dicembre 2007, in *CED Cass.*, n. 238959; Cass. sez. IV pen., n. 2630 del 23 novembre 2006, in *CED Cass.*, n. 236012; Cass. sez. IV pen., n. 1216 del 26 ottobre 2005, in *CED Cass.*, n. 233175.

ritiene permanente la responsabilità del garante originario, postulando la necessità del controllo da parte di questi sull'altrui operato, in quanto rientrante nella "sfera" di rischio sottoposta al suo dominio necessario.

5.2.1. APPALTATORE, COMMITTENTE E SUB-APPALTATORE

Il quadro delle interazioni soggettive si complica per l'interferenza della disciplina civilistica e, segnatamente, per l'esistenza di ulteriori possibilità di delega. Si tratta, in questi casi, di ipotesi in cui l'applicazione dello schema sopra esposto non può prescindere dall'investitura del soggetto, giacché questi, in assenza di delega di funzioni, non avrebbe alcun legame con la *res* tutelanda.

Ci si riferisce segnatamente alle dinamiche relative al contratto di appalto – di cui agli artt. 1655 e ss. c.c. – attraverso cui un soggetto (*i.e.* appaltatore) «assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro» per un altro (*i.e.* committente).

Da questo quadro essenziale emergono immediatamente due ordini di questioni: 1) in primo luogo, quale sia la posizione rivestita dal committente rispetto ai lavoratori impiegati presso l'appaltatore per l'esecuzione dei lavori concessi in appalto e quale sia l'ambito operativo (temporale e spaziale) di questa responsabilità; 2) in secondo luogo, qualora si riconosca la responsabilità del committente, quale sia la disciplina applicabile all'appaltatore, segnatamente in caso di sub-delega. Con quest'ultimo inciso, infatti, ci si riferisce alla possibilità che il soggetto affidatario di un lavoro deleghi a sua volta altri per il compimento dello stesso o di parte di esso; il tutto, previo consenso del committente (*ex art.* 1656 c.c.).

Per comprendere adeguatamente il primo punto sono opportune delle precisazioni. Rispetto ai lavoratori impiegati dall'appaltante, questi è il datore di lavoro ai sensi del D. Lgs. 81 del 2008; tuttavia, essendo impiegati per la realizzazione di finalità esterne al proprio centro produttivo, sono sovente

esposti ai rischi propri del luogo i cui rischi solo demandati al controllo del committente; costui, inoltre, può ingerirsi nell'esecuzione mediante attività di monitoraggio. Infine, giova precisare che, per interpretazione ormai piuttosto consolidata, la disciplina della sicurezza nei luoghi di lavoro è intesa per tutelare non soltanto i lavoratori, ma chiunque si trovi nella zona afferente alle lavorazioni⁵²⁰.

Quest'ultimo principio, nello specifico, estende oltremodo la responsabilità dei datori di lavoro (e, quindi dei committenti), nella misura in cui fa carico di un rischio immanente i soggetti deputati a debellarlo e tende ad azzerare la valenza dell'affidamento rafforzando la speculare esigibilità della condotta iper-scrupolosa dei gravati. Perciò, fintanto che il committente non nomini un responsabile dei lavori (cfr. art. 6 D. Lgs. n. 494 del 1996), a condizione che compia tale atto di delega in maniera tempestiva e specificandone compiutamente l'estensione⁵²¹, egli resta, insieme all'appaltatore, responsabile della salute dei lavoratori di quest'ultimo. Com'è stato infatti sostenuto, «chi è responsabile della sicurezza sul lavoro deve avere la sensibilità tale da rendersi interprete, in via di prevedibilità, del comportamento altrui»⁵²². In tale lettura si vede una conferma del tentativo di sistematizzazione operativa dell'organizzazione, con tutto ciò che ne consegue, altresì consolidato dalla previsione dell'obbligo di redazione di piani per la programmazione e per l'esecuzione dei lavori⁵²³.

Per quanto invece riguarda il secondo profilo, ossia la responsabilità dell'appaltatore, va immediatamente specificato che questi è interpretato come datore di lavoro⁵²⁴, il quale può ben vedersi dunque imputata una

⁵²⁰ cfr. Cass. sez. IV pen., n. 37840 del 2009, secondo cui, argomentando *ex art.* 2087 c.c., la tutela va estesa anche ai soggetti che nell'impresa prestino la propria opera «quale che sia stata la forma utilizzata per lo svolgimento della prestazione» e Cass. sez. IV pen., n. 44204 del 2012.

⁵²¹ Cass. sez. IV pen., n. 37840 del 2009, Rv. 245275 e Cass. sez. IV pen., n. 21509 del 2013.

⁵²² Cass. sez. IV pen., n. 28197 del 2009.

⁵²³ Cass. sez. IV pen., n. 46820 del 2011 e Cass. sez. IV pen., n. 32142 del 2011.

⁵²⁴ V. art. 7 del D. Lgs. 626 del 1994 e, oggi, art. 26 D. Lgs. n. 81 del 2008.

responsabilità (omissiva) anche qualora essa s'incardini in capo al committente. Anzi, nel caso in cui quest'ultimo si ingerisca nell'attività e non possa dunque andare esente da contestazione penale⁵²⁵, l'appaltatore mantiene la propria posizione di garanzia finanche a fronte del decesso di un lavoratore autonomo⁵²⁶ o non formalmente assunto⁵²⁷.

Segnatamente, l'interazione tra le figure del committente e dell'appaltatore trova un *trait d'union* nell'esistenza di un'inadeguatezza immediatamente percepibile⁵²⁸, di una fallacia nella sicurezza tale da non richiedere particolari indagini, sussistendo la quale anche i soggetti a monte (o garanti originari) sono tenuti a rispondere penalmente. Così come abbiamo avuto modo di ricostruire nella trattazione generale relativa alla delega di funzioni, quindi, il trasferimento di attività non può trovare nell'affidamento *tout court* un grimaldello tale da esonerare da qualsivoglia forma di responsabilità il soggetto subentrato né quello delegante, residuando essa, per la giurisprudenza, mediante una non sempre apprezzabile sovrapposizione con la base normativa della colpa o con meccanismi di concausalità.

Un approccio simile è altresì sostenuto anche nel caso in cui vi sia un sub-appalto, tant'è che si ritiene che la situazione non muti se il committente sia in realtà un sub-committente⁵²⁹. Il sub-appaltatore pertanto è tenuto altresì ad apprestare schemi prevenzionali; l'appaltatore può essere inquadrato come

⁵²⁵ Cass. sez. IV pen., n. 37840 del 2009, *cit.*; PADOVANI, *Il nuovo volto*, *cit.*, p. 1167 s. parla espressamente di una contrapposizione antipodica tra il meccanismo della cooperazione e quello dell'ingerenza. Per i riflessi applicativi di tale affermazione e la sua commistione (impropria) con lo schema concorsuale, V. *amplius infra* Capitolo III.

⁵²⁶ In tal senso, Cass. sez. IV pen., n. 42494 del 2012.

⁵²⁷ Cass. sez. IV pen., n. 37840 del 2009, *cit.*, che tratta di un lavoratore operante nella pulitura di un capannone, formalmente non assunto dal committente né dall'appaltatore, ma tuttavia deputato a lavorare in un contesto evidentemente inadeguato a garantire la sua sicurezza.

⁵²⁸ Sentt. ultt. citt. e Cass. sez. IV pen., n. 30587 del 14 luglio 2006, Rv. 234828; Cass. sez. III pen., n. 1825 del 4 novembre 2008, Rv. 242345 e Cass. sez. IV pen., n. 10608 del 2012, in cui si afferma «Inoltre la responsabilità omissiva del committente è ancora più pregnante qualora l'omessa adozione delle misure di prevenzione prescritte sia, come nel caso di specie, immediatamente percepibile, sicché egli sia in grado di accorgersi dell'inadeguatezza delle stesse senza particolari indagini».

⁵²⁹ Sent. ult. cit.

committente nel sub-appalto pur mantenendo dei poteri generali direttivi, salvo possibilità di affidamento ad altri⁵³⁰.

Riassumendo: (a) Premesso che sia l'elevato tasso di frantumazione e moltiplicazione dell'attività cantieristica e a questa simile e (b) stante la disciplina della sicurezza nei luoghi di lavoro, recante in sé una griglia di posizioni e compiti a queste corrispondenti che assumono *iure proprio* la qualifica di garanti, ci si è chiesti se essa sia mutuabile e, se sì, in che termini, in contesti connotati effettivamente da meccanismi di delega di funzioni. Si è pertanto specificato (c) il ruolo svolto dal committente che, a seconda che si valorizzi il modello dell'ingerenza o quello della cooperazione, tende a essere considerato come garante nonostante deleghe di funzioni o affidamenti ad altri di lavorazioni per conto proprio, in un'accezione del tutto speculare a quella del datore di lavoro. Rispetto a quest'ultima figura (d) si è altresì precisato che, stante la conformazione generale dell'obbligo di protezione ibridato dalla pubblicità intrinseca del lavoro, questi è destinato a proteggere non solo i soggetti che risultino formalmente incardinati nella propria attività produttiva (o parte di essa) ma, bensì, a governare il rischio in maniera tale da non involgere terzi o soggetti a essi equiparabili. (e) Il tutto, nell'elaborazione giurisprudenziale, senza una chiara distinzione dei profili strutturali del reato e con una chiara ispirazione casistica o "per tipologia di casi", spesso ancorata a parametri vaghi (come quello dell'esorbitanza dell'attività di auto esposizione al pericolo) e impiegati in maniera eterodossa.

⁵³⁰ cfr. Cass. sez. IV pen., n. 38122 del 2013.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929

AA.VV., *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966

ALAGNA, *Il datore di lavoro: concetto e posizione di garanzia*, in *Sicurezza nel lavoro: Colpa di organizzazione e impresa*, a cura di Curi, Bononia, 2009, p. 75 ss.

ALESSANDRI, voce *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, p. 193 ss.

ID., voce *Cautele contro disastri e infortuni sul lavoro (omissione e rimozione)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1992, p. 145 ss.

ID., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534 ss.

ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003

ID., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Scritti di diritto penale*, Milano 1955

APPIANI, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. IV, *Atti della Commissione Ministeriale incaricata di dar parere sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Parte II, *Verbali della seduta della Commissione*, Roma, 1929

BALBI, *La volontà e il rischio penale d'azione*, Napoli, 1996

BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4329 ss.

BARTOLI, *Il dolo eventuale sbarca anche nell'attività d'impresa*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 704

BASENGHI, *La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, p. 428 ss.

BASILE, *Su alcune questioni controverse intorno all'omissione di soccorso (art. 593*

- c.p.*), *un reato in cerca d'autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 643 ss.
- ID., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in De Francesco–Piemontese–Venafrò (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010
- ID., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, 2005
- BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht. Entwurf eines negativen Handlungsbegriffs auf psychoanalytischer Grundlage*, Baden-Baden, 1979
- BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906
- BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939
- ID., *Diritto penale*, Padova, 1969
- BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, vol. III, Leipzig, 1918
- BISORI, *L'omesso impedimento dell'evento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1340 ss.
- BLAIOTTA, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2263 ss.
- BLEI, *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, in *Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1966, p. 119 ss.
- BOSCARELLI, *Compendio di diritto penale*, Bari, 1985
- BOTTKE, *Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, in *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Hsgb. von Schönemann, de Figueiredo Dias, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995, p. 235 ss.
- BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e accertamento del dolo*, Milano, 1960
- ID., *La discrezionalità nel diritto penale (1965)*, in *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, Milano, 2000, p. 511 ss.

ID., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973

ID., *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in Di Amato (a cura di), *Trattato di diritto penale dell'impresa. Introduzione al trattato*, I, Padova, 1990

BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del d.lg. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. Mer.*, 2008, p. 2767 ss.

CADOPPI, *Il reato omissivo proprio – profili introduttivi e politico-criminali*, vol. I, Padova, 1988

ID., *Il reato omissivo proprio – profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, vol. II, Padova, 1988

CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale, Il reato*, vol. II, Torino, 2013

CALCAGNO, *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra 'contatto sociale' e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3559 B

CANESTRARI, voce *Responsabilità oggettiva*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, p. 126 ss.

CARACCIOLI, voce *Omissione*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 895 ss.

CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, in *Annali di diritto e procedura penale*, Torino, 1933

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1867

CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in Giostra-Insolera, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998, pp. 133 ss.

ID., *L'offensività nella Relazione e nel Progetto preliminare della Commissione Grosso per la riforma del codice penale*, in Moccia (a cura di), *La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'era progressista. Tentativo di bilancio*, Napoli, 2002, pp. 235 ss.

ID., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003

ID., *Tipicità ed offesa nei reati associativi*, in Patalano (a cura di), *Nuove strategie per*

la lotta al crimine organizzato transnazionale, Torino, pp. 53 ss.

ID., *Riflessioni intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in Dolcini - Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1443 ss.

CERQUA, *Diritto penale delle società*, Padova, 2010

CIRAULO A., *La punibilità degli omessi versamenti dell'IVA e delle ritenute certificate nella lettura delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 66 ss.

COMPAGNA (a cura di), *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012

CONSORTE, *Tutela penale e principio di precauzione, profili attuali, problematicità e possibili sviluppi*, Torino, 2013

CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013

CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004

CUPELLI, *La responsabilità colposa dello psichiatra tra ingovernabilità del rischio e misura soggettiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1104 ss.

ID., *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 225 ss.

CURI, *Colpa di organizzazione ed impresa: tertium datur. La responsabilità degli enti alla luce del testo unico in materia di sicurezza sul lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro: Colpa di organizzazione e impresa*, a cura di Curi, Bologna, 2009, p. 131 ss.

DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, in *ZStW*, vol. 59, p. 133 ss.

G. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 137 ss.

G. DE FRANCESCO – PIEMONTESE – VENAFFRO (a cura di), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010

DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930

DELOGU, *La partecipazione negativa al reato secondo il nuovo codice penale*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1935, p. 403 ss.

DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 845 ss.

ID., *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010

DODARO, *La posizione di garanzia degli operatori psichiatrici. Giurisprudenza e clinica al confronto*, Milano, 2011

DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 175 ss.

ID., *Teoria del reato: una introduzione*, Padova, 1996

ID., voce *Teoria del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1999, p. 221 ss.

ID., *Dolo e prevenzione generale nei reati economici. Un contributo all'analisi dei rapporti tra errore di diritto e analogia nei reati in contesto lecito di base*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, p. 5 ss.

ID., *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1, 2012

ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, in *Probleme der Strafrechtserneuerung. Festschrift für Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstage dargebracht*, Berlin, 1944, p. 141 ss.

ID., *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1950

ID., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963

EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 1066 ss.

FAVARETTO–SARTORI, *L'età dell'impresa. Giovani imprenditori e lavoratori esperti*, Milano, 2007

FERRAJOLI, *Diritto e ragione, teoria del garantismo penale*, Bari, 1989

FERRANTE, *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, in *Fortuna* (a cura di), *I reati in materia di lavoro*, in Di Amato (diretto da) *Trattato di diritto penale dell'impresa*, VIII, Padova, 2002, p. 182 ss.

A.R. V. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, hrsg. von C.J.A. Mittermaier, 14. Aufl., Giessen, 1847

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2009

FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979

ID., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 46 ss.

ID., voce *Omissione*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 546 ss.

FIORE C.– FIORE S., *Diritto Penale, parte generale*, 3^a ed., Torino, 2008

FIORE C., *L'ordine pubblico tra codice penale e leggi eccezionali*, in *Aa.Vv., Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di Stile A.M., Napoli, 1985, p. 279 ss.

FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985

ID., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1302 ss.

FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59. Aufl., München, 2012

ID., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62. Aufl., München, 2015

FONDAROLI, *Lo "Statuto" penale della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro: apputi in ordine al "sistema" sanzionatorio*, in *Sicurezza nel lavoro: Colpa di organizzazione e impresa*, a cura di Curi, Bologna, 2009, p. 153 ss.

FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990

ID., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993

FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990

ID., *Uno sguardo ai "piani nobili" del D.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2012, p. 1249 ss.

FRANK, *Nationalsozialistische Strafrechtspolitik*, Berlin, 1935

FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, VI. Aufl., München, 2013

M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957

ID., *I reati di pericolo*, in *Foro Pen.*, 1969, p. 1 ss.

ID., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1974

GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 581 ss.

- ID., *La congenita indeterminatezza degli obblighi di protezione — due casi “esemplari” di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 1385
- GARLAND D. – YOUNG, *The power to punish: Contemporary Penalty. Penalty and Social Analysis*, London, 1983
- ID., *The punitive Mentality: Its socio-historical development and decline*, in *contemporary Crises*, 10, pp. 305 ss.
- GIACCA, *Genesi e modernità dell’Interazionismo Simbolico George Herbert Mead, Herbert Blumer e la devianza*, in *Rassegna dell’Arma dei Carabinieri*, III, 2008
- GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993
- ID., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, pp. 620 ss.
- ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1999, pp. 86 ss.
- GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, in *Arch. pen.*, 1982
- ID., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983
- GRISPIGNI, *L’omissione nel diritto penale*, estratto dalla *Riv. it. dir. proc. pen.*, Padova, 1934
- ID., *Diritto penale italiano*, vol. II, Milano, 1950
- GRÜNWARD, *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, in *ZStW*, 70, 1958, p. 412
- ID., *Die Beteiligung durch Unterlassen*, in *Goltdammer’s Archiv*, 1959, p. 110 ss.
- ID., *Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts*, in *Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1966, p. 281 ss.
- GUARINIELLO, *Se il lavoro uccide*, Torino, 1985
- ID., *Prevenzione degli infortuni e igiene del lavoro (diritto penale)* in *Il diritto penale dell’impresa*, a cura di L. Conti, Padova, 2001, pp. 729 ss.
- GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997

- HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. Pen.*, 1991, pp. 481 ss.
- HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Kriminalpolitik*, I, Berlin-Stettin, 1823
- HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin, 1972
- HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in *Aa.Vv., Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, Milano, 2004, pp. 359 ss.
- INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI, ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale* (a cura di) II, Torino, 2001
- JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Paderborn, 1996
- JASCHINSKI, *Die Entwicklung des Begriffs 'Erfolg' in § 13 Abs. 1 StGB. Ein Beitrag zur Geschichte des unechten Unterlassungsdelikts*, Frankfurt am Main – Berlin - Bern - New York - Paris - Wien, 1995
- JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1969
- ID., *Probleme des unechten Unterlassungsdelikts in rechtsvergleichender Sicht*, in *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, Heidelberg, 1993, p. 115 ss.
- ID., *vor § 13, § 13*, in *Leipziger Kommentar*, Berlin, 1993
- JONAS, *Il principio di responsabilità*, 1979
- ARM. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1988
- ART. KAUFMANN, *Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre*, in *Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1966, p. 79 ss.
- KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911
- LEONCINI, *Obbligo di garanzia, obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999
- v. LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., Berlin und Leipzig, 1884
- ID., *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905
- LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e*

simbolismo involutivo, Milano, 2004

ID., *Il delitto tentato. Contributo all'individuazione della condotta punibile*, Torino, 2013

MAGRO, *Orientamenti giurisprudenziali sul nesso causale*, in *Cass. Pen.*, 1991, p. 336 ss.

MAIHOFFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, 1953

MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di fatto illecito altrui*, Napoli, 2013

MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2006

ID., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, solidarietà, di libertà e di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 337 ss.

ID., *Il principio di soggettività ed il suo integrale recupero nei residui di responsabilità oggettiva, espressa ed occulta*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2014, p. 767

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino, 1950

MARINI, voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 314 ss.

MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, II ed., Milano, 2006

IDD., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, III ed., Milano, 2009

MARINUCCI, voce *Consuetudine*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 507 ss.

ID., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965

ID., *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Milano, 1971

ID., voce *Circostanze del reato*, in *Noviss. Dig. It. (Appendice)*, Torino, 1980, p. 1254 ss.

ID., *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 7 ss.;

ID., *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, pp. 1 ss.

ID., *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 295 ss.

MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Torino, 2009

MAURACH/ZIPF, *Lehrbuch, Allgemeiner Teil 1*, 2. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe, 1992

MAYER H., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts Lehrbuch*, Heidelberg, 1923

MAZZACUVA, voce *Evento*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, p. 445 ss.

MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1950

MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988

ID., *La colpevolezza dell'omissione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 987 ss.

MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992

ID., *Politica criminale e riforma del sistema penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1984

ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000

ID., *La "promessa non mantenuta": ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001

ID. (a cura di), *La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'era progressista. Tentativo di bilancio*, Napoli, 2002

MUCCIARELLI, *Dolo e colpa tra prevedibilità e previsione*, in *Leg. pen.*, 2012, p. 538 ss.

MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, München, 2011

NAGLER, *Leipziger Kommentar*, Bd. I, 6. Aufl., Berlin, 1944, p. 62 ss.

ID., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in *Der Gerichtssaal*, Bd. 111, p. 1 ss.

NAUCKE, *Strafrecht: eine Einführung*, München, 2002

NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Democrazia e diritto*, 17, 1977, n. 4, p. 661-684

NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale: posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009

ID., *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro: Colpa di organizzazione e impresa*, a cura di Curi, Bologna, 2009, pp. 101 ss.

NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982

PADOVANI, *Diritto penale del lavoro, Profili generali*, Bologna, 1976

ID., *Diritto penale del lavoro*, Milano, 1983

ID., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529 ss.

ID., *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 1996, p. 1161 ss.

ID., *Codice penale commentato*, Milano, 2009

PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 2006

PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 1996

ID., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale, Parte generale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2007

PANNAIN, *Manuale di diritto penale, parte generale*, I vol., Torino, 1967

PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia*, 2012, p. 641 ss.

PECORARO ALBANI, *Il dolo*, Napoli, 1955

PESSINA (a cura di), *Il nuovo codice penale italiano, con note dilucidative*, Milano, 1890

PIERGALLINI, *Natura commissiva od omissiva della responsabilità e relative conseguenze*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 1111 e ss.

PIQUÉ, *La funzione estensiva della punibilità dell'art. 113 in relazione ai diritti causali puri*, in *Cass. Pen.*, fasc. 3, 2014, p. 882B

PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003

ID., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, p. 829 ss.

PROSDOCIMI, voce *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1988, p. 238 s.

ID., *Dolus eventualis, Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993

- PULITANÒ, *Diritto Penale*, Torino, 2008
- ID., *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. Lav.*, IV, 1982, p. 178 ss.
- ID., *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. Lav.*, IV, 1985, pp. 8 ss.
- ID., *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 35 ss.
- PUPPE, *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, in *ZStW*, 1980, p. 863 ss.
- RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik* (1903), Darmstadt, 1967
- ID., *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für R. Frank*, I, Tübingen, 1930, p. 158 ss.
- RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. Pen.*, II, 2008, pp. 566 ss.
- RANIERI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1960
- RINALDI, *L'analogia e l'interpretazione estensiva nell'applicazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 195 ss.
- RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1267 ss.
- ID., *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1998, p. 132 ss.
- ROIATI, *Presupposti e limiti del concorso dei funzionari pubblici nei reati edilizi commessi dai privati*, in *Cass. Pen.*, 2014, p. 3853 ss.
- ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, artt. 1-84, Milano, 1995
- RONCO (a cura di), *Il reato – struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale. Il requisito dell'offensività del fatto*, II ed. Bologna, 2011

- ROTH – HUBIG – BAMBERGER (hrsg.), *Schuld und Strafe. Neue Fragen*, München, 2012
- ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Berlin, 1959
- ID., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4. Aufl., Berlin-New York
- ID., *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, in Bockelmann, Art. Kaufmann, Klug (hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1969, p. 380 ss.
- ID., *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II ed., Berlin, 1973
- ID., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, in *Juristische Schulung*, 1973, p. 197 – 203 e 329 – 337
- ID., *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca* (trad. it. a cura di S. Moccia), in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, 1984, p. 2087 ss.
- ID., §§ 25 – 27 StGB, in *Leipziger Kommentar*, I Bd. §§ 1 – 31, Berlin, 2003
- ID., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 4. Aufl., München, 2006
- ID., *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, II, München, 2003
- ID., *Pflichtdelikte und Tatherrschaft*, in *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, 2014, p. 509 ss.
- RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966
- RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Paliero-Dolcini, Milano, 2006, p. 1174 ss.
- SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955
- ID., voce *Evento*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 118 ss.
- SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte*, in *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft*, in *Gleispach Festschrift*, 1936, p. 70 ss.
- SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo: derive autoritarie e falsificabilità*

nella scienza del diritto penale, Napoli, 2012

SCHMIDT, *Soziale Handlungslehre*, in Bockelmann, Art. Kaufmann, Klug (hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1969, p. 339 ss.

SCHÖNKE – SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 69. Aufl., München, 2014

SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971

ID., *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, in *Goltd. Arch.*, 1974, p. 231 ss.

ID., *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, 1978

ID., *Unternehmenskriminalität und Strafrecht (eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht)*, Berlin, 1979

ID., *Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, in *Zeitschrift für Wirtschaft Steuer Strafrecht (WISTRA)*, 1982, p. 44 ss.

ID., *Die Regeln der Technik im Strafrecht*, in *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlin, 1987, p. 367 ss.

ID., § 14, in *Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., 1. Bd., Berlin, 2010, p. 874 ss.

SEMERARO, *Il concorso mediante omissione nel reato*, in *L'indice Penale*, 2006, pp. 583 ss.

SERING, *Beihilfe durch Unterlassen*, Münster-Hamburg-London, 2000

SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975

ID., *La tutela penale di interessi diffusi*, in *Quest. Crim.*, 1975, p. 459

ID., *Diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193 ss.

SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società post-industriali*, Milano, 2004

SILVESTRE, *La sempre verde tentazione di sostituirsi al legislatore*, in *Giurisprudenza di Merito*, fasc.7-8, 2013, p. 1577B

SINISCALCO, voce *Causalità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 649 ss.

- SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare*, Milano, 2006
- SOPRANI, *Dirigenti e preposti: delega di funzioni non necessaria*, in *ISL*, 2009, p. 85 ss.
- SPANGENBERG, *Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit*, in *Neues Archiv des Kriminalrechts*, Bd. 4, 1821
- SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957
- SPRICIGO, *Nota a Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2011, n. 8860*, in *Riv. it. medicina legale*, fasc. 6, 2011, p. 1760
- F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 55 ss.
- ID., *L'allergia alle prove della causalità individuale. Le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2004, p. 379 ss.
- STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, in *Festschrift für H. Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlin, 1966, p. 145 ss.
- TIEDEMANN, *Grundlagen der Kriminalistik*, a cura di Schäfer, Bd. 13/1, Hamburg, 1974, p. 39 ss.
- TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Sonderabdruck aus der Festgabe für Enneccerus*, Marburg, 1913
- VENEZIANI, *Regole cautelari proprie e improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003
- VIGANÒ, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo. L'approdo (provvisorio) delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, f. 5, 2009, pp. 1811 ss.
- ID., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1679 ss.
- WELZEL, *Das Deutsches Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, 1989
- ID., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 31 ss.
- WESSELS – BEULKE – SATZGER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr*

Aufbau, 43. Aufl., Karlsruhe, 2013

ZAFFARONI – Alagia – Slokar, *Derecho penal, parte generale*, II ed., Buenos Aires, 2002

ZAFFARONI, *Derecho penal*, Ediar, 2005

ZENO-ZENCOVICH – ALPA, voce *Responsabilità civile da reato*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1274 ss.

ZINCANI, *La cooperazione nel delitto colposo. La portata incriminatrice dell'art. 113 c.p. nei reati a forma libera*, in *Cass. Pen.*, 2014, pp. 163 ss.