

TIPICITÀ COLPOSA E REATO OMISSIVO IMPROPRIO

CAPITOLO 1 – OMISSIONE E SISTEMA PENALE

1. La distinzione tra fare e omettere
2. Cenni storici sull'evoluzione del reato omissivo. Natura ed intensità del legame tra reato omissivo e connotati ideologico-politici dell'ordinamento; tra reato omissivo e direttrici teleologiche del sistema punitivo. Il ruolo "storico" dei principi di legalità e offensività.
3. Reato omissivo e Stato sociale: interventismo e ipertrofia penale.
4. Legittimazione e limiti del reato omissivo nella cornice costituzionale, in particolare nel rapporto con i principi di sussidiarietà e offensività.

CAPITOLO 2 – IL FATTO TIPICO COLPOSO

1. Chiarimenti preliminari su ruolo ed essenza della colpa nell'attuale sistema penale
2. Struttura del reato e sistematica della colpa. L'inserimento della violazione della diligenza obiettiva nell'alveo della tipicità.
3. Concetto di azione e reato colposo
4. L'obbligo di diligenza nella sua duplice dimensione. Il requisito della riconoscibilità del pericolo come prima articolazione del dovere e i termini storici della sua derivazione dal concetto di prevedibilità;
 - segue*: la riconoscibilità tra possibilità e dovere di rappresentarsi il pericolo di realizzazione del fatto antigiuridico; la distinzione tra

base, criterio ed oggetto della riconoscibilità.

5. Il criterio di valutazione della violazione del dovere e di individuazione delle regole di cautela: l'agente modello;

-*segue*: le note distintive dell'agente concreto rilevanti ai fini della costruzione della figura ideale e il problema delle cognizioni superiori

-*segue*: brevi chiarimenti sul principio di affidamento

6. Il dibattito sull'agente modello in senso deontico

7. Il principio di precauzione

8. I criteri di completamento dell'imputazione obiettiva della colpa: la concretizzazione del rischio e la sua connessione con la riconoscibilità del pericolo; l'efficacia del comportamento alternativo lecito.

CAPITOLO 3 - LA TIPICITÀ DEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO COLPOSO, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA FISIONOMIA DELL'AZIONE IMPEDITIVA

1. Premessa: la costruzione separata dei tipi di reato e le peculiarità dell'omissione (impropria) colposa.

2. Interpretazioni ed implicazioni dottrinarie dell'obbligo giuridico di impedimento nel quadro della tipicità omissiva.

3. I connotati dell'obbligo d'impedimento in una impostazione costituzionalmente orientata;

-*segue*: brevi indicazioni sulla distinzione tra obbligo di impedimento e altre tipologie di obblighi con esso potenzialmente confondibili.

4. La causalità dell'omissione

5. Obbligo di garanzia e obbligo di diligenza

6. La rilevanza della disciplina istitutiva dell'obbligo di impedimento, con particolare riferimento ai poteri impeditivi, come parametro eventuale di ricostruzione dell'azione doverosa; scopo di tutela della norma istitutiva e concretizzazione del rischio.

7. La possibilità di compiere l'azione doverosa e il suo intreccio con la colpa; la impossibilità relativa come criterio esterno di delimitazione dell'azione doverosa.

8. La fisionomia dell'azione impeditiva doverosa, con particolare riguardo alle differenze tra reato omissivo e reato commissivo;

-*segue*: il principio di affidamento nel contesto dell'omissione impropria.

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di delineare i tratti del fatto tipico nel contesto dell'omissione impropria colposa, con particolare attenzione alla fisionomia dell'azione impeditiva doverosa, e al raffronto, in punto di metodologia ricostruttiva e di esiti contenutistici, con l'azione rispettosa delle cautele nell'ambito del reato colposo commissivo. Ricostruire l'impianto della tipicità non può prescindere dal corretto inquadramento di due presupposti fondamentali, asseverati dalla più moderna dottrina: l'esigenza di tratteggiare l'illecito penale con riguardo agli indirizzi conformativi promananti dalle direttrici costituzionali; l'impostazione, in una certa misura intrecciata alla precedente, che vuole le categorie del reato legittimate ed orientate secondo distinti scopi di politica criminale, che contribuiscono ad indirizzarne l'interpretazione e forgiarne la struttura, secondo i dettami della cd. sistematica teleologica.

Ciò premesso, l'esigenza primaria d'indagine sarà approfondire i tratti di rilievo sistemico del reato omissivo. A tale scopo, si affronterà la questione con approccio diacronico: si tenterà, in altre parole, di delineare il percorso storico del reato omissivo, e di rapportarne il peso specifico e le peculiarità strutturali e qualitative, nei vari ordinamenti giuridici considerati, al fine di ricavare indicazioni sui legami funzionali che

connettono il rilievo penale dell'omissione ai tratti sistemici caratterizzanti. Il profilo storico dovrebbe consentire una corretta contestualizzazione del reato omissivo nel nostro impianto costituzionale e nell'assetto politico-costituzionale dello stato sociale di diritto. Le indicazioni così ricavate dovranno, evidentemente, confluire in un ragionamento complessivo involgente una comparazione di fondo tra le *rationes* proprie della colpa penale e quelle caratterizzanti l'omissione. Tale scandaglio dei principi fondatori costituisce la precondizione per comprendere se, nel nostro ordinamento, vi sia spazio per una divaricazione strutturale e funzionale tra la colpa commissiva e la colpa omissiva.

Il secondo passaggio cognitivo fondamentale è dato dalla analitica comprensione della struttura dommatica della colpa e da un inquadramento dei suoi elementi strutturali in chiave funzionale. Tale operazione non potrà che muovere da due premesse di fondo. In primo luogo, il calco in cui calare le riflessioni sugli elementi strutturali della colpa è rappresentato da una specifica architettura del reato, nella quale il coefficiente psicologico è incluso nell'alveo della tipicità. Conseguentemente, si tratterà di valutare l'impatto, a livello di tipicità, della cd. doppia misura della colpa, e, più in generale, le implicazioni scaturenti dalla collocazione della violazione della diligenza nella dimensione del fatto tipico. In secondo luogo, occorre tenere conto del profondo mutamento del retroterra socio-economico e della dilatazione degli utilizzi e delle potenzialità della tecnica, che ha indotto i *crimina culposa* a moltiplicarsi e frastagliarsi: va verificato, da questo angolo

visuale, quanto tale rivolgimento epocale abbia inciso, come impulso funzionale, sul modo di intendere e ricostruire la colpa. In particolare, la comprensione analitica deve raccordare le “componenti” della tipicità colposa alla funzione generale dell’istituto, vale a dire il governo delle libertà individuali in un contesto sociale dinamico, in cui le interferenze tra condotte si propagano ed intrecciano, la tecnica crea inafferrabili fattori di rischio e le istanze di tutela si rafforzano, proiettando un’esigenza psico-sociale di individuazione del responsabile, che illuda sulla gestibilità del rischio. In questa temperie, il diritto penale, primariamente attraverso gli istituti della causalità e della colpa, rischia di abbandonare la rigidità garantistica inverata da un “corretto” processo di imputazione dell’evento. Va puntualizzato che l’orizzonte di studio del presente lavoro si staglia principalmente nella dimensione della colpa generica, volendosi indagare la genesi della regola di diligenza rilevante nel caso concreto; poco spazio e attenzione, invece, saranno riservati alle regole cautelari formalizzate, se non per quanto concerne i segmenti di intersezione giuridico-concettuale con la regola di condotta di matrice sociale.

Infine, la parte specificamente dedicata all’approfondimento dommatico del reato omissivo improprio deve svilupparsi necessariamente tenendo conto di due paradigmi differenziali, la cui efficace delimitazione si collega direttamente alla questione della fisionomia dell’azione impeditiva doverosa. Il primo, ovviamente, è rappresentato dalla dicotomia tra azione ed omissione, e alla corretta impostazione dei criteri discretivi, nell’alternativa fondamentale tra criteri naturalistici e valoriali. Il secondo,

ben più complesso, alla contrapposizione tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, rispetto alla quale tanto le teoriche della netta contrapposizione, quanto quelle affermative di un nebuloso spazio di intersecazione o sovrapposizione, sembrano bisognose di alcune precisazioni. Sullo sfondo, il rilievo spesso perturbante rappresentato dalla ineliminabile componente omissiva della colpa e dagli spazi di indebita confusione tra gli obblighi, nonché di compenetrazione, variamente atteggiata, tra i due piani dicotomici appena citati: i conseguenti effetti decostruttivi dell'imputazione, sortiscono effetti pratici di semplificazione, in punto di concettualizzazione e di accertamento, tanto in ordine alla sussistenza della posizione di garanzia, quanto alla individuazione dell'azione concretamente impeditiva.

L'analisi del reato omissivo improprio, chiaramente, non potrà prescindere dall'inquadramento della complessa tematica delle fonti e delle caratteristiche dell'obbligo di impedimento, anche alla luce dei principi costituzionali. Ciò dovrebbe consentire, oltreché la tracciatura dei confini del reato omissivo improprio, altresì di afferrare la portata dell'influsso conformativo che la disciplina istitutiva può dispiegare sulla fisionomia dell'azione impeditiva. Un punto di particolare interesse, in tale contesto, potrebbe essere rappresentato dall'approfondimento dei profili teleologici connessi alla norma che istituisce l'obbligo di impedimento, in rapporto con il parametro costituito dalla cd. concretizzazione del rischio. Infine, per una complessiva comprensione della struttura tipica, si renderà necessario scandagliare i complessi problemi posti dalla causalità omissiva.

In definitiva, può dirsi che la prospettiva primaria di indagine, poste tutte le premesse enucleate, muovendo dall'intelaiatura costituzionale, dalla sistematica teleologica e dalla costruzione separata delle fattispecie quale preconditione formale, intende comprendere: a) se e come tale complessiva modellatura finalistica incida sul reato colposo e sul reato omissivo; b) se la direzione finalistica suddetta incida *in modo differenziato* sul reato colposo e sul reato omissivo; c) asseverata tale ipotetica incidenza differenziata, quali deviazioni ricostruttive, tra reato commissivo colposo e reato omissivo colposo, essa possa comportare; d) come tali peculiarità eventuali si ascrivano all'interno degli ineliminabili tratti differenziali che caratterizzano, sul piano strutturale, le due dimensioni, discendendo primariamente, quale precipitato dommatico, dalla differenza profonda segnata dall'obbligo giuridico di impedimento, fondamento costitutivo della tipicità dell'omissione.

CAPITOLO I – OMISSIONE E SISTEMA PENALE

1. La distinzione tra fare e omettere

L'appartenenza dell'omissione al mondo dell'essere o del dover essere ha animato un dibattito secolare nella dottrina penalistica, oramai unanimemente concluso nel segno della normatività dell'omissione. Ciò significa che l'omissione non è dotata di consistenza naturalistica, dunque dell'attributo della fisicità, ma piuttosto si compendia in una categoria riconducibile a “dati che possono essere pensati solo sotto logica presupposizione di una norma”¹.

Per decenni, nel dipanarsi di quel dibattito, animata dalla inconcepibilità di una sanzione criminale inflitta a seguito di un “nulla”, nonché dalla apparente intrinseca contraddizione cristallizzata nel brocardo *ex nihilo nihil fit* -quindi da un'aporia infestante primariamente la dimensione causale- la dottrina ha tentato di elaborare o rintracciare nell'omissione venature di naturalistica consistenza, al fine di restituire

1 Parole di English, riprese da MARINUCCI, *Il reato come azione*, p. 95. Nella dottrina italiana, tra gli antesignani, va ricordato Grispigni, *L'omissione nel diritto penale*, in Riv. it. dir. proc. Pen., 1934, pp. 41 ss.

tangibilità ad un processo eziologico altrimenti considerato inafferrabile².

Si badi bene, costruire l'omissione come una realtà normativa significa incentrare (non solo il suo profilo di disvalore, bensì anche) la sua stessa esistenza sul concetto di doverosità dell'agire: in altre parole, l'omissione esiste nel diritto penale non in quanto mera inazione o inerzia, bensì in quanto mancato compimento di una azione, avente contenuto specifico, prescritta da una norma. La doverosità, in questo senso, distingue l'omissione dalla mera inerzia³. Questa precisazione vale a segnalare la centralità, affinché l'omissione possa essere penalisticamente rilevata, di due precisi aspetti: i presupposti del dovere di agire; il contenuto adempitivo specifico dell'azione che il soggetto è tenuto a compiere per affrancarsi dall'obbligo. L'omissione va dunque, sul piano definitorio, tratteggiata come un concetto normativo, in quanto correlato ad un'attesa o una pretesa; e di relazione, in quanto non esiste in sé, ma soltanto nel collegamento con un *quid* che non è venuto ad esistenza⁴.

A fronte delle risalenti tendenze a scovare il tratto naturalistico dell'omissione, le odierne frontiere segnano, paradossalmente, un (quasi sempre) inconsapevole capovolgimento di prospettiva, in cui fatti

2 Non mancarono tentativi di ricostruzione piuttosto astrusi, tra i quali merita di essere menzionata la teoria secondo cui l'omissione consisterebbe nel processo di trattenimento dei nervi motori che esortano il soggetto ad agire: sul punto, v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001, p. 128.

La principale delle ricostruzioni volte a delineare una consistenza naturalistica dell'omissione è, senza dubbio, la teoria dell'*aliud agere*, che costruisce l'essenza dell'omissione in relazione alla condotta diversa che il soggetto ha posto in essere in luogo di quella comandata dalla norma. A testimonianza della natura tormentata delle elaborazioni dottrinali sul punto, vanno peraltro evidenziati da un lato l'atteggiamento ondivago di certa dottrina (si vedano, ad esempio, le posizioni dell'Antolisei), dall'altro l'emersione, anche in alcuni fautori della teoria normativa, di prospettive ed impostazioni incentrate sulla condotta effettivamente posta in essere dal soggetto. Sul punto, oltre che per numerosi riferimenti bibliografici, si veda CADOPPI, *Il reato omissivo proprio. Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, pp. 163 ss.

3 MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

4 PALAZZO, *Corso di diritto penale – Parte generale*, Torino, 2006, p. 216.

caratterizzati da azioni umane, da modificazioni del reale tangibili nel piano fenomenico, vengono qualificati come reati omissivi. Tale abitudine, che s'impenna primariamente sul fraintendimento della portata della (ineliminabile) componente omissiva della colpa, si è radicata sul presupposto della comunanza d'essenza tra colpa ed omissione. Tramontate le concezioni naturalistiche dell'omissione e quelle psicologistiche della colpa, entrambe infatti sono oggi considerate impianti di carattere normativo, che acquisiscono dunque rilievo giuridico in relazione ad un'aspettativa consacrata da norme. Ovviamente i due attributi di normatività sono caratterizzati in modo profondamente diverso, come si avrà modo di evidenziare, ma ciò non impedisce che il tratto negligente possa assurgere, mercé una distorsione prospettica, al rango di una non-azione. Se si pone mente alla impressionante dilatazione odierna dello spazio operativo della responsabilità colposa, dovuta all' "incessante sviluppo della tecnica e alla crescente meccanizzazione della vita sociale"⁵, possono intuirsi le attuali dimensioni del problema: esso si salda alle recenti derive precauzionistico-deontiche in tema di configurazione della colpa⁶, finendo coll'integrare un modello d'imputazione confliggente con il canone costituzionale della responsabilità penale per fatto proprio colpevole⁷.

Tracciare la differenza tra reati di azione e reati di omissione, dunque, rappresenta un passaggio preliminare a qualsivoglia sforzo analitico avente ad oggetto il reato omissivo improprio. Ciò non soltanto,

5 FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, Bologna, 2009, p. 542.

6 V. *infra* cap. II, paragrafi 6 e 7.

7 ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 comma 1° Costituzione*, in *Commentario della Costituzione*, artt. 27-28, Bologna, 1991, pp. 222 ss.

intuitivamente, per delimitare correttamente il campo di indagine del presente lavoro, nel segno di un criterio classificatorio generalmente considerato fondamentale nell'ambito delle ripartizioni tipologiche adoperate dalla dottrina corrente nell'illustrazione del reato⁸. Da tale angolo visuale, la distinzione illumina lo spazio concettuale e operativo nel quale vanno collocate le note particolari, sul piano strutturale e dommatico, dei reati omissivi.

Individuare con esattezza la linea discretiva tra le due dimensioni risponde, a parere di chi scrive, quantomeno a due ulteriori esigenze specifiche. In primo luogo, consente una comprensione puntuale del disvalore di azione caratterizzante i reati omissivi impropri, la cui peculiarità risiede nello stretto intreccio tra (il contenuto e la portata profilattica de) l'obbligo di impedimento e i correlativi poteri, giuridicamente qualificati, di signoria sulla situazione pericolosa per il bene giuridico, dunque nel tradimento di un'aspettativa qualificata avente contenuto non pienamente predeterminato. Trattasi di un profilo sovente obliterato, come si vedrà⁹, dalla tendenza a identificare riduttivamente i presupposti dell'addebito colposo al garante, esaurendone la portata in una ottica puramente "retrospettiva", in cui l'evento assurge a parametro unico di ricostruzione dell'agire doveroso, l'obbligo di impedimento rileva nel suo aspetto meramente formale, e non è, in via di prima approssimazione, pienamente considerata la necessità di strutturare la colpa in una prospettiva *ex ante*.

In secondo luogo, sviluppando quanto si accennava in apertura di

8 Vedasi, nell'approccio manualistico, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, pp. 583 ss.

9 Cfr. *infra* cap. III, parr. 5,7 e 8.

paragrafo, la demarcazione dell'azione dall'omissione rappresenta la precondizione analitica per un approccio rigoroso alla *vexata* (e forse bisognosa di precisazioni) *quaestio* della distinzione tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, ultimo approdo della dottrina in tema di omissione impropria¹⁰. Invero, l'estensione del profilo omissivo a scapito del profilo commissivo colposo, in particolare quando quest'ultimo risulta caratterizzato dalla preponderanza delle componenti omissive della colpa, implica delle storture ricostruttive che possono ostacolare la corretta separazione delle prospettive *ex ante* ed *ex post* che devono governare l'imputazione dell'evento, a titolo di colpa, al garante che non lo ha impedito.

Venendo ai parametri discretivi, va evidenziato come la criteriologia elaborata dalla dottrina risulti piuttosto frastagliata, e dipanata, con varie distinzioni, sulla dicotomia tra canoni distintivi di matrice valoriale e criteri di stampo ontologico-naturalistico¹¹. Evidentemente i casi più problematici sono quelli nei quali profili attivi ed omissivi, pur distinguibili in segmenti fenomenici individuati, risultino teleologicamente compenetrati: si pensi ai casi in cui l'intervento del soggetto incida su un fattore impeditivo del decorso lesivo, soprattutto quando tale ostacolo alla lesione del bene giuridico sia riconducibile proprio ad una antecedente attività del soggetto che successivamente lo neutralizza (come, ad esempio, nel caso del medico che pratica

10 Per ora basti richiamare GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. La fattispecie*, Padova, 1993, pp. 90 ss.

11 RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in Cass. Pen., 2008, pp. 566 ss., in particolare par. 4. AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in Cass. Pen., 2007, pp. 2795 ss. . BARBIERI, *Reato colposo: confini sostanziali tra azione ed omissione e obbligo giuridico di impedire l'evento*, in Cass. Pen., 2010, pp. 4329 ss.

un'eutanasia¹²).

I criteri valoriali assumono la centralità, nella distinzione tra fare ed omettere, non del dato fenomenico, e dunque dell'incidenza tangibile degli atteggiamenti del soggetto, quanto piuttosto della *valutazione* del suo contegno come attivo o omissivo. Ovviamente, vari sono i parametri proposti ai fini di tale valutazione.

Secondo una teorica tra le più risalenti, andrebbe considerato il significato sociale del comportamento tenuto dal soggetto. La valutazione, da questo angolo visuale, andrebbe condotta sulla base della percezione da parte dei consociati, di talché rilievo centrale assumerebbe il canone, invero piuttosto volatile, del senso comune. Altre posizioni fanno leva sui connotati del rimprovero giuridico mosso al soggetto, per ricavare se il perno del disvalore d'azione vada rintracciato nel non avere agito o nell'aver causato.

Al novero dei criteri valoriali va ascritta anche la prospettazione recente, di stampo più specificamente normativo, che elegge a criterio discrezionale la natura della regola di condotta violata. Ad una regola cautelare di comando, corrisponderebbe un reato omissivo, mentre la norma di divieto andrebbe correlata al rilievo di una condotta attiva. Invero, tale criterio si assesta a metà strada, per così dire, tra essere e valore. Se il fulcro della delimitazione è considerato la norma violata, infatti, tale parametro si ascrive nella dimensione valoriale, e s'impregna della sua genetica indeterminatezza. Inoltre, come ogni criterio valoriale di matrice normativa, esso conduce, nell'ambito del reato colposo, ad una

¹² VIGANÒ, *Esiste un 'diritto a essere lasciati morire in pace'?* Considerazioni in margine al caso *Welby*, in *Dir. pen. Proc.*, 2007, p. 3 ss.

decisa preferenza per le qualificazioni omissive.

D'altronde, l'impostazione da ultimo citata può essere interpretata anche nel segno dell'incidenza naturalistica del contegno perpetrato dal soggetto. In particolare, muovendo dalla correlazione tra norma di comando e obbligo di porre in essere un *comportamento con effetti migliorativi* della condizione del bene giuridico, la mancanza di comportamenti produttivi di tale miglioramento può essere intesa quale condotta omissiva. Di converso, la norma di divieto osta al peggioramento della condizione del bene preservato, e questo tipo di dato è il fulcro della rilevazione di una condotta attiva. In questo senso, azione ed omissione si distinguono sul piano ontologico per produrre modificazione della realtà incidenti con opposta marca sulla situazione del bene giuridico¹³.

Anche così intesa, però, l'adozione di questo canone comporta difficoltà ermeneutiche pressoché insormontabili laddove la situazione da cui è scaturita la lesione consti di un "intreccio simultaneo" di due tipi di comportamenti di segno diverso¹⁴, dei quali uno si innesta, apparentemente o meno, sul decorso prodotto dall'altro.

Per ovviare alle incongruenze della prospettazione incentrata sulla regola cautelare violata, autorevole dottrina¹⁵ propone una teoria di stampo naturalistico, che si potrebbe definire dell' "effettiva incidenza sul decorso eziologico". Muovendo dall'evento *hic et nunc* e ricostruendo la complessiva trama del concatenamento causale che ha condotto alla sua verifica, il contegno del soggetto va valutato come omissivo laddove

13 RAMPONI, op.cit., *passim*.

14 ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, pre-art. 39, Milano, 2004, pp. 312 ss.

15 *Ibidem*

questi abbia semplicemente lasciato che gli accadimenti facessero il loro corso, e dunque, *eliminando il suo intervento, non si produrrebbe alterazione del percorso* sfociato nella lesione del bene giuridico. Se invece il decorso che ha condotto al *vulnus* è stato alterato dalla condotta, essa andrà qualificata quale attiva¹⁶.

La proposta centralità dell'*iter* lesivo, invero, appare un criterio piuttosto affidabile, esente dalle venature di vaghezza (inevitabilmente) proprie delle teorie di matrice valoristica. Nondimeno, va precisato cosa debba intendersi per "contegnò" o "atteggiamento" passibile di qualificazione attiva. Invero, pare a chi scrive di poter affermare che, in ogni caso, il *quid minimum* di un'azione (*scilicet*: di una condotta attiva) debba essere rintracciato in un segmento ritagliabile ed individuabile sul piano empirico e fenomenico. In altre parole, occorre comunque un ben circoscritto "intervento" del soggetto sul piano della realtà tangibile. In questa direzione, non può considerarsi azione un "contegnò" riconducibile ad una situazione statica, *attribuibile* al soggetto attraverso meccanismi giuridico-formali (di "titolarità"), ma non *dinamicamente* posto in essere dal soggetto quale ben individuata modificazione del divenire circostante.

2. Cenni storici sull'evoluzione del reato omissivo. Natura ed intensità del legame tra reato omissivo e connotati ideologico-politici dell'ordinamento; tra reato omissivo e direttrici teleologiche del sistema punitivo. Il ruolo "storico" dei principi di legalità e offensività.

¹⁶ Cfr. PALAZZO, *op.ult.cit.*, p. 222: "la condotta sarà qualificabile come omissiva tutte le volte che il «fare» compiuto in concreto dall'autore non ha modificato il decorso causale dell'episodio che si sarebbe avuto anche in assenza di quel «fare».

Delinare la portata, i principi e i limiti dell'utilizzo dello strumento del reato omissivo in un certo ordinamento significa interrogarsi anche sui tratti caratteristici, sul piano politico-costituzionale, del sistema di riferimento nel suo complesso, dunque dell'impostazione di fondo della interazione tra autorità e libertà.

Ciò in quanto, come efficacemente prospettato da certa dottrina, laddove sia riscontrabile l'utilizzo dello strumento della sanzione criminale, il sistema si presenta connotato da tratti permanenti -“costanti” in quanto propri della larga maggioranza dei sistemi penali- e connotati contingenti, le “variabili”, le cui fattezze sono delineate in ragione dell'impronta genetica dell'ordinamento di riferimento. In tema di presupposti sostanziali (leggi: fattispecie astratte) che determinano il sistema alla risposta della pena, le costanti sono date, in linea tendenziale, dai cd. *mala in se*, un gruppo di infrazioni che, sulla base di un postulato di sapore giusnaturalistico¹⁷, sono considerate impregnate di un disvalore fortemente disgregante i legami sociali, in ogni tempo e in ogni contesto considerati.

Il reato omissivo non ricade in tale categoria, bensì rappresenta una “variabile” dei sistemi penali. Nella dicotomia delle trasgressioni cui è connessa la risposta sanzionatoria penale, le omissioni sarebbero (come del resto taluni reati commissivi) tendenzialmente riconducibili alla dimensione dei *mala quia prohibita*, e di per ciò stesso la loro rilevanza, all'interno del sistema penale, darebbe conto dell'impronta genetica dell'ordinamento. La distinzione, spesso richiamata per demarcare

¹⁷ Sulla non piena sovrapposibilità tra la dicotomia *mala in se*-*mala quia prohibita* e quella delitti naturali-delitti sociali, cfr. NUVOLONE, *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 197.

l'essenza dei delitti da quella delle contravvenzioni¹⁸, sconta, come ogni impostazione di marca vagamente giusnaturalistica, una certa assiomaticità di fondo. In altre parole, la contrapposizione tra *mala in se* e *mala quia prohibita* rappresenta poco di più che un'approssimazione descrittiva. Così come, va avvertito fin da subito, la correlazione tra reati di mera creazione legislativa¹⁹ e reato omissivo vale particolarmente per i reati omissivi cd. propri, di mera condotta, intrinsecamente colorati d'una certa artificialità; vale meno per i reati omissivi impropri, caratterizzati invece da un evento che ne polarizza il disvalore, e ancor meno, probabilmente, per quei reati omissivi impropri la cui integrazione si fonda sull'operare della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv., stante la conseguente assimilazione, quanto ai profili di disvalore, alla corrispondente fattispecie commissiva.

Nondimeno, è comunque possibile asseverare, sulla base di indagini storiche, che il blocco di reati più durevole e monolitico, nel quadro dei sistemi penali succedutisi nel tempo, consti di reati di azione, e, d'altro canto, che il gruppo di fattispecie più proteiforme e “fluttuante”, sia riconducibile in buona parte a reati di omissione²⁰. Come tale, dunque, il secondo gruppo può costituire efficace espressione dell'impronta genetica ordinamentale e dei connotati dell'assetto istituzionale²¹. Evidentemente, d'altro canto, ogni presunta correlazione tra tratti genetici dell'assetto politico-costituzionale e reati omissivi va precisamente

18 Per primo da BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Venezia, 1781, parr. VIII e XI.

19 A partire da DEL LUNGO, *Dei reati di mera creazione politica, ossia esposizione della dottrina e della giurisprudenza relativa alle trasgressioni contemplate dalle leggi penali speciali del regno d'Italia*, Firenze, 1870.

20 CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988, pp. 184 ss.

21 Cfr., tra gli altri, NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano*, in *Ind. Pen.*, 1982, pp. 433 ss.

contestualizzata e rigidamente argomentata, per non cedere a semplificazioni assiomatiche²².

Ad esempio, rappresenta un'acquisizione consolidata il dato secondo cui nell'ambito dei sistemi penali più antichi l'incriminazione del "non fare" fosse raramente praticata, non tanto in ragione dell'alchimia tra i principi ispiratori del sistema, quanto per il carattere "primitivo" degli impianti fondativi del ricorso alla sanzione criminale, *in primis* quello causale, rigidamente ancorato ad un paradigma materiale, ad una correlazione tra energia fisica e risultato modificativo della realtà esteriore.

Il reato omissivo comincia a ritagliarsi uno spazio autonomo nel diritto romano, soprattutto quando l'accentuato individualismo originario, imperniato sull'assolutismo della proprietà quiritaria in capo al *pater familias*, viene temperato ed incanalato dall'ispirazione equitativa antiformalistica del diritto giurisprudenziale, nonché dal potere censorio, espressivo del canone restrittivo e "collettivistico" del costume sociale²³. Nondimeno, il rilievo penale dell'omissione risulta comunque piuttosto circoscritto, e riferibile a due macroaree: la prima, più ampia, concernente la tutela dell'interesse generale, in particolare modo diretta ad incardinare obblighi di agire in capo ai funzionari dello stato; la seconda, invero ben

22 CADOPPI, *op. cit.*, p. 191, evidenziato tale dato, avvisa pure dell' "abuso di taluno nella descrizione di un tale nesso pur innegabilmente sussistente".

23 Sul punto, cfr. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in ID., *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma, 1979. Nell'introduzione al volume l'a. scrive: "La conoscenza di tale sistema in tutti i suoi aspetti e momenti ed in particolare nell'intreccio incontestabile fra rigorose norme civili e pratico esercizio del diritto porta alla conseguenza che i duri tratti arcaici del potere assoluto del *pater familias*, in tutti i campi soggetti alla sua signoria ed in specie nella famiglia e nella proprietà, furono non solo limitati, ma perfino annullati dal costume sociale, di cui si faceva garante una magistratura, quella dei censori, e che nello stesso campo della tutela del diritto trovava una possente espressione nel potere del pretore romano, ben più ampio di quello di un giudice moderno e tale da divenire esso medesimo fonte di un sistema di norme ispirato a principi di equità, anziché, alla rigorosa osservanza dei remoti principi civilistici."

meno cospicua, operante nei rapporti tra privati, ma solo quando essi risultassero qualificati da una relazione particolarmente pregnante sul piano socio-giuridico, come quella tra *dominus* e schiavo, o tra *pater* e *filius*.

All'indomani della caduta dell'impero romano d'occidente, l'assetto giustificativo della potestà politica s'impenna sul principio teocratico praticamente per un millennio. L'affermazione secondo cui ogni autorità deriva dall'*imprimatur* divino trova dapprima importanti precisazioni nella dottrina tomistica, che razionalizza la dimensione del potere politico costruendolo come un beneficio concesso agli uomini da Dio, per poi rinvigorirsi, dopo un allentamento nel periodo rinascimentale, nel contesto di legittimazione proprio dell'assolutismo monarchico.

L'architettura dei sistemi penali pre-illuministici, per quanto frantumata nelle disparità ed incoerenze del cd. particolarismo giuridico, s'incentra, dunque, sull'equazione tendenziale tra reato e peccato. In questo assetto eticizzante il polo del disvalore dell'illecito si calibra nell'interiorità, in quanto il reato è inteso quale "disobbedienza alla volontà divina"²⁴. L'omissione penalmente rilevante è intesa, dunque, in termini molto ampi, prospettandosi anche un generale dovere di intervenire per impedire il perpetrarsi del male: "nell'esegesi dei padri della Chiesa (S. Agostino e Lattanzio), sono affermati la responsabilità per il mancato impedimento del reato e l'obbligo di assistenza verso chi si trovi in pericolo"²⁵.

In un'ottica classificatoria, i sistemi di matrice teocratica possono

24 SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, pp. 7-14.

25 GUARNERI, *Il delitto di omissione di soccorso*, Padova, 1937, p. 6: "l'obbligo di cui la condotta negativa rappresenta l'omissione, basta venga sanzionato dall'etica, non occorrendo lo sia anche dal diritto, o meglio, data la riduzione del diritto all'etica, è sufficiente che l'attività positiva sia prescritta da un precetto morale".

qualificarsi come impianti penali eticizzanti improntati alla disobbedienza. Sono eticizzanti, in quanto il diritto penale in generale, e la pena in particolare, sovente configurata in chiave retributiva, sono intesi quali strumenti di realizzazione di un ordine di principio fondato sul perseguimento di valori considerati assoluti²⁶, valori prevalenti anche rispetto all'implementazione di un sistema di garanzie per il cittadino. Sono fondati sulla disobbedienza in quanto si curano esclusivamente, in chiave più sintomatica che meramente preventiva, della contraddizione tra volontà e comando, e dunque non incentrati sull'offesa a un bene giuridico come cristallizzazione del danno sociale meritevole di una pena orientata in ottica utilitaristica. In particolare, il modello di disobbedienza risulta polarizzato sulla sua declinazione più estremistica, incurante anche dell'aspetto della materialità e basata esclusivamente sull'atteggiamento intenzionale interiore²⁷.

L'avvento dell'illuminismo, nel quadro di un inquadramento in chiave utilitaristica della pena, e più in generale di un'impostazione individualistico-liberale pura, reca con sé una rivoluzione copernicana sul piano dei rapporti tra autorità e libertà. Rilievo centrale assume il perfezionamento, operato dall'illuminismo, della teoria della genesi contrattualistica dello stato. Si tratta del passaggio da una concezione

26 Cfr. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, pag. 18, che parla delle tendenze eticizzanti della concezione retributiva della pena. Invero, il diritto penale eticizzante può essere inteso quantomeno in altre due accezioni: come un sistema improntato alla tutela necessitata dei diritti fondamentali, a livello oramai globale, su cui cfr. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 23; ovvero come sistema in cui il riferimento al principio di colpevolezza consente, rispetto agli impianti arcaici di imputazione puramente oggettiva improntati sull'*iniuria*, di restringere l'area della responsabilità richiedendo anche un coefficiente soggettivo, su cui v. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obbiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in Riv.it.dir.proc.pen., 1988, pp. 387 ss.

27 Sulla contrapposizione tra diritto penale dell'offesa e della disobbedienza v. MANTOVANI, op.cit., pp. 179 ss.

dello stato di stampo aristotelico, nella quale la realtà è costruzione progressiva in cui le particolarità protendono all'unità che le racchiude, ad una concezione di carattere puramente razionale²⁸. La concezione aristotelica era stata poi filtrata dai pensieri paolino e tomistico, per legittimare lo stato sulla base del suo collegamento con il divino trascendente²⁹ (che funge da unità superiore): questo passaggio fissava le basi simboliche di un carattere paternalistico ed etico, oltre che palesemente sacrale, dell'autorità. La teoria della genesi contrattualistica segna il superamento, per l'appunto, del paternalismo etico e della eterofondazione di matrice trascendente dello stato.

Questo restituisce le due coordinate di fondo delle elaborazioni politiche illuministiche: la libertà di autodeterminazione del sé, in un'ottica di separazione tra diritto e morale; il principio utilitaristico di legittimazione del potere e dell'agire statale³⁰. In particolare, si afferma un generale principio di non ingerenza dello Stato nella sfera giuridica del singolo.

Per quanto attiene specificamente al diritto punitivo, la incorporazione limitativa di limiti e vincoli del potere di punire è una caratterizzazione fondamentale dello stato di diritto³¹. Sul piano astratto della complessiva trama ideologico-politica dell'intervento punitivo, inoltre, è evidente come un sistema liberale risulti refrattario alla

28 BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino, 2004, pp. 7 ss.

29 SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello stato moderno*, Napoli, 1985, pp. 25 ss. ed in particolare pp. 35 ss.

30 VINCIGUERRA, *Le fonti culturali del diritto penale italiano*, Padova, 2008, p. 6, osserva che il fine di «utilità sociale è alla base di tutte le misure proposte dagli illuministi». La secolarizzazione, in questa ricostruzione, è uno dei quattro cardini del pensiero giuridico illuministico, insieme alla umanizzazione, alla legittimazione contrattualistica e al principio di certezza.

31 FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, pp. 356 ss.

imposizione ai singoli consociati di *comandi*, considerata la spiccata pervasività di un obbligo di fare nel piano delle libertà individuali. Ben più accettabile appare invece un'impalcatura giuridica improntata al *divieto*, utile a perimetrare lo spazio operativo della libertà dell'individuo. L'obbligo di non fare, in questo senso, è fisiologico al sistema liberale, in considerazione del fatto che per assicurare la libertà di ciascuno occorre dettare limiti reciproci³²: secondo la celebre massima kantiana sulla "assolutezza relativa" della libertà, ciascuno è libero nella misura in cui non invada la altrui sfera di libertà³³. L'ordinamento penale, in particolare, assurge a fisiologico luogo di approntamento di tali strumenti limitativi³⁴: attraverso la norma incriminatrice dovrebbe evitarsi che l'esplicazione della libertà si svolga in direzione o con esiti lesivi delle altrui sfere giuridiche.

Al complessivo disegno politico-ideologico non corrispose però una riduzione della rilevanza dell'omissione, né tanto meno il suo relegamento in uno spazio d'eccezione. Ciò dipese dalle caratteristiche effettive assunte dal reato nei sistemi veteroliberali. Essi scolpirono l'essenza dell'illecito penale quale *violazione di un diritto soggettivo*. Di nuovo dunque, seppure con un significato molto diverso ed un'ampiezza operativa ben più ridotta, l'illecito omissivo poté essere considerato in astratto, accanto a quello commissivo, modalità *ordinaria* di integrazione del reato.

32 Cfr. BOBBIO, voce *Norma giuridica*, in Nss. Dig. it., vol. XI, Torino, 1964, p. 331, distinguendo divieti e comandi sul piano della finalità, sottolinea che "il divieto mira a rendere possibile la convivenza (il divieto per eccellenza è *neminem laedere*); il comando tende a rendere possibile la collaborazione", richiedendo "uno sforzo maggiore", ma in circostanze ben determinate, piuttosto che un obbligo continuo di astensione.

33 KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Roma-Bari, 2005, p. 67.

34 FERRAJOLI, op.cit., p. 469.

Ciò nel senso che, se il reato s'intende quale "violazione", dunque un'entità valutata rispetto ad una contraddizione di stampo normativo, è indifferente che tale contraddizione si concreti in un fare (e sarà il caso in cui il diritto soggettivo esprima una pretesa del titolare alla non interferenza altrui) ovvero in un non fare, in un omettere (così nei diritti soggettivi caratterizzati dalla pretesa del titolare ad una altrui prestazione)³⁵. Ovviamente, come si accennava, l'ambito operativo dell'illecito omissivo sarà drasticamente ridotto, in quanto il paradigma contenutistico dei diritti soggettivi, improntato alla proprietà, sarà volto a garantire al titolare un godimento della *res* libero dalle interferenze altrui. Va peraltro evidenziato come la centralità della legalità e della certezza del diritto, se da un lato postulava comunque l'esistenza di una norma incriminatrice, dall'altro determinasse una differenza non di poco momento tra illecito commissivo e omissivo: l'omissione è ancorata a diritti soggettivi di contenuto positivo, e tale tipologia di diritto soggettivo trova la sua genesi esclusivamente in una disposizione specifica di legge o di contratto, che imponga una prestazione positiva. Allora la norma incriminatrice penale fondativa di un illecito omissivo dovrà giocoforza fare riferimento, direttamente o indirettamente, alla fonte extrapenale attributiva del diritto soggettivo di pretendere una prestazione specifica da qualcuno³⁶.

Dunque, se non direttamente per questioni di struttura del reato, i sistemi vetero-liberali illuministici del diciottesimo secolo finiscono col limitare la portata dell'omissione nel diritto penale in forza della rigorosa

³⁵ SGUBBI, op.cit., *passim*.

³⁶ SGUBBI, op.cit., *passim*, che fa riferimento anche alle fondamentali teorizzazioni di Feuerbach sul punto.

applicazione del principio di legalità. Si potrebbe dunque concludere sul punto che, *sul piano formale*, l'omissione, nel novero dei comportamenti penalmente rilevanti, diviene eccezione.

Il passaggio dalla violazione di un diritto soggettivo alla lesione di un bene giuridico³⁷ segna il transito alle legislazioni liberali ottocentesche, e un radicale cambiamento di prospettiva in tema di reato omissivo. Sul piano degli strumenti teorico-concettuali, si assistette all'ingresso nell'elaborazione penalistica del pensiero scientifico naturalistico (*scilicet*: del dogma causale)³⁸, nonché dell'affinamento delle teorie filosofiche sul divieto di recare pregiudizio ad altri³⁹.

Sul piano della struttura del reato, divenne un dato acquisito la centralità dell'evento (offensivo) piuttosto che della condotta, e da tale evento, ad esso avvinta dal nesso di causalità, fu necessario demarcare compiutamente l'azione, di cui si avviò la teorizzazione penalistica.

La fisionomia dell'assetto penalistico, in questa seconda fase dell'evoluzione legislativa illuminista, reca con sé importanti cambiamenti in punto di reato omissivo. Giacché l'evento offensivo assurge a perno della fattispecie, i reati omissivi formali, incentrati sulla mera condotta omissiva (cd. propri), vedono notevolmente ridotto il proprio ambito operativo, a favore dei reati omissivi di (mancato impedimento di un) evento.

In linea generale, può dirsi inoltre che il mutamento di prospettiva (dalla violazione alla lesione) implica il relegamento del reato omissivo a

37 Sull'evoluzione storica del concetto di bene giuridico, v. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, pp. 59 ss.

38 SGUBBI, *op. cit.*, p. 35.

39 CADOPPI, *op. cit.*, p. 215.

ipotesi marginale, instaurando un autentico rapporto di regola-eccezione tra commissione e omissione: una lesione del bene giuridico che si materializza in un evento, connesso al comportamento del soggetto da un collegamento causale, pone seri problemi di configurabilità mediante omissione. Dunque, può affermarsi che in questa fase la nuova conformazione del reato determina un rilievo del reato omissivo coerente con le accennate ispirazioni filosofico-ideologiche del liberalismo, nel quale il divieto è strumento ordinario e il comando dispositivo normativo d'eccezione.

Al contrario, nell'impostazione precedente, rispetto ad un illecito penale concepito quale violazione di un'aspettativa giuridica, l'omissione rappresenta una modalità di realizzazione nient'affatto anomala, ponendo piuttosto problemi in punto di legalità, quanto alla configurazione legalmente predeterminata di una fattispecie criminosa che deve (o dovrebbe) contemplare la fonte extrapenale di quella aspettativa prestazionale.

Del resto, il carattere eccezionale del reato omissivo traspare anche da una considerazione ulteriore, involgente il reato omissivo di evento. In relazione a questo, comincia ad intensificarsi la elaborazione teorica, per vero avviata da Feuerbach, in ordine alle condizioni necessarie per parificare (*rectius* assimilare) la commissione (come determinazione attiva) dell'evento all'omissione del suo impedimento.

Si tratta, in primo luogo, di un problema di legalità, essendo quasi sempre tali fattispecie descritte dalla norma esclusivamente in chiave commissiva. Al difetto di predeterminazione, si aggiunge però una

sfumatura critica, non di poco momento, di carattere sostanziale: essa inerisce al nesso di causalità, e alla estrema difficoltà di concepire un *nihil* quale primo termine della relazione eziologica.

A conferma della problematicità strutturale del reato omissivo in questa fase, va segnalato peraltro come l'impostazione di fondo di tali indagini tendesse⁴⁰ ad inquadrare sovente i reati omissivi impropri o materiali quale tipologia peculiare di reato commissivo (realizzato *mediante* omissione).

Un esempio della marginalità del reato omissivo, nel periodo storico in esame, può essere individuato nel codice Zanardelli del 1889, tipica espressione della codificazione penale liberale, nel cui contesto l'illecito omissivo proprio è "relegato in una posizione abbastanza secondaria"⁴¹.

Dalla condotta analisi storica possono ricavarsi alcune conclusioni provvisorie, concernenti il rapporto tra il ruolo assunto dai principi di legalità ed offensività e l'estensione applicativa della responsabilità penale per omissione, anche con le opportune differenziazioni interne tra le due macrocategorie di reati omissivi.

Il principio di legalità ha storicamente svolto un ruolo di limitazione della portata della responsabilità omissiva, rispetto ad impianti fondati su una sostanzializzazione deformalizzante in punto di definizione dei presupposti che consentono di irrogare la sanzione penale. Ciò è avvenuto nel contesto dei sistemi vetero-liberali, in cui il reato omissivo si compendia nella violazione di un diritto soggettivo

40 *Ivi*, pp. 213 ss.

41 FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in Arch. Pen. 1983, p. 10.

consistente nel garantire al titolare -non un godimento indisturbato delle proprie prerogative, nei confronti di tutti i consociati, bensì- una prestazione positiva specifica da parte di un singolo soggetto individuato. In tale contesto, per usare le parole dello Sgubbi, era un problema di definizione legale individuare la “causa specifica”, di origine extrapenale, su cui incardinare la genesi del sopradescritto diritto soggettivo alla prestazione.

Quantomeno su di un piano concettuale, il principio di legalità esperiva analogo funzione limitativa altresì nel quadro delle legislazioni penali liberali ottocentesche, dunque nei primi contesti ordinamentali che concepivano un reato imperniato sulla lesione del bene giuridico. In questi sistemi la limitazione legalitaria si rivolgeva primariamente alla categoria dei reati omissivi impropri, rappresentando un ostacolo di carattere formale al procedimento di assimilazione tra una commissione conforme alla descrizione legale e un'omissione asseritamente considerata equivalente.

Il principio di offensività, invece, sembra operare in modo diverso a seconda della macrocategoria di reati omissivi di riferimento. Con riguardo ai reati omissivi formali, di mera condotta, l'offensività svolge un indubbio ruolo di compressione, in particolare se ancorata al concetto di evento in senso materiale. Anche quando l'elaborazione teorica giunge a svincolare il concetto di offesa da un accadimento naturalisticamente identificato e distinto dalla condotta, enucleando la categoria dell'evento *in senso giuridico*⁴², rimane una certa difficoltà, legata al fatto che la loro

⁴² Sul dibattito, particolarmente acceso nella dottrina italiana, cfr. SANTAMARIA, voce *Evento*, in Enc. dir., vol. XVI, Milano, 1967, pp. 118 ss.

costruzione sul piano legislativo e il loro statuto applicativo nella prassi li ha spesso configurati “in termini di mera inosservanza dell'obbligo di attivarsi”⁴³.

Diversa l'incidenza dell'offensività sulla categoria dei reati omissivi di evento. In questi casi, invero, un evento lesivo di un bene giuridico è per definizione riscontrabile, e il problema è essenzialmente definire i presupposti dell'attribuibilità di tale evento all'omittente. La questione, dunque, non riguarda l'inesistenza o l'inconsistenza del profilo di lesione, bensì attiene alla parificazione della causazione attiva al mancato impedimento, e dunque all'imputazione, sul piano oggettivo, dell'evento verificatosi.

Invero, si potrebbe prospettare una accezione estremistica del rilievo dell'offensività, tanto sul piano legislativo (in astratto) che applicativo giurisprudenziale (in concreto). In un'ottica teleologica orientata alla ipertutela dei beni giuridici, si potrebbe giungere ad incrementare gli spazi operativi della responsabilità per omesso impedimento di un evento, estendendo il campo della assimilabilità del dovere di intervenire al divieto di causare. Il risultato sarebbe una tensione tra il principio di offensività, da un lato, e i principi di legalità e colpevolezza dall'altro.

Un sistema siffatto, peraltro, oltre che lesivo delle garanzie minime, risulterebbe inefficiente, perché non in grado di orientare le scelte d'azione dei consociati.

Ne risulta un quadro nel quale, di là dai rischi di pervertimento del canone della lesività, e una volta risolto il problema della imputazione

⁴³ MANTOVANI, op.cit., p. 216.

“assimilata” per mancato impedimento, legalità formale e offensività sortiscono un generale effetto di riduzione dell'area dell'omissione penalmente rilevante.

Tale considerazione è confermata da un ulteriore rilievo storico, vale a dire l'importanza centrale assunta dall'omissione nel sistema penale totalitario nazionalsocialista, in cui “il reato omissivo conobbe forse il suo massimo fulgore, non solo nella legislazione positiva, ma anche nella discussione teorica e nell'applicazione giurisprudenziale”⁴⁴.

L'ordinamento nazionalsocialista rappresenta infatti l'esempio più compiuto di dissoluzione del canone oggettivistico dell'offesa al bene giuridico, nel quadro di un sistema transitato per il modello della disobbedienza e approdato al diritto penale del tipo (normativo) d'autore. D'altro lato, esso s'improntò ad un principio di legalità sostanziale, di matrice eticizzante, del tutto avulso dalle pretese garantistiche insite nella predeterminazione legale della fattispecie⁴⁵.

Può essere utile illustrare brevemente i passaggi di tale involuzione. L'instaurazione del tipo normativo viene considerata il passaggio finale della decostruzione dei principi e delle categorie del diritto penale illuministico liberale⁴⁶, secondo un percorso scandito da due tappe principali.

Nel passaggio intermedio, il primo dei due, vengono in rilievo, da un lato, la colpevolezza per il carattere o per la condotta di vita, dall'altro l'atteggiamento interiore. Si tratta di uno stadio di transito tra diritto

44 CADOPPI, *op. cit.*, p. 218.

45 Di “funzione antigarantistica” parla BETTIOL, *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in Riv. it. dir. proc. pen, 1977, p. 421.

46 MANTOVANI, *op. cit.*, p. 546.

penale del fatto e diritto penale dell'autore, che, attraversando gli albori della concezione neoclassica del reato e colorando di valore le categorie più propriamente avalutative della concezione classica, rappresenta la premessa giuridico-culturale della costruzione integralista del *tätertyp*. In questa fase intermedia l'emersione del concetto del tipo d'autore connota soltanto la antiguridicità, con una funzione scriminante⁴⁷. Si può in questo senso considerare che la colpevolezza per la condotta di vita o per il carattere, per la già citata impronta eticizzante, si presenta funzionale alla prima fase del disegno dittatoriale nazionalsocialista⁴⁸: essa rappresenta, per così dire, una configurazione teorica embrionale nella progressiva involuzione verso la concezione -unitaria- del reato come «violazione del dovere di fedeltà»¹⁶⁹, da parte di un membro negletto della comunità. La fase intermedia si caratterizza, inoltre, per la dissoluzione finale nella violazione dell'obbligo del concetto di bene giuridico, dopo il passaggio intermedio alla concezione metodologica, attraverso l'identificazione con lo scopo della norma⁴⁹.

Successivamente il *tätertyp* sarà, secondo questo percorso, adottato integralmente, segnando l'approdo ad un diritto penale del tipo d'autore e segnando, al contempo, il passaggio finale dalla dogmatica del reato alla dogmatica dell'autore. Il concetto di tipo normativo ha, come detto, un'essenza eticizzante: dal punto di vista dell'autore-delinquente, il tipo rappresenta il suo "essere nella comunità", che combacia con il suo "essere percepito dalla comunità", quindi dalla coscienza popolare, come nemico provvisto di determinate caratteristiche, per l'appunto tipiche. In

47 BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in Nss. Dig. It., vol. XIX, Torino, 1973. pp. 27 ss.

48 CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, p. 494.

49 ROMANO - GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004-2005, p. 300.

verità, com'è agevole intuire, la caratterizzazione è alquanto vaga, perché funzionale ad un progetto repressivo che mira alla massificazione (come scioglimento dell'individualità nella convenzione ideologica totalizzante), e di conseguenza all'isolamento dell'individuo che a tale massificazione mostri di non sottostare: il criterio indefinito della coscienza popolare - e del *tätertyp*- è pienamente funzionale, in questo senso, all'intento totalitaristico⁵⁰. Di là dalle macroscopiche violazioni dei principi cardine del diritto penale di matrice illuministico-liberale (legalità, materialità, offensività), nonché di alcuni principi generali (*in primis* il principio di eguaglianza), è opportuno evidenziare il vizio di fondo, proprio delle concezioni genericamente eticizzanti, vale a dire il contrasto col principio dell'autodeterminazione del sé.

Nonostante l'importanza centrale rivestita dal reato omissivo nel sistema nazionalsocialista, quanto illustrato sugli ordinamenti di matrice liberale avvalora l'asserto secondo cui "l'equazione «estensione della responsabilità omissiva=sistema totalitario» non convince pienamente e si rivela anzi ad un esame più approfondito abbastanza semplicistica"⁵¹.

Ciò che influenza in via diretta la estensione della responsabilità penale per omissione è piuttosto la complessa alchimia tra la trama di principi politico-ideologici che governano gli incroci tra autorità e libertà, da un lato, e le caratteristiche assunte dal reato, nella sua essenza strutturale e funzionale, dall'altro.

Questo spiega come, chiusa la parentesi storica totalitaristica, il

50 CALVI, *op. ult. cit.*, pp. 502 ss, del quale si segnala anche una significativa definizione: "il *Tätertyp* è il nemico del popolo, l'avversario della comunità, il cittadino politicamente ribelle ed infedele rispetto ai doveri sociali, l'individuo nocivo per la vita della collettività" (p.508).

51 GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, p. 172.

descritto impianto, proprio dei sistemi liberali ottocenteschi, sia destinato ad essere profondamente influenzato dal passaggio dallo stato di diritto allo stato sociale.

3. Reato omissivo e Stato sociale: interventismo e ipertrofia penale.

A cavallo tra diciannovesimo e ventesimo secolo cominciarono a emergere, sul piano legislativo, accorgimenti e innovazioni che possono considerarsi manifestazioni prodromiche del Welfare State⁵².

La legislazione penale italiana, fermo il codice Zanardelli, si caratterizzò per un imponente sviluppo del diritto penale accessorio. Nel quadro dei comparti normativi complementari al codice -in particolare, emblematicamente, nel diritto penale del lavoro- sorgono numerosi obblighi di agire penalmente sanzionati. Così l'illecito omissivo (in specie proprio) "finisce non di rado col contendersi il campo con il reato di azione". Anzi, se si considerassero quelle fattispecie che, seppure integrabili tramite una condotta attiva -quindi certamente commissive-, si connotano purtuttavia, sul piano del disvalore, per l'inosservanza di disposizioni (quasi sempre afferenti alla legislazione sociale) aventi contenuto positivo, si dovrebbe certificare una prevalenza di illeciti incentrati su di un'omissione⁵³.

Come si anticipava, sono i primi segnali di un radicale cambiamento dell'impianto politico-ideologico, vale a dire l'avvento dello "Stato sociale". Si tratta di un modello, com'è noto, che "oppone alla formula marxista il mantenimento del principio di libera concorrenza e di

52 CADOPPI, *op.cit.*, p. 217.

53 Per i riferimenti storici e le relative considerazioni, la citazione proposta, nonché numerosi esempi di fattispecie omissive introdotte in questo periodo, cfr. FIANDACA, *op.cit.*, pp. 8 ss.

iniziativa privata, ed alla formula liberale l'accentuazione dell'interventismo statale"⁵⁴. Il principio assoluto della non ingerenza dello Stato nelle sfere giuridiche private viene decostruito al fine, principalmente, di rimuovere le diseguaglianze di classe e garantire alle fasce sociali più deboli livelli dignitosi di sicurezza sociale ed economica⁵⁵.

L'apparente dicotomia prodotta da questo interventismo è superata dalla sintesi rappresentata dallo "Stato sociale di diritto", formula con la quale si allude ad un ordinamento che conserva le garanzie, proprie dello stato di diritto, insite nella separazione dei poteri e nella centralità della legge, e utilizza tali garanzie quale presidio di una profonda penetrazione regolativa nella sfera giuridica dei privati, finalizzata alla profilassi delle classi subalterne⁵⁶.

Nel descritto disegno finalistico, si assiste ad una incontrollata estensione dello strumento del comando, sovente indirizzato a soggetti qualificati, in ragione di un ruolo sociale specifico, e funzionalizzato ad elevare gli standard di tutela delle posizioni deboli. Si tratta di obblighi di agire che "si innestano sulla posizione soggettiva o sul diritto soggettivo statuendo norme circa il loro svolgimento, e che sono finalizzati alla salvaguardia ed alla protezione degli interessi antagonisti"⁵⁷.

Lo spazio applicativo della legge cresce a dismisura, in ogni settore dell'agire sociale. È la fase, ancora in corso, dell'ipertrofia del diritto punitivo in generale e del diritto penale in particolare, della

54 SGUBBI, *op.cit.*, p. 69.

55 PALIERO, "Minima non curat praetor": *ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 36 ss., anche per precisazioni in ordine alle differenze tra Welfare state e Stato sociale.

56 Sulla distinzione tra mezzi e fini come proiezione della differenza tra stato di diritto e stato sociale, v. CADOPPI, *op. cit.*, p. 228.

57 SGUBBI, *op. cit.*, p. 72.

moltiplicazione dei reati bagatellari, del ricorso alla pena, in tutti i campi e a tutti i livelli, come strumento diffuso di orientamento sociale⁵⁸.

Si tratta di una dinamica che rappresenta una deviazione palese dai principi che dovrebbero governare un sistema penale garantista post-illuministico: le direzioni di tutela proprie dello stato sociale si prestano ad un utilizzo smodato dello strumento penale, ignorando gli aspetti di sintesi con lo stato di diritto e smantellandone dunque le prospettive di delimitazione dello *ius puniendi* in chiave minimalistica, strettamente utilitaristica, rigidamente edificata sulla tutela dei diritti e sul riconoscimento della dignità dell'individuo. Si tratta di connotazioni che, come si vedrà, trovano piena espressione nella nostra Costituzione, in guisa tale da comportare il disconoscimento delle pratiche di utilizzo esasperato della sanzione penale.

La dilatazione del ricorso al meccanismo punitivo è riconducibile a molteplici fattori. Anzitutto, essa regge sul presupposto che lo strumento penale possa essere direzionato in funzione promozionale o propulsiva, dunque possa orientarsi, oltre che nel canonico *telos* di tutela degli assetti e degli interessi esistenti in un dato momento storico, anche nel senso di perseguire la instaurazione di valori e condizioni non ancora realizzate. Sul punto si tornerà nel paragrafo seguente, in quanto la trattazione della questione non può prescindere da un inquadramento nella cornice costituzionale.

Il primo fattore espansivo del diritto penale nello stato sociale di diritto può essere individuato, in collegamento con la menzionata accezione propulsiva dello strumento, nella convinzione secondo cui la

⁵⁸ Sul "diritto penale massimo", v. FERRAJOLI, op.cit., parte I, sez II.

pena rappresenterebbe, in taluni contesti, lo strumento più efficiente affinché i consociati introiettino il dettato normativo e i valori che esso intende preservare. Tale considerazione sarebbe tanto più corretta, in questa prospettiva, quanto circoscritto e “tecnicizzato” sia l’ambito applicativo in cui il comando di agire, penalmente sanzionato, è destinato ad operare. Ciò in quanto nei contesti settoriali il problema principale sarebbe rappresentato dalla “comunicazione del messaggio intimidativo”⁵⁹, certamente più agevole nel quadro penalistico, se non altro in quanto l’edificazione di un reato da parte del legislatore onera, piuttosto che l’autorità a rendere edotti i consociati, il cittadino ad acquisire conoscenza della norma penale, stante in principio *ignorantia legis non excusat* (su cui va ricordata, peraltro, la epocale sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale).

In questo processo, intuitivamente fondato su una concezione terroristico-deterrente della sanzione penale, si innesta un’ulteriore degenerazione estensiva, legata ai connotati dei settori specificamente interessati dall’incremento della regolamentazione penale. In tali comparti, infatti, l’interventismo dello stato sociale di diritto si traduce in una spiccata propensione regolativa alla procedimentalizzazione o burocratizzazione dei processi di preservazione degli interessi deboli. I relativi obblighi, dunque, sovente si frantumano in una caleidoscopica molteplicità di “adempimenti”, perlopiù di carattere formale, miranti a preconstituire le condizioni per un corretto svolgimento e per un agevole controllo dell’attività disciplinata. Ne deriva, sul piano del ricorso allo strumento penale, la tentazione a presidiare attraverso fattispecie

59 CADOPPI, *op.cit.*, *passim*.

criminose incentrate sul comando non soltanto beni di alto rango, bensì anche interessi meramente strumentali, nel quadro di una esasperata anticipazione della tutela di sapore panpenalistico⁶⁰.

Un ultimo fattore espansivo è rappresentato dal moltiplicarsi delle istanze di tutela, sia sul piano delle oggettività giuridiche che delle modalità di messa in pericolo.

Da un lato, infatti, lo stesso approccio politico-ideologico dello Stato del *Welfare* determina l'innalzamento di taluni interessi al rango di beni giuridici meritevoli di tutela penale. Trattasi di valori di carattere economico, ambientale, più genericamente attinenti al benessere, alla salubrità e alla sicurezza.

Inoltre, il progresso tecnologico determina nuovi approcci aggressivi, sconosciute potenzialità lesive, situazioni di pericolo prima non concepite, che si ritiene sovente di dover affrontare con lo strumento penale.

Sul piano del reato omissivo, ciò implica conseguenze generalmente incrementative, ma differenziate nelle due macrocategorie di riferimento. Ai reati omissivi propri si fa ricorso, così, ai fini di anticipazione della tutela penale, attraverso la esasperazione della sovradescritta tendenza ad innalzare impalcature di obblighi interconnessi e strumentali. I reati omissivi impropri, invece, vedono il proprio spazio applicativo dilatarsi sia in conseguenza della moltiplicazione, connessa alla centralità funzionale dell'approccio solidaristico, delle posizioni di garanzia (tanto in astratto, sul piano della

⁶⁰ Sul punto v. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, udine, 1994, p. 196.

previsione legislativa, quanto in concreto, sul piano della modellatura fluida dei presupposti sulla base dei quali una posizione di garanzia può asseverarsi), quanto per mezzo di un approccio talvolta poco rigoroso alla questione dell'imputazione, per mancato impedimento (quasi sempre) colposo, dell'evento lesivo al garante.

Tale quadro conduce, intuitivamente, alle dinamiche proprie del cd. diritto penale del rischio⁶¹, e alla poderosa torsione verso l'ipertutela penale di cui esso si fa portatore, spesso incurante dei basilari presidi di garanzia che dovrebbero sorreggere l'intero processo d'inveramento dello *ius puniendi*.

A questo punto, giunta la ricostruzione praticamente ai nostri giorni, occorre tentare di delineare l'assetto praticabile del reato omissivo nel complessivo contesto dei principi della Carta Costituzionale, tenendo conto, in particolare, che le direttrici descritte, attivate della funzionalizzazione (o meglio, dell'asservimento strumentale) del diritto punitivo alle istanze solidaristiche proprie dello Stato *sociale*, debbono pur sempre integrarsi dialetticamente con i connotati caratteristici dello Stato *di diritto*.

4. Legittimazione e limiti del reato omissivo nella cornice costituzionale, in particolare nel rapporto con i principi di sussidiarietà e offensività.

Lo Stato sociale di diritto trova scolpiti i propri tratti all'interno delle moderne carte costituzionali post-liberali, nelle quali la complessa

⁶¹ Su cui cfr. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, p. 357.

intelaiatura dei valori confliggenti prende forma, pluralisticamente, in un ordine dialetticamente costruito, in ragione della necessità di un contemperamento tra vettori sociali e ideologici che veicolano ideali di giustizia tra loro diversi.

Lo strumento costituente (rigido) è l'emblema dell'abbandono della dittatura della legge, ed è inizialmente concepito quale intoccabile catalogo dei diritti di libertà, funzionale ad un assetto individualistico-liberale puro. Lo Stato sociale di diritto reca con sé un mutamento di prospettiva: come si è visto, il potere mira ad implementare istanze di promozione e tutela che tendono a rendere pervasivo e diffuso l'esercizio disciplinativo, perseguendo lo scopo ultimo di costruire un ordine giusto, o, meglio, basato sul corretto contemperamento delle plurali architetture di giustizia. Così, accanto ai diritti in funzione della libertà, sorgono i "diritti finalizzati alla giustizia", dei quali va bene inteso il "carattere distintivo: lo stare, per così dire, a metà tra l'interesse individuale e quello generale. Non sono infatti soltanto un *mezzo di protezione* del primo ma anche un *modo di promozione* [...] di un ordine generale giusto". Ancora, e soprattutto, "il postulato della giustizia appartiene a un *ethos* dominato non dai diritti individuali ma dai *doveri*. Non si può volere la giustizia e pensare di costruirla sui diritti, rifiutando i doveri"⁶².

Non si tratta, evidentemente, di un mero afflato ideologico. Le Costituzioni moderne definiscono in termini giuridici la fisionomia del giusto ordine, imponendo allo Stato specifici obblighi di promozione e protezione, sovente attraverso la limitazione di taluni diritti soggettivi a

62 ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, pp. 125-126. Sulle Costituzioni moderne (anche) post-liberali, v. però BOBBIO, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* in ID., *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, p. 437.

titolarità individuale. Esse inoltre scorporano precisi doveri a carico dei cittadini. La nostra Carta costituzionale ricade plasticamente in questo modello: contiene una clausola generale di ispirazione solidaristica, che richiama ogni consociato all'adempimento di doveri non derogabili di carattere sociale, economico e politico (art. 2); funzionalizza e limita l'attribuzione di prerogative individuali ideologicamente emblematiche, consustanziali al liberalismo politico, quali iniziativa economica privata e proprietà (art. 41, 42); impone allo Stato circostanziati obblighi di promozione e valorizzazione, delineando i tratti funzionali e contenutistici di uno spiccato interventismo propulsivo, spesso orientato a finalità di riequilibrio o garanzia minima sul piano socio-economico (tra gli altri, v. artt. 3 cpv., 4, 31, 35, 47).

L'impianto costituzionale risulta dunque agevolmente ascrivibile nello schema dello stato sociale di diritto, la cui esasperazione interventista, come si è visto, conduce ad un utilizzo altamente inflazionato dello strumento penale, in special modo nel senso di propugnare la dilatazione degli spazi di rilevanza dell'omissione. Ma tale implicazione è valida soltanto parzialmente e in astratto. Invero, analizzare il modello di sistema penale delineato nelle disposizioni costituzionali consente di smentire agevolmente questo sillogismo.

Preliminarmente, occorre tracciare la distinzione tra l'aspetto tecnico e il profilo strettamente funzionale di una asserita direzione promozionale del diritto penale. Sul piano tecnico, della modalità attraverso la quale le scelte di criminalizzazione trovano espressione, si pone la distinzione tra reato commissivo (che mira al contenimento della

libertà individuale) e reato omissivo (improntato invece alla propulsione e al direzionamento della libertà individuale), dunque tra protezione dell'esistente e procacciamento di un'utilità futura.

Sul piano della funzione propria del diritto penale, può contrapporsi invece una dicotomia tra l'obiettivo conservativo e quello promozionale, dunque tra la preservazione di beni giuridici già dotati di rilievo consolidato e la criminalizzazione finalizzata alla sensibilizzazione e al radicamento nei consociati della consapevolezza del rilievo di interessi che ancora non allignano stabilmente nel tessuto sociale. A questa seconda declinazione finalistica può essere ricondotta la qualificazione di funzione promozionale in senso stretto⁶³, in quanto essa non opera su beni giuridici di rilievo preesistente ma mira a nuovi insediamenti nella coscienza sociale. Da questo angolo visuale, può essere utile richiamare la critica che Alberto Cadoppi rivolge a Neppi Modona, sostenitore della praticabilità di una funzione promozionale tesa alla realizzazione delle istanze solidaristiche enucleate nella Carta costituzionale⁶⁴: l'esempio, addotto da Neppi Modona, della auspicabile estensione, in questo senso, degli illeciti omissivi in materia tributaria, non corrisponde ad una funzione promozionale in senso stretto, in quanto l'interesse economico alla percezione dei tributi è istanza riconducibile ad un bene giuridico, quale quello del patrimonio pubblico (*lato sensu inteso*), il cui rilievo è ben radicato nella coscienza sociale⁶⁵.

63 CADOPPI, op.cit., p. 397.

64 G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in Dem. Dir., 1977, p. 680.

65 Per un tentativo di ricondurre alla tutela del bene giuridico del patrimonio talune fattispecie solitamente considerate a presidio di interessi meramente strumentali, v. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni; tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1995, pp. 343 ss.

Per concludere su questo punto, non esiste correlazione biunivoca tra la tecnica propulsiva e la funzione promozionale in senso stretto: un bene giuridico consolidato può essere preservato tanto tramite fattispecie di divieto quanto con la costruzione di reati omissivi, e lo stesso vale per l'istanza di radicamento di nuovi beni giuridici⁶⁶. Anzi, per quanto attiene specificamente al reato omissivo cd. improprio, in particolare laddove edificato sulla clausola di equivalenza dettata dal capoverso dell'art. 40 c.p.⁶⁷, può registrarsi come sia l'istanza conservativa ad assurgere ad ispirazione funzionale, nell'ottica di una tutela rafforzata di determinati beni giuridici spiccatamente rilevanti, da attuarsi per mezzo della creazione di funzioni soggettive orientate all'obbligo salvifico.

Chiarito l'aspetto relativo ai rapporti tra omissione e funzione promozionale in senso stretto, si deve saggiare lo spazio operativo praticabile per il legislatore, nel nostro ordinamento penale e nella cornice costituzionale, nell'orientare le scelte di criminalizzazione sulla tecnica del reato omissivo. Per la profonda incidenza che esso esplica sulla libertà individuale, vengono in rilievo intuitivamente i principi di sussidiarietà ed offensività; per la carenza di definizione del comportamento attivo preteso, in particolare in tema di reato omissivo improprio, si palesa l'attrito con il principio di legalità.

Il principio di sussidiarietà discende direttamente dalle elaborazioni illuministiche, quale corollario della direttrice utilitaristica.

66 CADOPPI, *op. e loc. ult. cit.*, parla nel primo caso di tutela di un "interesse presente ad utilità futura".

67 Il reato omissivo improprio è da considerarsi il reato omissivo caratterizzato dall'evento in senso materiale: se l'ipotesi paradigmatica è rintracciata, per l'appunto, nella clausola di equivalenza, ciò non toglie che esistano reati di parte speciale, connotati da un evento materiale connesso ad una condotta omissiva. Cfr., tra gli altri, ROMANO, *op.cit.*, pre-art. 39, par. 93. Contra, FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*, pp. 587 ss.

Essa introduce il concetto di necessità e di diritto penale come *extrema ratio*. Se è vero, infatti, che «ogni pena che non derivi dall'assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica» e che il potere di punire del sovrano è fondato «sulla necessità di difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari», ne deriva che lo strumento dello *ius puniendi* va usato con parsimonia e solo quando strettamente necessario. Questo assunto determina l'esigenza di qualificare il fatto dinanzi al quale la pena si renda necessaria, muovendo dal criterio utilitaristico della profilassi della società e della convivenza civile. Il fatto, secondo questo criterio, non può che essere il fatto lesivo del diritto altrui o, più genericamente, il «danno alla società»⁶⁸.

Analogamente può affermarsi del principio di offensività. Non è questa la sede idonea per ripercorrere la vicenda del principio di offensività e quella correlativa del concetto di bene giuridico⁶⁹. Non ci si può esimere dal sottolinearne comunque due aspetti fondamentali. Il primo è da rinvenirsi nel legame che intercorre tra l'offensività e lo stesso destino razionale del diritto penale, nella misura in cui quest'ultimo poggia, come si è testé accennato, su un fondamento utilitaristico. In questo senso l'argomentazione legittimante l'offensività-principio risulta incentrata sul sistema penale in quanto tale, nel senso che la offensività ne rappresenterebbe uno dei moventi di giustificazione "esterna": in altre parole, un fondamento etico-politico delle stesse ragioni e dimensioni del

68 BECCARIA, op.cit., pp. 10 e 32.

69 Cfr. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1982, pp. 42 ss. e in particolare, per la prospettiva qui considerata, pp. 66 ss. Per un bilancio del percorso dottrinale sul tema, cfr. PALAZZO, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in AA. VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, pp. 73 ss.

proibire e del punire (da cui scaturisce, con opportuni corollari di garanzia, il punire nel caso concreto). Il discorso, quindi può svilupparsi secondo un percorso logico-razionale che promana dal principio di utilità, trasfigurato nell'ambito penale in principio di necessità o economia o *extrema ratio*, come *nullum crimen nulla poena sine necessitate*, per passare attraverso il concetto intermedio del *nulla necessitas sine iniuria*, concludendo sillogisticamente con *nullum crimen nulla poena sine iniuria*⁷⁰.

I due principi citati, dunque, rappresentano profili irrinunciabili dello stato di diritto, anche nella sua declinazione sociale.

I principi di *extrema ratio* ed offensività trovano altresì, per ciò che maggiormente interessa in questa sede, piena legittimazione nel tessuto costituzionale. La pena rappresenta, nel complesso articolarsi dei rapporti tra autorità e libertà, la sanzione più afflittiva che lo stato può infliggere all'individuo. Tale considerazione, unita con il rilievo costituzionale dei principi di tutela della libertà personale, della personalità individuale e della dignità umana, nonché con il principio rieducativo, conducono ad un duplice ordine di considerazioni: in primo luogo, la pena può essere azionata solo laddove il fatto risulti lesivo di interessi dotati di un livello di significatività almeno comparabile a quello delle prerogative su cui essa incide; in secondo luogo, lo strumento penale può essere legittimamente adoperato soltanto laddove non siano reperibili altri rimedi, e dunque la compressione della libertà di cui la pena è portatrice sia assolutamente necessaria⁷¹.

70 Per questa argomentazione v. FERRAJOLI, op. ult. cit., pp. 466 ss; nello stesso senso BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p.15.

71 MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 112. Per importanti affermazioni di principio, al riguardo, da parte della Corte Costituzionale, cfr., tra le altre, le sentenze n. 263 del 2000 (per il principio di offensività) e 447

Dal rilievo assoluto dei principi citati discende l'intuitiva inaccettabilità dell'attuale gigantismo penale e della possibilità di adoperare il diritto penale a fini promozionali in senso stretto⁷². Importanti anche i corollari che possono ricavarsi in tema di rilevanza dell'omissione nel diritto penale. In linea di principio, sul punto può affermarsi che:

- l'attuale assetto costituzionale non risulta, ovviamente, ostativo alla introduzione di fattispecie di reato improntate sull'omissione, o al radicamento di posizioni di garanzia che consentano alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. di operare in congiunzione con una fattispecie criminosa commissiva;
- la tecnica propulsiva, intesa nel senso prima specificato, risulta però doppiamente invasiva della libertà individuale, nella misura in cui -oltre evidentemente a far discendere dalla violazione della norma incriminatrice l'inflizione della pena- impone un preciso comportamento positivo, piuttosto che vietare, in guisa che il destinatario della norma non può limitarsi a non porre in essere uno degli infinitamente possibili comportamenti sperimentabili, per andare esente da sanzione;
- tale compressione può giustificarsi solo laddove sia ravvisabile un'istanza solidaristica attuale e ben definita;
- l'incriminazione dell'omissione non sembra ammissibile laddove essa miri a preservare, come nell'attuale stato di ipertrofia penale, interessi di carattere procedimentale, mere funzioni amministrative o beni di carattere strumentale, ma solo ove incida direttamente su beni di rango

del 1998 (per il principio di sussidiarietà).
72 Più approfonditamente, PALIERO, op. cit., pp. 143-149.

costituzionale.

Un'ultima riflessione va spesa con riguardo al reato omissivo improprio, in quanto suscettivo di collidere con il principio di legalità quantomeno sotto due profili: la base necessariamente legale della posizione di garanzia, con connesso obbligo salvifico di impedimento dell'evento lesivo; la fisionomia dell'azione impeditiva, spesso oggetto di una dilatazione funzionale operata a seguito di una retrospezione che, muovendo dall'evento, indaga ogni segmento del passato per rintracciare afflati di potenzialità impeditiva, al fine di radicare la responsabilità del garante. Questo secondo aspetto sarà trattato nel prosieguo con particolare attenzione. Esso si staglia su una saldatura garantistica tra il *nullum crimen* e il principio di personalità della responsabilità penale e, come si vedrà, in certi termini, appare sovrapponibile a talune patologie involgenti il reato colposo.

CAPITOLO II – IL FATTO TIPICO COLPOSO

1. Chiarimenti preliminari su ruolo ed essenza della colpa nell'attuale sistema penale

Il transito contemporaneo al macchinismo produttivo e alla motorizzazione di massa, e la diffusione, successiva ed altamente pervasiva, dell'impiego del *medium* tecnologico in chiave ampliativa delle potenzialità individuali, hanno edificato le fondamenta di una nuova etica⁷³ e inciso profondamente sul ruolo della società nella gestione dei rischi⁷⁴. I mutamenti sistemici si rifrangono sulle categorie penalistiche, tracciando, tra gli altri, il confine di un rivolgimento strutturale e funzionale della colpa penale, rispetto all'istituto concepito nelle prime, compiute teorizzazioni di inizio '900.

Il primo dato di rilievo è rappresentato dalla interazione tra uomo e macchina: la "felice rarità" dei reati colposi, rilevata nelle prime speculazioni, era legata al presupposto di un impiego delle energie umane concepito nella mera dimensione dell'esplicazione fisica di una forza. Uno

73 JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1979.

74 BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Bari, 2000; GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994

degli innumerevoli precipitati della modernizzazione è invece rappresentato dalla amplificazione vertiginosa delle potenzialità umane, nel momento in cui esse si trovano a governare lo strumentario tecnico rappresentato dalle macchine: la dottrina della colpa, allora, deve farsi carico di decodificare lo statuto disciplinativo delle nuove “forze tecniche”, individuando le relative regole di condotta⁷⁵.

Del resto, da altro angolo visuale, il mutamento discende dalla diversa caratterizzazione fenomenologica dei fatti colposi posti alla base delle moderne architetture dottrinali. I fatti colposi emergenti nel quadro di una società preindustriale, infatti, concernevano lo svolgimento di attività pericolose, condotte *sic et simpliciter* nella esplicazione di “diritti di libertà” riconducibili a posizioni individuali; la diagnosi di responsabilità, dunque, poteva ricavarsi semplicemente sulla base della considerazione della evitabilità di un evento nefasto, usando maggiore “attenzione” nell’esercizio della propria libertà.

Oggi questo principio generale, pur ancora valido ed adattabile all’istituto, necessita di precisazioni che discendono dalla accresciuta complessità del contesto. Muovendo dalla casistica di riferimento, si può rilevare come il nucleo effettivo degli illeciti colposi sia individuabile nella “causazione involontaria di eventi pregiudizievoli, che si verificano nello svolgimento di attività pericolose autorizzate in ragione della loro utilità sociale”. Così la diagnosi di responsabilità colposa non può fare a meno di considerare le esigenze di contemperamento e bilanciamento degli interessi coinvolti, nel raffronto tra “coefficienti di rischio e di utilità

⁷⁵ Anche per le citazioni, cfr. MARINUCCI, *La responsabilità colposa: teoria e prassi*, in Riv. it. Dir. Proc. Pen., 2012, pag. 2.

dell'agire"⁷⁶.

Ciò significa che la teoria della colpa deve farsi carico di offrire il relativo strumentario concettuale, rispetto al quale la nozione di semplice *evitabilità* comincia ad apparire riduttiva, in quanto neutra ed inespressiva rispetto al problema della comparazione tra interessi⁷⁷. Da tale prospettiva si staglia il concetto di diligenza, che indica in modo piuttosto indefinito ed elastico, già nella sua matrice civilistica⁷⁸, l'obbligo di comportarsi in un certo modo prestabilito, il dovere di attenersi a regole di condotta. La violazione della diligenza può considerarsi dunque il perno della responsabilità colposa, sebbene sia evidentemente bisognoso di essere colorato di contenuti.

La centralità della violazione della diligenza nel quadro della responsabilità colposa emerge, del resto, già dal dato testuale offerto dal nostro codice penale, all'art. 43. È noto come per il legislatore siano praticabili tre opzioni, in ordine alla definizione del tipo colposo: una definizione differenziata, di parte speciale (come quella adottata per il Codice Zanardelli o l'attuale codice penale francese); una indefinizione (come per il codice penale tedesco); una definizione di parte generale, modello per il quale ha optato il codificatore fascista. Operare una definizione non è imprescindibile per garantire la predeterminazione della regola cautelare, ma certamente può spiegare, in certi contesti, un

76 GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, pp. 151-152.

77 Per vero, il concetto di *evitabilità* può prestarsi ad un'interpretazione che lo condurrebbe a risultati concettuali molto vicini a quelli riconducibili alla violazione della diligenza obiettiva, laddove inteso non come potere di evitare, quanto come dovere di evitare, evidentemente modulabile a seconda dei criteri normativi di riferimento: sul punto v. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 179 ss.

78 Sulla genetica elasticità del concetto di diligenza, v. RODOTÀ, voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 539.

effetto contenitivo della prassi⁷⁹.

Il nostro codice penale, all'art. 43, definisce colposo il reato "quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline". La dottrina ha analizzato tale disposizione, ponendo in rilievo come essa non sia idonea ad ammantare, sul piano disciplinativo e descrittivo, la complessa varietà dei *crimina culposa* individuabili nel tessuto normativo codicistico ed extracodicistico: da questo angolo visuale, risulta particolarmente significativo segnalare il richiamo testuale all'evento, che espunge dall'ambito della disposizione i reati colposi di mera condotta⁸⁰.

Sul piano esegetico, si è demarcato il contenuto intensionale negativo (l'assenza di volontà del fatto) da quello estensionale (per l'appunto, la violazione della regola di condotta). Quest'ultimo, pur non restituendo una compiuta descrizione della colpa -ma indicando solo come costruirne il riscontro in relazione alle singole fattispecie criminose- concentra l'attenzione sul profilo normativo, dunque sulla difformità della condotta tenuta dall'agente rispetto alla condotta pretesa dall'ordinamento giuridico⁸¹.

2. Struttura del reato e sistematica della colpa. L'inserimento della violazione della diligenza obiettiva nell'alveo della tipicità.

79 Su questi aspetti, v. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, Riv. it. dir. proc. pen., 2002, pp. 495 ss.

80 MANTOVANI, op.cit., 323

81 CASTRONUOVO, *passim*.

Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito epocale, che ancora plasticamente biforca la dottrina italiana, tra concezioni bipartite e tripartite della struttura del reato. Ciò che più interessa evidenziare, piuttosto, muovendo dalla seconda delle prospettazioni appena indicate, è una duplice considerazione di rilievo fondamentale per ogni ragionamento che involga la parte generale del diritto penale.

In primo luogo, l'approdo irrinunciabile cui è pervenuta la dottrina pressoché unanime è rappresentato dall'ancoraggio della elaborazione penalistica ai principi costituzionali⁸². Essi devono rappresentare l'architrave garantistica e funzionale su cui sviluppare le teorie e le prassi della posizione della norma penale, della sua interpretazione ed applicazione al caso concreto, della inflizione ed esecuzione della pena⁸³.

Nel capitolo che precede si è evidenziato come le direttrici costituzionali possano infondere significati, deviazioni e conformazioni ai profili funzionali (almeno teoricamente) primigeni di un sistema dato, per definirne il finalismo e scolpire al contempo i baluardi garantistici dell'ordinamento; in questo capitolo, e soprattutto nel successivo, si vedrà come i principi costituzionali possano determinare -non delle mere influenze, bensì- implicazioni sulle ricostruzioni analitiche di istituti e categorie, quali la colpa penale e il reato omissivo.

La seconda considerazione attiene alla compenetrazione, oramai acclarata, tra dommatica e politica criminale⁸⁴. Interpretare teleologicamente -evidentemente col sussidio degli indirizzi costituzionali- le categorie

82 Per tutti, BRICOLA, *Teoria generale*, cit., *passim*.

83 MOCCIA, *Il diritto penale*, cit., pp. 109 ss.

84 ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, pp. 37 ss.

dommatiche significa non solo evitare le formalizzazioni, esegetiche e concettuali, nelle quali può incorrere la opera di “astrazione generalizzante”⁸⁵ di cui la dottrina si fa carico nel delineare il modello strutturale del reato, ma anche individuare dei precisi profili di valore che penetrino nel codice genetico delle categorie per consentirne una corretta comprensione, per risolvere questioni interpretative e per abilitarne pienamente l'esplicazione funzionale. È chiaro come, in quest'ottica, la costruzione tripartita rappresenti una scelta pressoché obbligata. Essa, a tacere di altre prerogative, consente di demarcare con chiarezza le profonde distinzioni teleologiche intercorrenti tra fatto tipico ed anti giuridicità, caratterizzandosi il primo come riferimento della garanzia insita nel principio di legalità, espressione dei principi di materialità ed offensività, strumento selettivo attraverso cui le scelte di criminalizzazione trovano espressione quali contrassegni della irrinunciabilità della tutela penale, in relazione al rilievo dei beni giuridici nel quadro costituzionale e alla gravità delle modalità di lesione che li attingono⁸⁶.

Ulteriore passaggio chiarificatore, che avvicina alla tematica della colpa, sta nella collocazione, nell'alveo del fatto tipico, dei coefficienti psicologici. Tale scelta sistematica si riconnette in primo luogo alla concezione del fatto tipico quale piattaforma di esplicazione delle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore, che certamente trovano

85 Per una visione critica, PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, p. 54.

86 Sul profilo formale -connesso al *nullum crimen*- e sostanziale -connesso alla offesa ai beni giuridici secondo modalità verificabilità empirico-criminologica- cfr. FIORE, *Diritto penale*, p. 153 ss. . Sull'irrinunciabilità della tutela penale di determinati interessi, per mezzo di una scelta cristallizzata nel fatto, cfr. altresì ROMANO, «*Meritevolezza di pena*», «*bisogno di pena*» e *teoria del reato*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1992, pp. 39 ss.

espressione pregnante anche nell'opzione per il presidio colposo, oltre che per quello doloso, in materia di delitti.

Non può, inoltre, tacersi dell'imprescindibile contributo fornito dal fatto tipico nella descrizione delle fattispecie penali⁸⁷ e nella definizione dello stesso comportamento vietato, in particolare laddove proprio la distinzione tra dolo e colpa, o anche tra coefficienti dolosi differentemente caratterizzati, risulta decisiva per demarcare fattispecie criminose dotate di sostrati oggettivo-materiali sovrapponibili. Infine, inserire il coefficiente psicologico nella dimensione della tipicità è decisivo ai fini di attribuire, nell'illecito penale, il corretto rilievo al disvalore d'azione che caratterizza -per l'appunto- il fatto.

Operate tali precisazioni, la trattazione può transitare sull'analisi della struttura della colpa, e in particolare sulla problematica afferente alla corretta collocazione nell'alveo del fatto tipico dell'elemento pregnante della colpa penale, normativamente intesa, vale a dire la violazione della diligenza (intesa *lato sensu* quale espressione che compendia la difformità del comportamento dalle regole di condotta a contenuto cautelare, sociali o giuridiche, indicate dall'ordinamento).

Come è stato autorevolmente sottolineato⁸⁸, risulta attualmente inquadrabile in due macroaree la riflessione dottrinale in ordine alla architettura del reato colposo, al rapporto tra la colpa e le categorie del reato e alla ricostruzione del significato che la dottrina della colpa riveste con riguardo alle singole componenti dell'illecito penale.

Da un lato, l'impostazione più tradizionale, che inquadra il coefficiente

87 Cfr. AA.VV., *Trattato di diritto penale - Parte generale*, vol. II - Il reato, Torino, 2013, pp. 10-11.

88 GIUNTA, *Illiceità*, p. 27.

colposo, nella sua interezza, all'interno della categoria della colpevolezza. Molto frequentemente, tale incasellamento è operato all'interno di un sistema bipartito di matrice naturalistico-materiale.

Dall'altro, possono individuarsi le posizioni, allo stato maggioritarie nel contesto dottrinale, degli autori che collocano l'elemento della violazione della diligenza obiettiva nell'alveo del fatto tipico. Sovente tale impostazione è condotta nel solco delle inquadramenti tripartiti della struttura del reato, siano essi caratterizzati dal riparto classico, imperniato sulla colpevolezza psicologica, ovvero da conformazioni che fanno confluire l'elemento psicologico nella tipicità; d'altro lato, specialmente nella dottrina d'oltralpe, la negligenza, genericamente intesa, assurge spesso ad elemento dell'illecito, nel quadro della bipartizione che lo vede contrapposto alla colpevolezza. Frequente può altresì considerarsi l'asseverazione che vede affermata una ambivalenza sistematica della colpa (nonché del dolo) quale espressione di una doppia funzione, tipizzante d'un lato, fondativa del rimprovero dall'altro.

Tali impostazioni sono germinate dall'abbandono delle concezioni psicologiche e dall'approdo all'attuale, dominante connotazione normativistica della colpa penale.

Le concezioni naturalistico-psicologiche della colpa facevano perno sul concetto di prevedibilità, invero intrinsecamente contraddittorio in quanto non espressivo di una realtà psichica attuale, bensì meramente potenziale, ovvero di una condizione di mancanza di rappresentazione; oppure s'imperniavano sull'errore, da intendersi genericamente quale difettosità nella formazione della volontà⁸⁹. Superate tale teoriche, la

⁸⁹ MANTOVANI, op.cit., p. 323.

dottrina ha dovuto affrontare la questione della caratterizzazione smaccatamente oggettiva della violazione della diligenza, particolarmente problematica in un contesto nel quale le canoniche partizioni categoriali del reato vivevano una transizione: al fatto tipico appartenevano componenti meramente obiettivo-descrittive e non ancora normo-valutative; d'altro canto, la dimensione normativa della colpevolezza non rappresentava ancora l'approdo interpretativo più diffuso, il che rendeva impervio e temuto lo "svuotamento" della categoria in caso di collocazione della componente più pregnante del reato colposo nella dimensione del fatto tipico.

Tali complicazioni dommatiche condussero alla adozione di interpretazioni e definizioni ambigue: così il Gallo, dinanzi alle ricalibrature del reato colposo in senso normativistico, che "spostano l'accento dal soggettivo all'oggettivo, dalla mancanza di conoscenza e dall'errore alla conoscibilità", intese la negligenza quale "elemento obiettivo di imputazione soggettiva"⁹⁰, pur non riconducendola nella sede "naturale" dell'elemento oggettivo del reato⁹¹, ma smentendone il carattere di "fattore psichico" sostenuto generalmente dalla dottrina dell'epoca.

Del resto, una delle questioni più complesse affrontate dalla dottrina dell'epoca era rappresentata dallo statuto dell'azione nel reato colposo, in particolare nei casi di eventi nefasti, cagionati a seguito di violazione delle regole di diligenza, ma determinati da uno sprigionamento di energie causali non sorretto da coscienza e volontà (come il classico caso della

90 GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in Enc. dir., vol. VII, Milano, 1960, p. 636.

91 Esattamente come MANTOVANI, op. cit., *passim*.

morte del bambino per schiacciamento notturno, ad opera della madre che improvvidamente gli si è coricata accanto).

Tali peculiarità del concetto di azione inducevano ad interpretarlo, talvolta in chiave asseritamente ascrittiva⁹², in rapporto con la negligenza, che finiva con illuminarne i connotati. Se la negligenza (*rectius* il contrasto con essa) rappresentava la base costitutiva e conformativa di un concetto di azione diverso e peculiare, snaturato, retrocesso ed elasticizzato, proprio della colpa penale, la collocazione più naturale della violazione della diligenza obiettiva doveva risultare, per l'appunto, il fatto tipico.

Non a caso le teoriche che persistono nell'inquadramento della negligenza all'interno (esclusivamente) della dimensione della colpevolezza si sforzano di risolvere le problematiche appena descritte teorizzano un concetto unitario di azione, che possa adattarsi alla peculiarità funzionale e pratica della colpa penale senza far riferimento al concetto di negligenza.

D'altro lato, va ricordato che è ovviamente scolorita anche la correlazione contraria, giacché molti autori, che oggi propongono un concetto unitario di azione, asseriscono l'inserzione della colpa (anche) nel fascio degli elementi del fatto⁹³. Ciò accade in quanto, nello stato odierno del dibattito dottrinale, in un contesto intellettuale in cui le categorie dommatiche ricevono legittimazione e colorazione politico-criminale, in guisa tale da dover essere costruite anche muovendo dalle funzioni politico-criminali cui sono preposte, l'inserimento della colpa (anche) nella dimensione tipica riceve sostegni argomentativi d'altra marca.

92 Cfr FIANDACA-MUSCO, op.cit., p. 543.

93 FIORE, op.cit., p. 260.

In questa direzione, la riflessione dottrinale muove dalle precipue funzioni politico-criminali esplicate dal fatto tipico, individuate nella esigenza comunicativa, ai consociati, della dimensione del divieto, secondo i crismi del *nullum crimen*, e nel ruolo di esplicazione della direzione funzionale sistemica di protezione dei beni giuridici.

Orbene, da tale angolo di visuale, la connotazione colposa presenta caratteri che ben si attagliano ad involgere ed implementare le funzioni del fatto tipico. Se attraverso il fatto, infatti, trovano concretizzazione tecnica le scelte di criminalizzazione tese alla profilassi dei beni giuridici, non v'è dubbio che il presidio di una esplicita punibilità a titolo di colpa rappresenti una ben precisa modalità di composizione della fattispecie e connotazione della condotta illecita, che esprime tipologicamente una scelta di valore tesa ad ampliare la tutela.

D'altro lato, il fatto tipico (colposo) dovrà risultare ricostruibile in modo da esprimere il significato della scelta di criminalizzazione, e dunque da trasmettere ai consociati la dimensione deontica del divieto. Tale profilo comunicativo trova esplicazione secondo modalità del tutto diverse rispetto all'illecito doloso, ove, ancorandosi la responsabilità alla volizione effettiva del fatto, la dimensione descrittivo-formale riveste importanza primaria (è importante far capire ai consociati ciò che non devono volutamente compiere). Nell'ambito colposo, invece, negligenza, imperizia ed imprudenza dovranno essere ricostruiti come concetti tali da esprimere il richiamo ai consociati ad adeguarsi a determinati parametri obiettivo-normativi di condotta.

Il messaggio incorporato nella criminalizzazione, e strumentale a

consentire la certezza di libere scelte d'azione, passa dunque attraverso la comprensione dei connotati del dovere di comportarsi *secondo diligenza*, senza i quali l'oggetto del divieto risulterebbe incomprensibile⁹⁴.

Tale rilievo stimola due ulteriori considerazioni. Esso rappresenta una declinazione, in termini meno generali e contestualizzati alla tematica delle funzioni politico-criminali del fatto tipico, della cd. funzione tipizzante esplicita dalle regole di diligenza, che concorrono alla individuazione puntuale del comportamento penalmente rilevante, dunque "tipico", e giocoforza non possono che assurgere ad elementi del fatto. Seguendo tale prospettiva, pur nel quadro di una peculiare spiegazione dei significati dell'assetto sistematico, parte della dottrina ha definito il fatto tipico colposo come "fatto a struttura comportamentale variabile", volendo evidenziare che esso può atteggiarsi mutevolmente a seconda della varietà delle regole di cautela oggetto di trasgressione, e sottolineando, altresì, come la colpa, in tal senso, si connota di "contrassegni" non solo soggettivi, ma prim'ancora di portata oggettivo-materiale, in quanto caratterizzanti la condotta tipica⁹⁵.

Peraltro, come parte della dottrina opinata⁹⁶, se la dimensione della tipicità si determina in funzione dell'obbligo di diligenza, è altresì vero che tra tale obbligo e i restanti elementi di fattispecie si instaura un rapporto esplicativo inverso, per cui "ogni illecito colposo si conforma sulla base del rapporto intercorrente fra la trasgressione del dovere oggettivo di diligenza e i restanti elementi della fattispecie" e che dunque anche "il

94 FORTI, op.cit., pp. 166-167.

95 DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzia e sistematica*, in Riv. it. Dir. Proc. Pen. 2013, pp. 124 ss.

96 FIANDACA-MUSCO, op.cit., p. 545.

contenuto del dovere di diligenza muta in funzione del tipo di fattispecie che viene in questione". Ogni elemento del fatto tipico, quindi, si interpreta in correlazione con gli altri, in una prospettiva logica, sistematica e teleologica, perimetrata dal presidio di legalità rappresentato dalla propria portata concettuale e semantica; l'obbligo di diligenza partecipa a tale processo di significazione della fattispecie.

La seconda considerazione attiene al profilo della valorizzazione del disvalore d'azione, in seno al fatto tipico, inverata dalla inclusione in quest'ultimo dei coefficienti psicologici. Parte della dottrina, da tale angolo visuale, dopo aver evidenziato che la calibratura di disvalore del fatto colposo s'incentra sulla condotta, in ragione della descritta difformità tra comportamento e regola di cautela, afferma che la normatività del fatto tipico colposo è tale da involgere anche il disvalore d'evento. Essa imprime infatti al disvalore d'evento, di là dal rilievo -comunque centrale- della lesione del bene giuridico, una significanza diversificata ed ulteriore, che risiede nella riconduzione dell'evento allo spettro preventivo proprio della regola cautelare violata⁹⁷.

Nella colpa il rilievo del disvalore di azione deve trovare un aggancio viepiù saldo con la descritta funzione comunicativa ed orientativa espletata dalla tipicità: l'ancoraggio definitorio delle qualifiche di negligenza alla dimensione materiale⁹⁸, piuttosto che a quella formale -nel senso che solo la concretezza del dato reale può consentire la ricostruzione del dovere e la portata effettiva del divieto- non può significare che l'evento deve fungere da esclusiva pietra angolare per

97 ATTILI, *Dalla struttura alla funzione (probatoria): il "tipo colposo" nel crogiolo dell'accertamento giudiziale*, in Cass. Pen., 2012, pp. 1571 ss.

98 FORTI, *op. e loc. ult. cit.*

individuare la regola di condotta. Si avrà modo, nel prosieguo del lavoro, di analizzare le derive patologiche della cd. ottica retrospettiva, ma può sin d'ora rilevarsi come la regola di condotta vada individuata sulla base delle caratteristiche della situazione concreta al momento in cui la condotta stessa è stata posta in essere dall'agente, secondo una matrice identificativa rigidamente *ex ante*. Ragionare in modo diverso, ed intendere la negligenza come "esito del processo di imputazione dell'evento a una data condotta", implicherebbe un duplice ordine di conseguenze negative: l'attenuazione, come detto, della sua "funzione di criterio di orientamento comportamentale, presupponendo quest'ultima la possibilità di distinguere con sicurezza, e prima dell'azione, il comportamento diligente richiesto da quello negligente vietato"⁹⁹; la dissoluzione dell'autonomia concettuale (e anche funzionale, in quanto raccordata alla direzione special-preventiva) del disvalore d'azione rispetto al disvalore d'evento, in piena e deteriore coerenza con le istanze meno garantistiche del diritto penale del rischio.

3. Concetto di azione e reato colposo

Risulta opportuno, nell'approcciare la descrizione del profilo strutturale della tipicità colposa, accennare agli influssi che l'evoluzione dello studio dommatico della colpa ha sortito sulle teorizzazioni in tema di azione, e sull'interpretazione della locuzione, di cui all'art. 42 c.p., secondo cui l'azione e l'omissione debbono essere sempre sorrette da "coscienza e volontà", per fondare l'addebito punitivo.

Va premesso che la dottrina pone in evidenza come il concetto di azione

⁹⁹ GIUNTA, *Illiceità*, cit., pp. 88-89.

espliciti quantomeno tre direzioni funzionali: uno scopo dogmatico-applicativo, perché consente di ritagliare, nel complesso avvicinarsi dell'umano agire, il segmento che assurgerà ad oggetto di valutazione nella indagine sulla responsabilità penale, e in particolare nell'opera di sussunzione del fatto concreto nel perimetro della fattispecie criminosa; una funzione limitativa, in quanto concetto orientato ad espungere ciò che non può essere assunto quale dato rilevante dal diritto penale; una finalità più eminentemente classificatoria, nella misura in cui essa, all'interno della variegata architettura tipologica degli illeciti penali -dolosi o colposi, commissivi od omissivi- tenta di racchiudere, nei tratti fissi di una concettualizzazione comune, la nozione di comportamento umano rilevante¹⁰⁰. È evidente come tale multifunzionalità si dispiega all'interno di una dimensione *descrittiva* del concetto di azione, vale a dire di un ragionamento teorico il cui precipitato pratico è sempre spiegare cos'è l'azione e quali sono i criteri per individuarla ed isolarla nella concretezza del mondo empirico.

Senza voler illustrare il dipanarsi del dibattito che ha animato la dottrina sull'argomento, basti evidenziare che, nel susseguirsi delle varie teorie in tema di condotta penalmente rilevante, la dottrina si è trovata a doversi confrontare con il dato normativo rappresentato dai citati predicati di "coscienza e volontà". È noto come uno degli snodi critici della riflessione dottrinale sulla portata dei due attributi sia rappresentato da un insieme di ipotesi, ricadenti nella dimensione della colpa penale, caratterizzate dall'assenza di un legame psicologico attuale ed effettivo tra l'agente e il comportamento cagionante l'evento: si fa, evidentemente, riferimento alla

100 MANTOVANI, op.cit., p. 121.

complessa fenomenologia delle condotte “involontarie”, quali gli atti automatici e riflessi, le omissioni per dimenticanza, i comportamenti incoscienti.

A muovere dall’enunciato normativo, l’Antolisei elaborò il concetto di *suitas*, inteso come “attribuibilità dell’atto al soggetto”, tale da ricomprendere non “solo l’atto volontario, ma qualsiasi altro, volontario o involontario, positivo o negativo, che abbia un valore sintomatico per la personalità dell’autore: che sia “proprio” di lui; che possa dirsi ‘suo’ “¹⁰¹. L’illustre autore precisò come l’attribuibilità si concretasse nella potenzialità inibitoria dell’atto: dunque nella possibilità per l’autore di attivare degli impulsi che avrebbero potuto obliterare il comportamento posto in essere¹⁰².

Il tentativo di Antolisei era ispirato a conservare un concetto unitario di azione, e sembra richiamare alcune delle soluzioni a cui è approdata la dottrina più recente, sebbene sulla base di presupposti totalmente differenti, improntati alla corretta impostazione delle connessioni tra principi costituzionali ed elaborazioni dommatiche. In questa direzione, si è evidenziato come la “coscienza e la volontà” della condotta valgano a scolpire i confini del fatto penalmente rilevante, colorando i comportamenti umani considerabili dal diritto penale. Tale teorizzazione è stata condotta all’insegna della caratterizzazione unitaria della “dominabilità” del comportamento, e si è inserita all’interno di una opzione sistematica volta ad incasellare questo requisito nel terreno della

101 ANTOLISEI, *L’azione e l’evento nel reato*, Milano, 1928, pag. 59.

102 ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, p. 303. V. anche GALLO, voce *Colpa*, cit., p. 624.

tipicità, piuttosto che della colpevolezza¹⁰³.

Altri autori hanno frantumato l'unità nozionale dell'azione, delineando una netta distinzione tra reato doloso e reato colposo. Il primo si caratterizza sempre per un coefficiente psicologico effettivo, che connette l'agente al proprio comportamento e che si differenzia nettamente dalla rappresentazione e volizione del fatto tipico. La condotta nel reato colposo, invece, si caratterizza semplicemente per "la possibilità materiale per l'agente di uniformarsi alla regola precauzionale", connotato che peraltro accomuna azione ed omissione. La formula di cui al comma I dell'art. 42 c.p. non sarebbe altro che compendio riassuntivo di siffatto potere materiale¹⁰⁴.

Il passaggio non è di poco momento, in quanto, saldandosi con il transito dalla concezione psicologica a quella normativa della colpa, rappresenta il viatico del dissolvimento dell'azione nella sua portata descrittiva e della diluizione di essa nello spazio dell'imputazione colposa. Così il concetto di azione assume valenza ascrittiva, non serve più a demarcare ed apprendere un segmento di realtà, quanto piuttosto ad esprimere la sussistenza dei presupposti, normativamente intesi, del rimprovero colposo. È in tal senso che autorevole dottrina afferma che "azione e colpa stanno e cadono insieme,", per poi specificare come il disposto dell'art. 42 c.p. potrebbe essere (più utilmente) adoperato quale contenitore delle "circostanze anormali", non tipizzate, che contrassegnano la totale incontrollabilità della situazione per il soggetto agente, inibendo la diagnosi di responsabilità a suo carico¹⁰⁵. Può essere interessante

103 ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., sub pre-art. 39.

104 MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, pp. 110-111.

105 FIANDACA-MUSCO, op. cit., pp. 543 e 574.

evidenziare come, nel descritto impianto, l'essenza dell'azione sia individuata nel risultare soltanto "dominabile" dal volere, corrispondentemente alle prospettazioni, prima indicate, che ergono la dominabilità a espressione unica e comune della coscienza e volontà, negandone esplicitamente la mera valenza ascrittiva.

Altra parte della dottrina, nell'approfondire la fisionomia del reato commissivo colposo, si è sforzata di rintracciare, sempre e comunque, un legame psicologico effettivo tra comportamento colposo e autore. Questa esigenza è stata soddisfatta radicando la colposità nel primo atto negligente, non corrispondente con il comportamento causalmente correlato all'evento¹⁰⁶. Tale prospettiva è mossa dall'abiura di un concetto meramente ascrittivo, che risulta, invero, esangue in quanto deprivato della valenza garantistica esplicita dal concetto descrittivo, direzionato nella descritta funzione limitativa. La "tipicità della prima negligenza" comporta però l'inconveniente di allontanare la negligenza dall'evento, determinando un duplice effetto distorsivo: sul piano dell'imputazione, il rischio di una dilatazione difficilmente controllabile, in quanto nel divario spaziale e temporale tra condotta rilevante ed evento possono inserirsi variabili di varia foggia -attribuibili all'agente, alla vittima, a terzi ovvero ad accadimenti esterni- che rischiano di essere obliterate; sul piano della fisionomia complessiva del reato colposo, l'arretramento del momento di difformità normativa rilevante, rispetto all'evento cagionato, facilita la

106 FIORE, op. cit., p.264. Per la dottrina più risalente, v. SPASARI, voce *Condotta (dir.pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, 1961, che ritiene sussistente un legame psichico effettivo anche nel reato omissivo: "se si coglie con esattezza il momento in cui esse funzionano, si noterà che la coscienza e la volontà della condotta non mancano mai: né nell'omissione per dimenticanza, perché bisogna rifarsi al comportamento diverso effettivamente tenuto; né nei reati commissivi colposi, perché è sempre riscontrabile una condotta volontaria iniziale, che costituisce la piattaforma alla quale vanno ricondotti tutti gli atti successivi".

polarizzazione dell'illecito sul disvalore di azione, e rischia di far degradare l'evento a mera condizione obiettiva di punibilità¹⁰⁷.

4. L'obbligo di diligenza nella sua duplice dimensione. Il requisito della riconoscibilità del pericolo come prima articolazione del dovere e i termini storici della sua derivazione dal concetto di prevedibilità;

Il concetto di prevedibilità rappresenta un tratto permanente, dall'inquadramento e dalla significanza cangianti, a seconda delle teoriche di riferimento, della responsabilità colposa.

Nelle risalenti impostazioni di marca psicologica, la prevedibilità era il presupposto che sorreggeva il dovere di attenzione non ottemperato, o sul quale faceva leva il rilievo dell'errore, variamente inteso, nel quale il soggetto agente era incorso¹⁰⁸.

Quando si è riconosciuta l'essenza propriamente normativa della colpa, la prevedibilità è stata adoperata, all'interno dello scacchiere dommatico, in varie accezioni. Le posizioni meno recenti ritenevano, invero secondo tonalità accostabili alle teorie psicologiche, che l'essenza della responsabilità colposa risiedesse nel disattendimento di un generale dovere di conoscenza e previsione, di portata potenzialmente illimitata, contrassegnato dalla prevedibilità oggettiva dell'evento¹⁰⁹.

Le concezioni normative più avanzate cominciarono a comprendere come il nucleo problematico della colpa fosse rappresentato dal processo di imputazione dell'evento, che consentiva di collegare il prodotto lesivo al comportamento dell'agente, evitando di calibrare il disvalore del reato

107 Per i due rischi, v. GIUNTA, *op.cit.*, *passim*.

108 GIUNTA, *op.ult.cit.*, p. 176.

109 MARINUCCI, *op.ult.cit.*, p. 175.

sulla condotta o, con esito ancor peggiore, sull'autore quale individuo portatore di difettosità. In questa direzione, si predicò con chiarezza l'insufficienza di un collegamento tra azione ed evento improntato alla mera causazione materiale, e si approfondì il rilievo che la condotta perpetrata dall'agente dovesse essere difforme da specifiche regole preventive di azione, oggetto di pretesa comportamentale; proprio su tale difformità andava innestato il *motivo giuridico* della riconduzione dell'evento all'agente.

In questo mutamento radicale di prospettiva, al concetto di prevedibilità sono state ritagliate, dalla dottrina, due funzioni del tutto differenti. Alcuni autori¹¹⁰ opinano nel senso di utilizzare la prevedibilità quale "criterio di accertamento" della colpa. Ciò significa, sul piano pratico, che il concetto è adoperato "a mo' di correttivo": dopo aver appurato la violazione di regole di azione a scopo preventivo, per asseverare che l'evento va imputato all'agente occorre altresì verificarne la prevedibilità. Nelle prospettazioni più risalenti rimaneva però troppo vago il profilo della regola di condotta, in concreto riducendo il giudizio di colpa ad una valutazione di prevedibilità che, in assenza di criteri normativi che ne delineassero la portata, tendeva ad appiattirsi nuovamente su una mera prevedibilità oggettiva, replicando il riscontro del nesso eziologico e degradando nella responsabilità oggettiva¹¹¹.

La panoramica sommariamente tracciata restituisce, per vero, già un risultato ermeneutico significativo, per quanto parziale: quale sia il ruolo che la prevedibilità deve ricoprire, nella dottrina della colpa, è

110 ANTOLISEI, *Manuale*, cit., p. 329.

111 MARINUCCI, op.ult.cit., *passim*, anche per le citazioni virgolettate qualche rigo sopra.

necessario che essa venga *intesa e delimitata in senso normativo*, in raccordo con un criterio che consenta di procedere ad un'imputazione travalicante la semplice misura del nesso di causalità. Ciò è vieppiù vero se si ponga mente alla connotazione, in ogni caso, probabilistica del rapporto causale tra condotta ed evento, anche se suffragato dal ricorso alle leggi scientifiche¹¹²: colorare in senso normo-valutativo il concetto di prevedibilità nell'ambito della colpa serve dunque a demarcarlo dalla dimensione della causalità e ad affrancare al contempo la colpa dall'obliterazione nel segno della responsabilità oggettiva.

La dottrina odierna largamente maggioritaria, nell'edificare l'istituto della colpa sui concetti di prevedibilità (o rappresentabilità) ed evitabilità (o prevenibilità) dell'evento¹¹³, segnala come da tali concetti *derivino* le regole cautelari di condotta, precisando dunque che *“prevedibilità ed evitabilità dell'evento non sono categorie, concettuali e reali, diverse ed autonome dalle regole di cautela”*¹¹⁴, ma piuttosto espressione del medesimo criterio. Tale passaggio, come plasticamente esplicito da autorevole dottrina, si basa sul rilievo che alla condotta di partenza, nell'illecito colposo, si connette la prognosi di un evento lesivo, in quanto *“prevedibile”* conseguenza: sulla base di tale dato, la colpa si concreterà primariamente nella possibilità, per l'agente, di modificare quel comportamento *“in modo da non rendere più prevedibile l'evento”*¹¹⁵. Trattasi, evidentemente, di una

112 MANTOVANI, op.cit. pp. 139 ss. . Il carattere probabilistico, che va inteso nei termini della probabilità logica, può affermarsi anche aderendo alle teoriche della imputazione obiettiva dell'evento, in quanto connotazione propria della dimensione *materiale* del nesso causale.

113 Cfr., per tutti, nella manualistica FIANDACA-MUSCO, op.cit., pp. 546 ss.

114 BASILE, Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica, in DE FRANCESCO (cur.), *La prova dei fatti psichici*, Torino, 2010, pp. 73 ss.. Di *“rapporto di complementarità”* parlava anche GALLO, voce *Colpa*, cit., p. 638.

115 GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, pp. 86 ss.

approssimazione descrittiva, nella quale vanno in realtà innestati i termini della duplice prognosi in cui normativamente si compendia la violazione della diligenza: la prognosi di riconoscibilità del pericolo e quella legata alla efficacia preventiva della regola di condotta adottata¹¹⁶.

In via di approssimazione, può dunque affermarsi che, da parametro di accertamento, la prevedibilità è divenuta oggetto dello stesso¹¹⁷, in quanto fondamento poetico della regola di cautela, che scaturisce dalla cristallizzazione e sedimentazione di giudizi di prevedibilità ed evitabilità di eventi lesivi, connessi a certune situazione di partenza.

Ragionando più specificamente, e quindi isolando concettualmente la prevedibilità, può dirsi che, nella misura in cui essa si limita a fornire all'agente la mera rilevazione di una situazione di pericolo, non contribuisce alla creazione della regola di cautela; piuttosto, l'agente, muovendo dal presupposto della pericolosità delle energie causali esprimibili dal suo comportamento, dovrà individuare un *modus operandi* che gli consenta di eliminare quel pericolo (o ridurlo, come si vedrà). Da questo angolo visuale, la prevedibilità, pur rimanendo oggetto dell'accertamento, più che *costruire* la regola cautelare rappresenta il presupposto della sua operatività: essa è l'elemento sulla base del quale si rende necessario seguire determinate regole di condotta. L'obbligo di diligenza, dunque, si attualizza sul rilievo della prevedibilità, ma il suo contenuto non è specificabile attraverso quel criterio: le regole di cautela si formano secondo canoni differenti, tendenzialmente improntati allo scopo di *evitare* eventi lesivi¹¹⁸.

116 Cfr. FORTI, op.cit., *passim*. Il tema sarà trattato dettagliatamente nel prosieguo.

117 GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 178.

118 Ivi, *passim*.

Senza voler ancora entrare nel tema della formazione della regola di cautela, può evidenziarsi come, muovendo implicitamente dalla isolabilità concettuale della prevedibilità, ma giungendo ad esiti diversi dall'autore appena citato, parte della dottrina ha precisato il "duplice contenuto del dovere di diligenza": in primo luogo, il dovere di riconoscere i pericoli connessi alla propria condotta; in secondo luogo, il dovere di neutralizzarli o ridurli, agendo *in un certo modo*¹¹⁹. Naturalmente, si tratta di una successione di impronta logico-giuridica, con finalità descrittiva: sul piano normativo, la regola preesiste (o quantomeno dovrebbe preesistere) all'azione, e il pericolo da riconoscere marca l'esito futuribile della trasgressione della regola.

La categoria della riconoscibilità del pericolo (di realizzazione di un fatto antiggiuridico) rappresenta una sorta di affinamento del concetto di prevedibilità. Essa consente di considerare anche i fattori antecedenti e concomitanti alla condotta, laddove, per definizione, oggetto della prevedibilità è un dato futuro; inoltre, la riconoscibilità è in grado di ricomprendere anche i reati colposi privi di evento naturalistico¹²⁰. Infine, avendo ad oggetto un pericolo, la riconoscibilità si presta ad offrire soluzioni opportunamente più flessibili, come si vedrà, alla problematica della "descrizione" dell'oggetto della prognosi richiesta all'agente.

segue: la riconoscibilità tra possibilità e dovere di rappresentarsi il pericolo di realizzazione del fatto antiggiuridico; la distinzione tra base, criterio ed oggetto della riconoscibilità.

119 MARINUCCI, *La responsabilità*, cit., p. 10.

120 BASILE, op.cit., p. 78.

Di primo acchito, la riconoscibilità evoca la “possibilità di riconoscere” la verifica di un fatto, o meglio l’attributo di pericolosità. In tal senso, essa sembrerebbe potersi definire come la possibilità di riconoscere la potenzialità lesiva di una certa situazione o di un dato comportamento.

Come dato che evoca la dimensione della possibilità, dunque, la riconoscibilità dovrebbe evocare il rilievo che, presupposti determinati elementi, in un certo numero di casi ne discende il riconoscimento del pericolo. In tal senso, taluna dottrina ha ritenuto che il concetto di prevedibilità (*scilicet* riconoscibilità) finisca necessariamente col rifarsi al dato della comune esperienza e poggi sulla dimensione conoscitiva dell’ *id quod plerumque accidit*¹²¹.

Senonché, ne deriverebbe il problema di calare un elemento dal fondamento esperienziale nel quadro di un contesto normativistico, quale il territorio della responsabilità colposa. Soprattutto, andrebbe spiegato come dare rilievo, postulata la rappresentabilità, alla mancata rappresentazione, posto che il soggetto “non avrebbe potuto rappresentarsi nulla più di quello che effettivamente si è rappresentato”. Per conferire rilevanza al dato della riconoscibilità, occorre dunque abbandonare l’accezione naturalistico-esperienziale, il mero rilievo di un possibile riconoscimento, asseverabile nella maggior parte dei casi, e proiettare il concetto in una prospettiva normativa, fondata non sul potere, ma sul dovere di riconoscere. Sulla base di certi parametri, e acquisita la conoscenza di certi dati reali, il soggetto avrebbe *dovuto* prevedere, sulla base di una precisa pretesa giuridica mossa

121 GIUNTA, *Illiceità*, cit., passim.

dall'ordinamento nei suoi riguardi¹²².

Questa precisazione, da un lato, conferma quanto testé si affermava sulla necessaria colorazione normativa del concetto di prevedibilità. Dall'altro, può racciordarsi alle posizioni sistematiche di certa dottrina, che evidenzia come nella tipicità colposa venga in rilievo un dover essere del soggetto, correlato alla pretesa di diligenza non ottemperata; mentre alla dimensione della *suitas*, pur afferente alla tipicità, ma da decidersi "sempre prima della colpa", pertenga la valutazione di un poter essere come semplice "non necessità" di quanto realizzato; infine, alla colpevolezza colposa afferisca l'accertamento individualizzante di un poter essere, dunque della concreta possibilità per il soggetto di rispettare la regola di diligenza¹²³.

La pretesa di diligenza, collocata nel fatto tipico, consta dunque del doveroso riconoscimento del pericolo connesso alla propria condotta e nell'attivazione di cautele, o comunque modalità di comportamento, orientate a prevenire i connessi accadimenti lesivi. Alla dimensione del fatto tipico non interessa il "poter agire diversamente", né la impossibilità specifica di riconoscere il pericolo da parte dell'agente concreto, se essa caratterizza comunque una situazione in cui il dovere di riconoscere era operativo; tutt'al più, le considerazioni di impedimento conoscitivo (o anche operativo) attinenti al singolo individuo potranno rilevare, sulla base di ben precisi presupposti, espressivi di circostanze anomale incidenti sulla motivabilità mediante norme¹²⁴, in sede di colpevolezza

122 FORTI, op.cit., pp. 201 ss.

123 ROMANO, *Commentario*, cit., sub art. 43, par. 68.

124 PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, pp. 60 ss.; BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, pp. 70 ss.;

normativa, nel commisurare ed accertare la cd. “misura soggettiva” della colpa.

È evidente, d’altro canto, che il dovere di riconoscere, oggettivamente imponente, non può superare il livello della possibilità (oggettiva) di riconoscere¹²⁵. Il primo gradino per strutturare il dovere di diligenza, quindi, è pur sempre rappresentato dalla corretta comprensione della possibilità di riconoscere, che non appartiene al piano del poter essere tipico della *suitas*, in quanto improntato al necessarismo; ne riguarda il poter essere del singolo individuo, che va vagliato in sede di colpevolezza. Soltanto chiarendo il perimetro della possibilità di riconoscere, si ci potrà addentrare nell’analisi del relativo dovere, perché l’ordinamento non può radicare una pretesa nell’area dell’impraticabilità: *ad impossibilia nemo tenetur*.

La possibilità non può che fare perno su un giudizio probabilistico, simile a quello che si conduce in punto di causalità, nel senso che il riconoscimento della pericolosità si basa su un giudizio avente ad oggetto la probabilità che dalla situazione data si determinino eventi lesivi. La differenza fondamentale tra giudizio di riconoscibilità e di probabilità risiede nella base necessariamente parziale del primo, su cui si tornerà *infra*.

Entrambi, a differenza del giudizio propriamente causale, adoperano un procedimento logico *ex ante*: riportandosi al tempo in cui si concretava la situazione data, con l’insieme dei suoi elementi caratterizzanti, indagano se la situazione possa rappresentare condizione iniziale di un evento non ancora prodotti. Dovendo asseverare una connessione (seppur

¹²⁵ Per questo rilievo, e per il ragionamento in seguito illustrato, v. FORTI, *passim*.

potenziale) tra un antecedente e un con-seguente, il giudizio di riconoscibilità abbisogna di leggi o regole che affermino una regolarità nella successione tra i dati oggetto del giudizio. In questo senso, lo strumento per effettuare il giudizio di riconoscibilità è rappresentato da un bagaglio di conoscenze nomologiche, che compendiano tali leggi e regole sulla regolare successione.

Proprio l'insieme delle conoscenze nomologiche astratte di cui un soggetto è provvisto gli consente di riconoscere il pericolo. In questo senso, sul soggetto agente grava anzitutto il dovere di essere provvisto di determinate conoscenze nomologiche. La consapevolezza delle regole che illuminano la pericolosità di una situazione o di un comportamento è questione diversa da quella della base di dati di partenza su cui tale giudizio deve innestarsi: la base è data dall'insieme degli elementi che caratterizzano la situazione concreta; tale situazione concreta è il primo termine del giudizio ipotetico-predittivo che viene condotto attraverso le conoscenze nomologiche, per verificare la collegabilità con il secondo termine del giudizio, vale a dire l'evento lesivo. La dottrina talora precisa la distinzione, in questo senso intesa, tra base ontologica e base nomologica del giudizio di prevedibilità ed evitabilità¹²⁶.

Tanto la base ontologica, quanto le conoscenze nomologiche, possono essere oggetto di pretesa da parte dell'ordinamento. In questo senso, parte della dottrina evidenzia come il primo dovere (in ordine logico) a venire in rilievo in tema di responsabilità colposa sia il dovere di sapere, accanto al dovere di saper fare¹²⁷ e (in alcune prospettazioni) al dovere di fare o di

126 BASILE, op.cit., *passim*.

127 FORTI, voce *Colpa (dir. pen.)*, in Dizionario di diritto pubblico, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, pp. 945 ss.

non fare¹²⁸.

Ovviamente, si tratta di due tipi di sapere completamente diversi: la base ontologica indica gli elementi (perlopiù) fattuali che l'agente avrebbe dovuto rilevare e porre a monte del giudizio di riconoscimento; la base nomologica una regola "probabilistica", utile ad attribuire ai dati fattuali il predicato della pericolosità, che avrebbe dovuto padroneggiare. Il dovere di sapere riguardante la base ontologica attiene a un vizio di percezione, quello sulla base nomologica a un vizio di formazione; l'inottemperanza, nel primo caso, contrassegna un deficit di attenzione, nel secondo un deficit di conoscenza. Chiaramente queste ultime considerazioni hanno carattere tendenziale: anche la l'inottemperanza al dovere di sapere riguardante la base ontologica può rifrangere un vizio di formazione e un deficit di conoscenza, in particolare quando il dato da conoscere rilevi non tanto per la sua consistenza materiale, quanto per il suo significato. Ad esempio, un segnale di pericolo che indica la presenza di un cantiere mobile sulla strada, può essere non visto dal soggetto agente, per disattenzione o altra causa (ad esempio, perché non indossava, nel momento in cui lo ha incrociato, gli occhiali da vista); ma potrebbe essere stato anche visto dal soggetto, che però non è stato capace di interpretarne il significato, per ignoranza della segnaletica. Il vizio conoscitivo atterrà sempre alla base ontologica, piattaforma del giudizio di pericolosità della situazione, ma con sfumature affatto differenti.

L'ordinamento dunque pretende dal soggetto un certo livello di conoscenze nomologiche. La valutazione di inottemperanza dunque muove su un presupposto implicito, per non divenire autocontraddittoria,

128 PULITANÒ, op.ult.cit., *passim*.

inefficiente ed irrealistica: che il bagaglio di conoscenze di riferimento sia esistente al momento della condotta. A rappresentare il riferimento dell'atteggiarsi del dovere di prevedere, quindi, non può che essere la conoscenza disponibile al momento in cui l'agente avrebbe dovuto percepire la pericolosità. Si tratta, peraltro, di una delle sfumature che rendono preferibile, per la sua adeguatezza concettuale ad improntarsi a un canone normativo, il concetto di riconoscibilità del pericolo rispetto a quello di prevedibilità.

Si era detto, in apertura di paragrafo, che la nozione di prevedibilità (*rectius* riconoscibilità), in qualunque modo la si voglia incasellare nella sistematica della colpa, deve atteggiarsi in senso relativistico-normativo. Un terzo elemento, di importanza cardinale, utile a demarcare il connotato normativo della riconoscibilità, risiede nel *criterio* sulla base del quale è orientato il giudizio sul dovere di riconoscere: da quale *punto di vista* l'ordinamento elabora la propria pretesa, e dunque su quale fondamento può affermarsi che l'agente concreto avrebbe dovuto riconoscere il pericolo. L'aspetto sarà approfonditamente trattato nel paragrafo che segue, ma basti sin d'ora evidenziare che anche tale elemento concorre a tratteggiare il ritratto normativo della riconoscibilità del pericolo¹²⁹.

Un'ulteriore precisazione si rende opportuna al fine di una migliore comprensione del rilievo e della necessaria autonomia concettuale della base ontologica. Si è detto che il bagaglio di conoscenze nomologiche

129 *Contra* GIUNTA, *Illiceità*, cit., p. 184, che sviluppa una critica al concetto di prevedibilità basata sul rilievo che essa “può variare solo sulla base degli elementi conoscitivi su cui si basa”, in quanto “non può mai avvenire interamente in concreto senza fondarsi sulla migliore scienza ed esperienza e senza confondersi dunque con il giudizio causale; a un tempo essa non può considerarsi interamente astratta senza incorrere nel rilievo che tutto è prevedibile”.

rappresenta quindi il necessario fascio strumentale per ricostruire un riconoscimento possibile della natura pericolosa di una situazione o comportamento. È altresì vero, però, che non può pretendersi dall'agente che egli, in ogni momento, applichi tali conoscenze, procedendo a riconnetterle alla situazione che lo circonda, così come dinamicamente investita dalle energie causali prodotte dal proprio intervento. In altre parole, occorre, affinché sia acclarata la riconoscibilità del pericolo, normativamente e relativisticamente intesa, che la situazione concreta fosse caratterizzata da "elementi idonei a fungere da «monito»"¹³⁰, dunque a consentire al soggetto di percepire la possibilità di sviluppo di decorsi lesivi. Tali elementi, in altre parole, fungono da connettore tra la situazione concreta, così come percepita dal soggetto, e le citate conoscenze nomologiche: ancora meglio, essi segnano il dovere, per il soggetto, di fare uso del proprio bagaglio conoscitivo, e in ultima analisi di rendersi conto delle potenzialità lesive, attualizzando il dovere di sapere, che altrimenti rimarrebbe piattaforma meramente astratta di conoscenze teoriche ed esperienziali.

Si tratta, dunque, di un insieme di dati, fattuali e giuridici, che rappresentano l' "occasione" (*anlass*) per applicare al caso concreto le leggi che descrivono successioni regolari, e riconoscere attraverso queste la possibilità di verifica del fatto antigiuridico. Evidentemente, ciò che rileva, ai fini di una valutazione improntata al dovere di sapere, non è tanto la effettiva rappresentazione, da parte dell'agente, di questi dati, quanto piuttosto che tali elementi caratterizzino la situazione concreta e *debbano* essere percepiti dal soggetto: ciò che è conoscibile, si ricorda, entra

130 FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 217.

direttamente nel perimetro della base nomologica. Non è sempre chiaro se con il concetto di “occasione” vada inteso l’intero “contesto situazionale” che caratterizza il caso concreto¹³¹, ovvero singoli elementi fattuali¹³², ma la differenza tra le due opzioni non va enfatizzata. L’importante è che sia rinvenibile un presupposto cognitivo per attivare il bagaglio nomologico, e questo può essere presente nella situazione complessiva o in singoli fattori significativi. Si pensi, ad esempio, alla situazione del guidatore che si appresta ad affrontare una curva pericolosa, sita all’esito di un tracciato rettilineo che facilita il procedere a velocità elevata, e alla condizione del medesimo soggetto che, nei pressi della curva, scorga (o possa scorgere) i fari di un’auto, proveniente dall’opposto senso di marcia, che sta improvvidamente effettuando un sorpasso: in entrambi i casi la base ontologica è in grado di invitare il soggetto ad adoperare la conoscenza nomologica, per inferire una prognosi di pericolosità (che ovviamente avrà contenuto diverso ed implicazioni comportamentali non sovrapponibili), e tanto basta ai fini della sussistenza di un dovere di sapere.

Quanto appena scritto rappresenta il raccordo ideale per approcciare il complesso tema dell’oggetto del giudizio di riconoscibilità, talora specificato nella questione della *descrizione* dell’evento prevedibile¹³³, e delle sue implicazioni sul dovere di sapere e sul dovere di (saper) fare,

131 V. ad es. la definizione riportata da PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D. Lgs. n. 231/2001) (Parte seconda)*, in Cass. Pen. 2013, pag. 842.

132 V. Forti, già citato, o anche PERIN, *La crisi del “modello nomologico” fra spiegazione e prevedibilità dell’evento nel diritto penale. Note introduttive e questioni preliminari sul fatto tipico colposo*, in Riv. it. Dir. proc. Pen., 2014, pp. 1371 ss.

133 Tra gli altri, v. FORTI, *La descrizione dell’evento prevedibile nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1983, pp. 1559 ss.; ; FORNARI, *Descrizione dell’evento prevedibilità del decorso causale: “passi avanti” della giurisprudenza sul terreno dell’imputazione colposa*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1999, p. 726 ss.

conseguente logico-normativo del primo.

Il problema principale, in tema di oggetto della riconoscibilità, è fissare il livello di dettaglio della prognosi. Può essere utile prendere le mosse da un esempio, il celebre caso del Pavillon: una devastante valanga si abbatté su una pista sciistica, nei pressi del Monte Bianco, cagionando la morte di un gruppo di sciatori. La pista era stata chiusa, nei giorni precedenti, per un'allerta meteo con connesso rischio valanghe; nonostante le previsioni meteorologiche confermassero tale pericolo, i gestori decisero di riaprirla, e il giorno stesso si verificò la disgrazia. La valanga fu determinata dal distacco di una enorme porzione del ghiacciaio del Colle del Gigante. Orbene, i giudici della Corte d'Appello di Torino annullarono la sentenza di condanna emessa in primo grado dal Tribunale di Aosta, rilevando la imprevedibilità dell'evento *hic et nunc*: in particolare, essi asserirono che l'evento oggetto di previsione avrebbe dovuto essere considerato non la "morte degli sciatori per effetto di una valanga", bensì la "morte degli sciatori per effetto del distacco di una parte consistente del ghiacciaio del Colle del Gigante che ha innescato la valanga". Dalla soluzione data al caso, può vedersi come, a seconda della opzione in punto di oggetto della prevedibilità, il giudizio di responsabilità muti radicalmente. Parte della dottrina si è espressa in senso adesivo, evidenziando come la giurisprudenza abbia inteso adoperare un concetto di prevedibilità comprensivo di tutti gli anelli causali che hanno condotto all'evento¹³⁴. Altre voci hanno avanzato delle perplessità, ritenendo che richiedere una perfetta corrispondenza tra l'accadimento verificatosi e il decorso oggetto del giudizio di riconoscibilità sarebbe irragionevole, per gli inconvenienti

134 V. la nota ad opera di Fornari, poco prima citata.

pratici e le storture metodologiche cui condurrebbe siffatto giudizio, ritenendo piuttosto che tale livello di specificazione dovrebbe essere adoperato, in ottica normativa, in sede di verifica della concretizzazione del rischio¹³⁵. Peraltro, l'impostazione appena descritta risulta preferibile anche ragionando sul piano della corretta esplicazione dei nessi, incardinati *ex ante*, tra rischio e efficienza preventiva delle regole di condotta. Tornando all'esempio dell'automobilista che si approcci repentinamente ad una pericolosa curva a gomito, magari in condizioni di asfalto sdruciolevole, l'oggetto del giudizio di riconoscibilità sarà rappresentato: *in primis*, dall'evento-tipo che può cagionarsi a seguito della condotta, da individuarsi nella morte o nelle lesioni dei soggetti coinvolti; in secondo luogo, dai segmenti essenziali del decorso ipotizzabile, individuati nella perdita di controllo della vettura, e nella conseguente uscita di strada, in alternativa ad un'eventuale invasione dell'opposta corsia con collisione con altri mezzi. Che l'uscita di strada ad alta velocità si caratterizzi poi, in concreto, per un ribaltamento della vettura, o per lo schianto con oggetti posti ai margini della carreggiata, o per una frenata subitanea tale da determinare lesioni, è un particolare che nulla toglie all'area di rischio determinata nei suoi passaggi essenziali. Ancor più specificamente, può dirsi che, laddove, come sovente accade, il decorso si caratterizzi per un evento intermedio (la valanga del caso Papillon) che conduce eziologicamente all'evento lesivo finale, basterà la prevedibilità di tale anello della catena causale, perché il rischio possa dirsi riconoscibile. Ragionare in senso contrario e pretendere una

135 ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in Studi in onore di G. Marinucci, II, Milano 2006, pp. 1304-1306.

riconoscibilità totalizzante, avrebbe l'effetto pratico di paralizzare il giudizio di colpa in quasi tutti i giudizi dotati di una successione causale mediamente complessa.

5. Il criterio di valutazione della violazione del dovere e di individuazione delle regole di cautela: l'agente modello;

In materia di colpa, la ricerca del criterio da adoperare per conferire una fisionomia relativistico-normativa al dovere di riconoscere e di fronteggiare il pericolo si dipana in un territorio segnato, anzitutto, dall'esigenza di non potersi limitare alla considerazione del punto di vista del soggetto agente: la subiettivizzazione integrale del giudizio sul dovere infatti, oltre a condurre l'indagine in problematiche secche deterministiche, porterebbe a giustificare ogni azione colposa, in quanto tutte le caratteristiche proprie dell'agente concreto assurgerebbero a base di partenza del giudizio, e non a suo oggetto, senza considerare quelle condizioni personali (ad esempio, di scarsa perizia o difettosa conoscenza) che l'ordinamento potrebbe usualmente pretendere diverse da come si atteggiavano nel caso specifico¹³⁶.

La individuazione del criterio utile a discernere le fattezze della regola di condotta e, più in generale, l'atteggiarsi del dovere nella sua duplice dimensione (di riconoscere il pericolo; di neutralizzarlo o ridurlo entro il consentito), sul piano metodologico, è realizzata "personificando"

¹³⁶ BASILE, op.cit., p. 10 dell'estratto.

l'ordinamento in un soggetto che esprime standard di comportamento coerenti con le pretese avanzate¹³⁷. Da questo angolo visuale, l'agente modello rappresenta anzitutto, prima che concettualizzazione giuridica, una semplificazione ai fini di accertamento: antropomorfizzando i concetti di riconoscibilità ed evitabilità, esso consente il raffronto, teoricamente agevole, tra il modo di agire del soggetto concreto e il modo di agire prescritto dall'ordinamento, da individuarsi proprio calando un soggetto ideale nella situazione di partenza.

È dunque innegabile, d'un lato, che lo scopo primario dello strumento dell'agente modello sia l'individuazione dello standard di comportamento preteso¹³⁸. In ottica analitica, parte della dottrina ha, a questo riguardo, nonché ovviamente in ordine alle regole di cautela formalizzate, operato una *summa divisio*, basata sulla attitudine preventiva, tra regole proprie (tese alla eliminazione del rischio) e regole improprie (orientate alla sua riduzione)¹³⁹.

Deve anche precisarsi che tale strumento si presta, oltre che al dovere di fronteggiare in un certo modo il pericolo, anche alla commisurazione del dovere di riconoscerlo. Distintamente, nella fase del riconoscimento del pericolo, l'agente modello verrà in rilievo, quale strumento euristico di ricostruzione del dovere, in due momenti. In primo luogo, si ricorrerà all'agente modello al fine di individuare le conoscenze nomologiche rilevanti per la prognosi di rischio: esse infatti non sono rappresentate dall'intero bagaglio nomologico disponibile al tempo della condotta, ma

137 Sull'agente modello, tra i primi autori nella letteratura italiana, v. MARINUCCI, *La colpa*, cit., pp. 215 ss.

138 FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 237.

139 VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

soltanto da quello che l'agente ideale, nel momento dato, era in grado di padroneggiare.

In secondo luogo, sempre nel tratteggio del dovere di riconoscere, l'agente ideale verrà in rilievo anche per la delimitazione della base ontologica di riferimento. Si è puntualizzato poc'anzi che la base del giudizio prognostico rilevante per la colpa, in ossequio all'impronta relativistico-normativa generale, deve necessariamente intendersi quale piattaforma parziale. Essa in particolare ricomprende i dati conosciuti e *conoscibili*: per conoscibilità s'intende per l'appunto il connotato dei dati materiali che l'agente modello avrebbe percepito e le eventuali significanze (giuridiche, comunicative, genericamente simboliche) che questi avrebbe connesso, all'occorrenza, al sostrato materiale percepito. La stessa situazione di partenza è dunque risultato di una ricostruzione normativa attuata (anche) per mezzo dello strumento dell'agente modello; questo, poi, va calato nel contesto situazionale, composto dei dati conosciuti e conoscibili, al fine di delinearne l'ipotetico comportamento dinanzi al paventato pericolo di eventi lesivi per i beni giuridici.

Accanto a tale funzione, genetica e connaturata al concetto di agente modello come termine di comparazione, parte della dottrina ha evidenziato come non possa sottovalutarsi il profondo intreccio che intercorre tra agente modello e dimensione del rischio consentito: in tal guisa, l'agente modello sarebbe espressione delle complesse valutazioni, in tema di bilanciamento di interessi, che presiedono alla identificazione e delimitazione delle attività pericolose autorizzate. In questo senso, prim'ancora che nel delineare le regole di comportamento, la funzione

tipizzante della figura ideale sarebbe volta a tracciare i confini del penalmente rilevante¹⁴⁰. La puntualizzazione non è priva di interesse, ma ritiene chi scrive che la funzione primaria dell'agente modello debba rimanere quella di enucleazione del comportamento doveroso: di riflesso, laddove si riscontri un rischio riconoscibile (per l'agente modello) e al contempo si asseveri che la figura ideale si sarebbe comportata in modo uguale all'agente concreto, cagionando l'evento, potrà affermarsi che la vicenda gravita nell'orbita del rischio consentito.

L'agente modello, dunque, è lo strumento espressivo dei termini del dovere che involge ogni soggetto concreto determinatore attivo, con energie causali sprigionate da una propria azione, della proiezione di pericolo. A questo punto, evidentemente, occorre capire quale sia la caratterizzazione dell'agente modello. In dottrina si tracciano, a questo proposito, due punti fermi. Il primo è dato dall'inutilizzabilità della figura civilistica del "buon padre di famiglia": il riferimento all'indefinita medietà, infatti, mal si acconcia ad esprimere le esigenze preventive connesse ad un tipo di società caratterizzato da plurime specializzazioni, diverse aree operative, sovente tecnicizzate, linguaggi specifici e parcellizzati: è evidente che nel calibrare il parametro normativo si debba necessariamente operare una relativizzazione dei doveri esigibili, tanto per esigenze di prevenzione di lesioni ai beni giuridici (si pensi agli standard di comportamento che possono pretendersi in ambito operatorio da un cardiocirurgo, di certo lontani da quelli avanzabili all'uomo medio); quanto di corretto funzionamento dei complessi meccanismi

¹⁴⁰ PREZIOSI, *Dalla pluralità di agenti modello al pluralismo dei modelli di agente: verso la frammentazione del reato colposo di evento*, in Cass. Pen., 2011, pp. 1985 ss.

sociali segnati dall'incrociarsi di attività pericolose autorizzate, nel quale il principio di affidamento, su cui si tornerà, richiede la possibilità di confidare in una (altrui) diligenza atteggiata in senso conforme alle esigenze del contesto di riferimento¹⁴¹.

D'altro canto, non è pensabile che il modello di riferimento sia rappresentato dall'esperto universale, dotato della migliore scienza ed esperienza¹⁴²: il ricorso a tale figura frusterebbe ogni esigenza di relativizzazione, anche nell'ottica di un diritto penale nel quale la responsabilità assume carattere personale, e finirebbe col consentire un inesorabile scivolamento della colpa verso la responsabilità oggettiva. Tanto l'uomo medio quanto l'uomo accortissimo sono inadeguati alla esigenza di differenziazione di cui è portatrice la moderna società tecnologica¹⁴³.

segue: le note distintive dell'agente concreto rilevanti ai fini della costruzione della figura ideale e il problema delle cognizioni superiori

Per chiarire le connotazioni dell'agente modello, occorre dunque partire dal rilievo che esso consiste in una astrazione normativa dall'agente reale: è dall'agente reale, e da talune sue caratteristiche, che occorre muovere per costruire la figura ideale¹⁴⁴, seguendo il criterio di innalzare a parametri rilevanti le connotazioni dell'agente concreto che siano dotate, nella situazione concreta, di significatività per calibrare la pretesa mossa

141 BASILE, *passim*.

142 Nella manualistica, invece v. MANTOVANI, op.cit., pp. 328 ss.; cfr. altresì GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, pp. 397 ss.

143 V. anche DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in Studi. Urbinati, 1977-78, pp.280 ss.

144 GROSSO, *Alla ricerca di una prospettiva di individuazione delle regole cautelari*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2016, pp. 157-158.

dall'ordinamento.

L'individuazione delle "note distintive", proprie del soggetto agente, utili alla costruzione dell'agente ideale di riferimento, muove proprio dall'esigenza di differenziazione predicata poc'anzi: muovendo dall'agente concreto occorrerà isolarne le caratteristiche che consentono di enucleare un "circolo di rapporti", dunque un gruppo sociale di soggetti che si connotano in senso simile. Tale circolo potrà riflettere caratteristiche delle persone appartenenti (la giovane o tarda età, il sesso) ovvero connotati di natura genericamente tecnico-modale (la professione o l'ufficio svolto): ciò che rileva è l'isolabilità di un gruppo definito, ritagliato nella compagine sociale. In linea tendenziale, le note distintive atte alla proiezione su un circolo di rapporti sono state individuate: nella professione o mestiere svolto dal soggetto agente; nell'attività posta in essere, pur non corrispondente ad un ufficio (si pensi alla caccia); nell'età del soggetto; nella caratteristiche "durature ed immodificabili (o difficilmente modificabili) della sua struttura fisica¹⁴⁵.

Rispetto al paradigma metodologico evocato in tale elencazione, vanno operate delle precisazioni. In primo luogo, non è detto (anzi, è invero molto raro) che i criteri indicati debbano essere adoperati congiuntamente per ricavare il circolo di rapporti di riferimento: esso dipende dai connotati del comportamento posta in essere, e rileveranno, in tal senso, solo quelle caratteristiche che presentino un collegamento funzionale pregnante con il tipo di attività svolta (così, ovviamente, per un medico che si pone alla guida, il parametro di riferimento sarà l'automobilista modello). In secondo luogo, con riferimento alla professione, essa è

¹⁴⁵ BASILE, *passim*.

suscettibile di essere declinata secondo livelli di specializzazione vieppiù specifici, e produttivi di pretese di comportamento diverse, essendo configurabile “una pluralità di tipi di diligenza all’interno di uno stesso genere di attività”¹⁴⁶: si pensi, nel campo della medicina, al medico di famiglia, allo specializzando, al medico di pronto soccorso, al primario professore universitario¹⁴⁷. Quel che rileva, affinché si afferisca al circolo di rapporti – anche specialistico- è l’esercizio effettivo dell’attività corrispondente; non è decisivo il dato dell’ingresso “formale” nel circolo di rapporti (asseverato dal conseguimento di specializzazioni o puntuali autorizzazioni), purché, evidentemente, l’assunzione oggettiva del ruolo sia spontanea, dunque non indotta da una situazione costringente (si pensi al figlio non patentato che, a fronte del malore del padre, guidi l’auto per condurlo all’ospedale) e riconoscibile nel suo profilo specialistico (si pensi al trasporto materiale pericoloso, che abbisogna di cognizioni e padronanze modali particolari, proprie solo di un gruppo ristretto di autotrasportatori, del quale un “generico” autista di camion non possa avvedersi)¹⁴⁸.

Quanto alle menomazioni fisiche, esse potranno rilevare, in ragione del principio dell’affidamento, su cui si tornerà, a patto che siano riconoscibili da parte degli altri consociati e che il soggetto menomato non intraprenda “spontaneamente” (dunque, come si precisava, con riconoscibilità dei rischi specifici) una attività che richiede, per essere espletata, prerogative che gli sono negate proprio a causa della sua difettosità¹⁴⁹. Non potranno

146 MARINUCCI, *op.ult.cit.*, p. 198.

147 ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, vol. II, Giuffrè, 2006, p. 1295.

148 Per le precisazioni e gli esempi, cfr. FORTI, *op. cit.*, pp. 237 ss.

149 BASILE, *op. cit.*, p. 17.

evidentemente rilevare, invece, le qualità negative afferenti alla sfera psico-caratterologica ed emotiva (svogliatezza, superficialità, indifferenza).

Altra questione è rappresentata dalla possibile rilevanza dei deficit culturali ed esperienziali. Essi, invero, quasi per definizione non dovrebbero rilevare ai fini della contravvenzione al dovere, in quanto segnano un livello di preparazione e competenza, da parte dell'agente concreto, inferiore rispetto agli standard espressi dal circolo dei rapporti. Proprio tale considerazione induce però a precisare il concetto: se la lacunosità è individuale, e demarca il profilo singolare dell'agente rispetto al proprio gruppo di riferimento, non potrà evidentemente assurgere a criterio; se invece il deficit è proprio di un sottogruppo di soggetti, isolabile nella compagine sociale quale circolo di rapporti caratterizzato da lacune di carattere culturale ed esperienziale, sarà concepibile che lo standard di comportamento richiesto dall'ordinamento si commisuri alla lacuna, escludendo la violazione del dovere (l'esempio di scuola, a tal riguardo, è l'anziana contadina che disconosce il meccanismo automatico di apertura e chiusura delle porte della metropolitana, non impedendo al nipotino di appoggiarvisi e cadere¹⁵⁰).

La tematica delle conoscenze e competenze superiori (si badi, non afferenti alla base ontologica del giudizio), padroneggiate dall'agente concreto, rispetto a quelle proprie dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*, è ampiamente dibattuta in dottrina, anche per i suoi riflessi sistematici. Da un lato, parte degli autori¹⁵¹, in convergenza con una

150 ROMANO, *Commentario*, cit., par. 102. L'esempio è citato anche perché vi si tornerà in tema di omissione impropria.

151 GALLO, voce *Colpa*, cit., p. 640; MARINUCCI, *La colpa*, cit., p. 195. Cfr. anche BASILE, op.

maggioritaria sezione della letteratura tedesca, opinano nel senso di tenerle in considerazione per tracciare la fisionomia del dovere: la soluzione contraria implicherebbe da un lato la rinuncia ad una praticabile e non invasiva possibilità salvifica per i beni giuridici; dall'altro, mandare esente da pena un soggetto che si è mantenuto al di sotto dei propri standard, solo perché la media non possiede le sue stesse prerogative. L'opzione sortisce significativi risvolti sistemati, dal momento che, opinando nel quadro della cd. doppia misura, rappresenta un'eccezione al carattere obiettivo di un dovere di diligenza inquadrato nella dimensione della tipicità, introducendo un momento valutativo puramente incentrato sulle caratteristiche concrete dell'agente, dunque un giudizio individualizzante la cui sede naturale sarebbe la colpevolezza. Ciò spiega, peraltro, perché tale impostazione rappresenti un "argomento forte" delle tesi che attribuiscono, anche sistematicamente, alla violazione del dovere un'impronta soggettivistica¹⁵².

Altra parte della dottrina ritiene che il comportamento dell'agente debba essere pur sempre valutato alla stregua del proprio circolo di rapporti, in quanto il diritto penale può pretendere da chi agisce il livello ordinario di diligenza, e non "sempre e comunque, lo sfruttamento integrale delle sue capacità e conoscenze eccezionali"¹⁵³. La tesi appena esposta è condivisibile: da un lato, la accresciuta possibilità salvifica del bene giuridico, in questo caso, non rileva, in quanto i livelli di protezione degli interessi rilevanti sono stati già parametrati dall'ordinamento, nelle valutazioni afferenti al cd. rischio consentito, e calibrati sulla misura di

cit., p. 26.

152 Sul punto, v. GROTTA, op.cit., pp. 193 ss.

153 MANTOVANI, op. cit., 337. Cfr. altresì GIUNTA, *Illiceità*, cit. pp. 242 ss. .

diligenza richiesta al soggetto appartenente al rispettivo circolo di rapporti. Le valutazioni sull'opportunità di punire chi non abbia adoperato le proprie eccezionali competenze, d'altro lato, sembrano obliterare che il soggetto è pur sempre incorso in una causazione *involontaria* dell'evento, che può rilevare solo se egli si sia posto al di sotto di un livello di diligenza che il diritto calibra sulla base del contesto sociale di riferimento; la marcatura della riprovazione sembrerebbe, piuttosto, opportuna in una situazione -diametralmente opposta già in sede di tipicità, in quanto connotata dal coefficiente doloso- in cui il soggetto si sia *volutamente* mantenuto al di sotto delle proprie possibilità.

***segue:* brevi chiarimenti sul principio di affidamento**

Il quadro così delineato si struttura, dunque, nel doveroso riconoscimento del pericolo, cui consegue, in capo all'agente concreto, l'obbligo di agire in un certo modo ovvero, a determinate condizioni, di astenersi dall'agire, secondo le linee di comportamento cui si sarebbe attenuto un esponente (di qual fatta si vedrà dappresso) del circolo di rapporti di appartenenza. Talora, nell'ambito della enucleazione del contenuto del (duplice) dovere di diligenza, la dottrina fa riferimento a criteri ulteriori, in realtà più che altro "esplicativi" del contenuto del dovere: essi infatti, in presenza di situazioni particolarmente caratterizzate, indicano parametri più precisi per individuare la regola di condotta. Tale processo euristico, comunque, rimane sempre *coerente rispetto all'architettura complessiva della colpa*, edificata nel quadro dei principi costituzionali, e non ne rappresenta una deviazione eccettuativa.

Tra questi parametri, ad esempio, è ascrivibile il rischio consentito, che indica come in alcuni casi l'ordinamento accetti il rischio di verificazione di eventi lesivi, senza accollarlo all'agente: sul piano dell'individuazione del dovere, *l'impostazione e la metodologia non mutano*, ma le regole di condotta, da seguire una volta riconosciuto il pericolo, mireranno alla sua mera riduzione. Ne deriverà che, laddove dovesse prodursi l'evento a seguito di condotta rispettosa delle regole di cautela, esso non sarà ascrivibile al soggetto agente in quanto egli si è comportato conformemente alle direttive dell'ordinamento o, se si preferisce, in modo analogo a come l'agente modello, afferente al suo circolo di rapporti, avrebbe agito¹⁵⁴.

Analogamente, nel senso del carattere esplicativo del concetto, può dirsi del principio di affidamento¹⁵⁵. Esso prescrive che nella formazione della regola cautelare di condotta da rispettare nel compimento di una data attività, si parta dal presupposto che i consociati, la cui azione dovesse trovarsi ad interferire con quella dell'agente concreto, si comporteranno in maniera diligente. In tal senso, per quel che interessa in questa sede, la fisionomia del duplice dovere di cautela, in capo all'agente, si modellerà sui decorsi promananti in via esclusiva dalla sua condotta: al soggetto non verrà quindi richiesta una misura di diligenza più ampia, un *surplus* conoscitivo e prudenziale orientato a eliminare o ridurre anche i rischi innescati da possibili negligenze altrui.

Il principio rappresenta dunque un'espressione del canone costituzionale

154 Per il carattere in questo senso definito "esplicativo" del rischio consentito, v. FORTI, voce *Colpa*, cit., *passim*.

155 Ancora FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 280 ss., che ritiene il principio dell'affidamento coerente al canone dell'agente modello, ai fini della ricostruzione della regola cautelare.

della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma I, della Costituzione) perché impedisce che il soggetto venga considerato responsabile anche per le altrui negligenze, che incrociassero causalmente la sua condotta, determinando una sinergia lesiva.

Ulteriore fondamento costituzionale dell'affidamento s'individua nel principio di ragionevolezza e proporzionalità, di cui all'art. 3. Se la colpa penale è deputata a disciplinare la libertà, fissando dei livelli sociali di gestione (e di tolleranza) del rischio, è ragionevole che i doveri siano calibrati sulla aspettativa, da parte del soggetto può aspettarsi, che tutti i rimanenti consociati si comportino in modo conforme a tali standard¹⁵⁶.

Sempre gravitando sul piano dei principi, va evidenziato come, nell'ottica del *favor libertatis*, imporre un ulteriore livello di diligenza legato alla astratta possibilità di altrui violazioni delle cautele implichi, evidentemente, una penalizzazione ingiustificata del soggetto, dal momento che determina un abbassamento dei suoi spazi di libertà d'azione¹⁵⁷.

Sul piano della definizione del contenuto della regola cautelare da seguire nel caso concreto, il principio di affidamento, affermando la necessità di ritagliare la regola solo con riguardo all'agire del singolo individuo, presenta una duplice implicazione. Da un lato, come accennato, il principio nella sua essenza proclama che non è possibile operare una dilatazione del dovere di diligenza tale da ricomprendere anche la cautela necessaria a prevenire i pericoli legati all'altrui negligenza.

156 Per questo riferimento al tessuto costituzionale, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, pp. 127 ss.

157 Per questa considerazione, v. LORETO, *Omicidio colposo*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA (a cura di), *Trattato dei reati contro la persona*, vol. I, Padova, 2006, p. 508.

Dall'altro, correlativamente, il principio di affidamento non consente che il dovere di diligenza a carico del singolo possa *restringersi* in tutti i casi in cui l'agente abbia violato i propri doveri precauzionali, creando un indebito rischio, ma possa attendersi che il diligente intervento di un altro soggetto sopravvenga a rimuovere quel pericolo. L'aspettativa di operato diligente da parte degli altri consociati non può significare un abbassamento degli standard conoscitivi e operativi che gravano sul singolo nello svolgimento di attività rischiose. Se sull'individuo va ricostruita la regola cautelare, dunque, si deve ritenere che questi abbia violato la diligenza oggettiva anche nei casi in cui, contemporaneamente o successivamente al suo operato, sia destinato ad agire un altro soggetto che possa diligentemente rimediare. Alle volte la dottrina autonomizza concettualmente questo aspetto definendolo "principio del corretto comportamento proprio" ed affiancandolo all'affidamento per disciplinare la pretesa di cautela in caso di interferenza tra più condotte¹⁵⁸. A questo riguardo, va anche evidenziato come l'affidamento venga in rilievo, in direzione esogena, anche nella corretta interpretazione dei criteri di configurazione dell'agente modello. Nel porre in evidenza i singoli tratti che dall'agente concreto, attraverso la proiezione di alcune "note distintive", consentono di procedere all'ipostatizzazione nella figura ideale, si è visto come alcuni connotati del soggetto (segnatamente, le menomazioni fisiche) possano assumere rilievo soltanto se riconoscibili. Tale rilievo è un'applicazione del principio di affidamento, non nella sua usuale valenza esplicativa del procedimento di formazione della regola cautelare, ma come precipitato diretto dei principi costituzionali (di

158 MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 342 ss.

personalità della responsabilità, di libertà individuale, di ragionevolezza) dei quali si fa portatore.

Il limite generale del principio di affidamento, coerentemente con i suoi principi giustificativi, è individuato nella riconoscibilità del pericolo della altrui inosservanza dell'obbligo di diligenza¹⁵⁹. Fintantoché l'agente può confidare che tutti i consociati la cui azione interferisce con la propria si comporteranno in modo conforme alle pretese dell'ordinamento, è ragionevole che egli possa modellare la propria condotta tenendo conto esclusivamente di se stesso. Quando, al contrario, l'agente conosce (o è in condizione di conoscere) la inadeguatezza dell'altrui operato sul piano della prevenzione dei pericoli, la regola cautelare che disciplina le sue modalità d'azione dovrà definirsi anche sulla base della esigenza di fronteggiare tale inadeguatezza. Trattasi di impostazione coerente con l'assetto generale della colpa penale, le cui modalità di gestione socialmente orientata del rischio, quando siano percepiti segnali dell'altrui negligenza, devono modificarsi e tenere conto anche delle conseguenze dannose di un'interferenza tra condotte. Se il soggetto non uniformasse la propria condotta a questo nuovo (e più alto) livello di cautele potrebbe essere ritenuto personalmente responsabile dell'evento illecito prodotto dalla interazione.

In presenza di segnali che rendano riconoscibile il pericolo della altrui inosservanza dell'obbligo di diligenza, sull'agente dunque incombe una nuova regola cautelare¹⁶⁰, diversa da quella che caratterizzerebbe il suo

159 FORTI, *op. e loc. ult. cit.*

160 Interessanti le precisazioni operate sul punto da CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, pp. 489 ss., che parla di una differente regola cautelare, che può caratterizzarsi per un *surplus* di prudenza, ma non di perizia o diligenza.

operare singolo, ovvero un obbligo secondario e ulteriore di prevenire anche i rischi ingenerati dalla negligenza non propria¹⁶¹.

Come spesso accade, peraltro, in tema di affidamento, occorre operare una specificazione speculare: quando il soggetto agente si trovi in condizioni tali da non poter rispettare il proprio dovere di cautela, lo stesso contenuto di esso si esplicherà nel senso di rendere edotti gli altri consociati di quella inadeguatezza preventiva momentanea. Così, il guidatore accortosi di un improvviso malfunzionamento della vettura, procederà a bordo della strada, sino alla successiva piazzola di sosta, mantenendo una velocità di marcia molto bassa ed azionando il segnale luminoso di pericolo, a beneficio degli altri soggetti che dovessero trovarsi ad interferire con la sua azione. Ciò valga ad evidenziare l'immanenza del principio di affidamento all'istituto della colpa, in particolare nei settori caratterizzati da copiose interazioni involontarie tra condotte diverse.

L'architettura appena delineata è inevitabilmente destinata a complicarsi laddove venga in rilievo uno specifico obbligo giuridico di impedimento di eventi lesivi. La questione sarà affrontata nel prossimo capitolo.

6. Il dibattito sull'agente modello in senso deontico

Il percorso appena tracciato, descrittivo del metodo di costruzione del contenuto del dovere, poggia su una esigenza presupposta, ma sovente sottaciuta: l'agente concreto è fruitore e non creatore della regola cautelare. In un diritto penale improntato alla personalità della responsabilità penale, e alla saldatura profonda tra quest'ultima e la

¹⁶¹ MANTOVANI, *op. e loc. ult. cit.*

legalità, all'insegna della "certezza di libere scelte d'azione"¹⁶², le misure preventive, atte a scongiurare l'evento o ridurre il rischio entro la misura consentita, devono essere effettivamente conoscibili per l'agente concreto. Ciò, del resto, risulta coerente con lo scopo genetico dell'istituto della colpa penale, quale strumento disciplinativo del corretto esercizio della libertà nei contesti sociali.

L'esigenza di predeterminazione della cautela rappresenta, a parere di chi scrive, il nucleo garantistico della colpa penale, e offre criteri per individuare la soluzione di un'antica questione in tema di fisionomia della diligenza e interpretazione dello strumento dell'agente modello¹⁶³: questi deve incarnare la medietà, o se si preferisce la maggioranza, degli esponenti del circolo dei rapporti, ovvero va inteso in senso *deontico*, come personificazione di un'istanza di *impiego massimo delle competenze* del proprio gruppo di riferimento, indipendentemente dagli attributi della media? O, in altre parole, la diligenza è rappresentata da ciò che viene praticato usualmente, ovvero da ciò che *deve* essere fatto nel campo di azione interessato¹⁶⁴?

La risposta solitamente fornita dalla dottrina è nel senso di affermare la necessità di un approccio deontico, sulla base di due argomentazioni: la media degli operatori si connota per sciattezza e superficialità, che non possono essere elevate a norma di comportamento; considerare la diligenza come ciò che usualmente si pratica significherebbe soffocare qualunque empito al miglioramento dei livelli di prevenzione,

162 Parole della Corte Costituzionale, nella epocale sentenza n. 364 del 1988.

163 Cfr. MARINUCCI, *La colpa*, cit. pp. 187-188. Lo stesso autore ha di recente affrontato la questione relativa alle pretese cautelari di adeguamento alle innovazioni tecnologiche

164 ATTILI, *L'agente-modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, pp. 1240 ss.

condannando le misure protettive ad un perdurante appiattimento¹⁶⁵.

Di recente, tale impostazione è stata rinverdata da autorevole dottrina, con specifico riguardo al settore dei rischi e delle innovazioni di carattere tecnologico, in un'analisi comprensiva anche di valutazione inerenti al campo dell'analisi economica del diritto¹⁶⁶. Nel quadro dell'analisi così condotta, muovendo dalla premessa che al settore risultano inapplicabili le regole della cost/benefit analysis, in quanto il rischio involge beni non patrimoniali, si è ribadita l'opzione per la accezione deontica. Lo standard preventivo deve, in questa impostazione, orientarsi alla "massima sicurezza tecnologicamente fattibile"; in ossequio al criterio dell'agente modello inquadrato nel circolo di rapporti, si è evidenziato che le soluzioni cautelari devono comunque essere reperibili sul mercato e disponibili per gli operatori del settore interessato. Su queste basi, l'illustre autore ha criticato la presa di posizione della Corte Costituzionale, espressa nella nota sentenza 312 del 1996: nell'interpretare una specifica norma preventiva volta a fronteggiare i pericoli scaturenti dall'esposizione al rumore nei luoghi di lavoro, la Consulta ha puntualizzato che l'obbligo di riduzione di siffatti rischi deve essere assolto ricorrendo alle misure "generalmente applicate". La presa di posizione è ancor più significativa, tenendo conto che il tenore letterale della disposizione oggetto del sindacato (che faceva riferimento alle misure "concretamente attuabili") avrebbe agevolmente consentito un'opzione ermeneutica adesiva all'approccio deontico.

Ricavare dall'arresto appena citato un'opzione dommatica in tema di

165 V. BASILE, op. cit., p. 12.

166 MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche : costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in Riv.it.dir.proc.pen., 2005, pp. 29 ss.

responsabilità colposa sarebbe invero eccessivo. La sentenza risulta però significativa per i suoi riverberi sulla colpa penale, a parere di chi scrive, perché il nucleo motivazionale s'incentra sul rispetto del principio di legalità *sub specie* determinatezza della fattispecie criminosa¹⁶⁷. Ciò consente di ricollegarsi a quanto si rilevava in apertura di paragrafo sulla necessaria disponibilità per l'agente concreto delle regole di cautela da rispettare: non v'è dubbio che interpretando l'agente modello in senso "sociologico", calibrato sulla maggioranza o sulla media, dunque improntando le regole di condotta alle prassi seguite all'interno del circolo di rapporti, le condizioni di fruibilità della regola si accrescano notevolmente¹⁶⁸. Al contrario, l'ottica deontica si insinua nello iato (inevitabile) sussistente tra chi è coinvolto *ex ante* nella vicenda e chi, *ex post*, si trova dinanzi un evento lesivo, e facilita la tendenza a reputare la verifica sempre prevedibile ed evitabile, anche in ossequio a valutazioni fondate *precomprensivamente* sul bisogno di pena. Va peraltro considerato che, nelle visioni deontiche, all'agente concreto è esplicitamente attribuito un ruolo di perdurante garanzia della efficacia preventiva della regola di condotta: lo standard di tutela eventualmente cristallizzato nella prassi deve essere sempre e comunque convalidato da una prognosi salvifica che grava sul soggetto¹⁶⁹.

In altre parole, il contenuto del dovere, calibrato in ottica deontica, non è adeguatamente leggibile dall'agente concreto: le esigenze di

167 Cfr il punto 3 del Considerato in diritto: "la sola via per rendere indenne l'art. 41, comma 1, del d.lgs. n. 277 del 1991 dalla denunciata violazione dell'art. 25 della Costituzione è, allora, quella di fornirne, in sede applicativa, una lettura tale da restringere, in maniera considerevole, la discrezionalità dell'interprete".

168 ATTILI, *op.ult.cit.,passim*.

169 GIUNTA, *Illiceità*, cit. p. 176.

predeterminazione legalitaria e di personalità della responsabilità sembrano sacrificate in vista delle istanze di preservazione di beni giuridici.

Si deve pure segnalare, come evidenziato da dottrina minoritaria orientata nel senso appena descritto, che la minore efficienza dell'ottica sociologica sul piano della prevenzione di effetti dannosi potrebbe trovare rimedio nella positivizzazione di regole cautelari¹⁷⁰: laddove si riscontrasse una fallacia preventiva nelle prassi cautelari proprie di un certo campo di azione, il legislatore dovrebbe attivarsi per codificare, per quanto possibile, norme preventive (queste sì) orientate alla massimizzazione degli standard securitari, imponendo le migliori soluzioni disponibili sul mercato. Il compito di innalzare il livello di tutela non può essere attribuito al singolo agente concreto, imponendogli di ipotecare la propria libertà muovendosi nell'indeterminazione cautelare.

La tesi appena descritta e qui condivisa, per vero rappresenta un lenimento di quelle autorevoli teoriche che, constatando l'inaccettabile condizione di indeterminatezza delle regole cautelari e rilevando che esse vengono create ex post dal giudice in modo adattivo alle istanze di impedimento dell'evento prodottosi, mirano a superare il criterio dell'agente modello¹⁷¹. La figura ideale, quasi ad assurgere a "cattivo consulente" del giudice¹⁷², sarebbe il viatico per una costruzione in cui la ricerca giudiziale tende, semplicemente, a verificare se fosse possibile praticare una condotta che avrebbe consentito di evitare la verifica

170 ATTILI, *passim*.

171 GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 1295 ss.; ID, *La legalità della colpa*, cit.; ID, *La normatività della colpa penale*, cit.

172 GIUNTA, *I tormentati rapporti*, cit., p.

dell'evento: una ricerca destinata, quasi sempre, a sortire esito positivo. Da questo, l'esigenza di un superamento, all'insegna degli usi cautelari praticati dal corpo sociale: nel segno della determinatezza, tali usi vanno intesi come vere e proprie consuetudini, integrative del precetto in forza del richiamo di cui all'art. 43 c.p.¹⁷³.

La tesi, per quanto affascinante, non convince appieno: per la difficoltà di qualificare le prassi cautelari come usi forniti dei predicati della *diuturnitas* e della *opinio iuris atque necessitatis*; per la scarsezza e la rigidità delle consuetudini così praticate, tale da lasciare scoperto un largo fascio di rischi, rispetto ai quali non potrebbe configurarsi comportamento diligente. Invero, a parere di chi scrive, la figura modello rappresenta un criterio non superabile, perché consente, pressoché in ogni situazione suffragata da sufficienti conoscenze nomologiche, di costruire un comportamento ipotetico, che assurgerà ad oggetto del dovere. Fondamentale appare, d'altro canto, non cedere alle accezioni deontiche, che rendono inattuabile la regola per l'agente concreto, e piuttosto rifarsi ad un criterio che tenga conto del comportamento della maggioranza degli esponenti del circolo di rapporti nella situazione data.

7. Il principio di precauzione

Nei contesti tecnologicamente avanzati il dovere di riconoscere un pericolo e quello conseguente di adottare regole di cautela rischiano di stemperarsi e smarrire la specificità necessaria al paradigma liberal-personalistico: le fattezze del rischio sono sibilline e talora inafferrabili nella potenzialità distruttiva, e le misure prevenzionistiche sono soggette

¹⁷³ GIUNTA, *La normatività*, cit., pag. 7 dell'estratto.

al fluido e mutevole atteggiarsi strumentale delle tecniche e delle macchine.

Si è visto, nelle pagine che precedono, come il paradigma colposo richieda indefettibilmente, ai fini del giudizio di responsabilità, che l'agente potesse disporre di conoscenze nomologiche tali da consentirgli di rappresentarsi la situazione di pericolo per i beni giuridici, connessa alla propria azione. Si è altresì chiarito come l'oggetto del riconoscimento sia rappresentato dal tipo di evento prodottosi e dagli anelli essenziali della catena eziologica (segnatamente, gli eventi intermedi che segnano la connessione causale).

Il principio di precauzione decostruisce questo segmento della responsabilità colposa¹⁷⁴. Esso è destinato ad operare, secondo parte minoritaria della dottrina, nel momento in cui i connotati del rischio connesso ad una situazione non sono pienamente comprensibili, in quanto il sapere scientifico sul decorso causale di riferimento non è "certo". L'obbligo precauzionale, secondo tale prospettazione, sorgerebbe in presenza di segnali fattuali anomali, in quanto prefigurativi di un rischio, genericamente inteso, per i beni giuridici. Tali segnali impongono all'agente un obbligo, preliminare ed intermedio, di approfondimento ed aggiornamento: laddove tale opera di ricerca, condotta dall'agente concreto, fosse confermata da studi scientifici, si innesterebbe un obbligo ulteriore, di adozione di specifiche cautele operative volte ad obliterare quel rischio. Si deve precisare che, trattandosi di decorsi non illuminati da cognizioni nomologiche certe e consolidate (dunque, confortate dal

¹⁷⁴ Per la teorizzazione in seguito esposta del principio di precauzione, 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*, Milano, vol. II, 2006, 1743 e s

sostegno della comunità scientifica), tanto la preliminare fase di prefigurazione quanto la successiva fase di acquisizione di dati dovranno essere imperniate su “ipotesi” e “congetture ricavabili dagli studi e dai dati disponibili nel mondo scientifico”¹⁷⁵.

È opportuno precisare che tale principio opera in assenza di cognizioni nomologiche. Ben diversa sarebbe la situazione nella quale siano consolidate, al tempo della condotta, precise credenze nomologiche, basate su leggi scientifiche affermative della regolarità di successione, ma le cognizioni al riguardo, in capo all’agente concreto, siano insufficienti o parziali: se tale deficit di conoscenza nomologica è riconoscibile dall’agente concreto, questi sarà obbligato ad integrarla, ovvero ad astenersi dall’azione¹⁷⁶.

Si rendono necessarie, a questo punto, anche delle precisazioni in ordine alle ricadute sull’oggetto della riconoscibilità. In questo ambito, il rischio considerato è improntato alla pressoché totale genericità lesiva, come nel modello paradigmatico appena esposto. Talvolta il principio di precauzione opera nel senso di trasfigurare il pericolo minimo certo nel rischio massimo incerto: se esistono cognizioni nomologiche che asseverano una pericolosità connessa a determinati eventi-tipo, la logica precauzionale proietterà nel fascio dell’imputazione per colpa anche le conseguenze lesive *più gravi*, non suffragate al tempo della condotta da leggi scientifiche (a differenza delle conseguenze meno gravi), ma per le quali sussistessero “ipotesi e congetture” nella letteratura specialistica. È il celebre caso del Petrolchimico di Porto Marghera: al tempo della condotta,

175 RUGA RIVA, *op.cit.*, pp. 1763 e 1775.

176 FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pag. 461, nota 269.

le cognizioni nomologiche affermavano il pericolo di acrosteolisi (una grave malattia che comporta la distruzione delle ossa della mano o del piede), ma non di insorgenze tumorali, soltanto sospettate da parte degli studiosi¹⁷⁷.

Tale logica, evidentemente, produce riverberi espansivi sulla regola di condotta¹⁷⁸: essa, infatti, dovrebbe dettare “programmi di comportamento diretti a contrastare una ben circoscritta e tipica sfera di rischio e non già la causazione di eventi *tout court*”¹⁷⁹, pena la irragionevole compressione degli spazi di libertà, che la colpa vuole soltanto governare in ottica di contemperamento degli interessi. Assumere il rischio generico di eventi lesivi come oggetto di neutralizzazione cautelare significa cadere nella logica retrospettiva già citata, e dunque affermare la responsabilità semplicemente perché è empiricamente individuabile, al momento del giudizio, una condotta impeditiva. Si pensi al caso, trattato dall’autore appena citato, di esposizione ad amianto produttiva di mesotelioma, quando non vi era alcuna affermazione scientifica in tal senso: la regola di condotta “agevolmente” individuabile (una volta riconosciuto un pericolo non riconoscibile) consiste nella semplice installazione di impianti di aspirazione.

177 CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Castronuovo%20pdf%20definitivo.pdf>, pp. 35 ss., che sottolinea come in alcuni casi giurisprudenziali sia rinvenibile l’applicazione del principio del **maximin**, uno dei “fondamenti filosofici” del principio di precauzione.

178 GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, pp. 227 ss., evidenzia i tre precipitati del principio di precauzione in tema di colpa: ogni evento diventa prevedibile, all’insegna di un sapere congetturale; il sapere adoperato è quello del momento del giudizio, piuttosto che del tempo della condotta; il fine di tutela della regola cautelare si estende a dismisura.

179 PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, pp. 1447 ss.

8. I criteri di completamento dell'imputazione obiettiva della colpa: la concretizzazione del rischio e la sua connessione con la riconoscibilità del pericolo; l'efficacia del comportamento alternativo lecito.

Alcune puntualizzazioni finali devono essere spese con riguardo agli ultimi due passaggi dell'imputazione dell'evento nel reato colposo: la concretizzazione del rischio o scopo di tutela della norma violata¹⁸⁰; la efficacia del comportamento rispettoso della regola cautelare in punto di evitabilità dell'evento.

Come evidenziato da parte della dottrina, si tratta di criteri indefettibili, al fine di evitare che una imputazione per colpa dissimuli la logica del *versari in re illicita*. Essi consentono di acclarare infatti il nesso di rischio e il rilievo effettivo della violazione della diligenza obiettiva; obliterarli significherebbe accettare il rischio di affermare la colpa in presenza di una violazione della diligenza del tutto influente e scollegata dall'evento lesivo, e applicare la sanzione penale, in ultima analisi, in ragione della mera causazione dell'evento¹⁸¹. I due criteri, pur concettualmente distinguibili con una certa nettezza, sono talvolta sovrapposti in dottrina, all'insegna della capacità di evitare espressa dal comportamento alternativo lecito¹⁸².

La concretizzazione del rischio mira alla verifica che l'evento verificatosi ricada nello spettro preventivo della regola di condotta violata. Avendo potenzialmente le regole di cautela una proiezione preventiva molto ampia, per non frustrare il rilievo del criterio occorrerà non limitarsi a

180 Sebbene non si tratti esattamente dello stesso concetto, essendo lo scopo di tutela orientabile in una prospettiva più ampia, parla di "espressioni omologhe" e "formule equivalenti", sul terreno dell'imputazione colposa, FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 427.

181 GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 385.

182 GIUNTA, *passim*, esplicitamente nel terreno della colpa generica.

considerare semplicemente il tipo di evento: le regole di diligenza, infatti, vanno riferite a ben precise modalità di causazione dello stesso. Occorrerà dunque individuare il decorso causale tipico del modello di prevenzione apprestato dalla norma di cautela, nel quadro di una ricostruzione astratta dei possibili processi causali, da esperirsi sempre attraverso il parametro prognostico-probabilistico. Risuonano evidenti le analogie con la problematica dell'oggetto della riconoscibilità, e in effetti, in quest'ottica, dottrina autorevole ha evidenziato che il criterio della concretizzazione del rischio "ricomprende già in sé il criterio della prevedibilità oggettiva"¹⁸³.

Tale accostamento si spiega agevolmente: la regola di condotta è il risultato di un giudizio di riconoscibilità-prevedibilità, nel senso che dalla proiezione prognostica di decorsi lesivi specifici, l'agente concreto dovrebbe muovere per approntare misure preventive, anch'esse specifiche, volte a fronteggiare proprio il pericolo riconosciuto; se tale processo si svolge linearmente, la regola di condotta individuata non può che avere ad oggetto lo specifico pericolo riconosciuto; se, dunque, la regola di condotta viene violata, e l'evento prevedibile si verifica, il riscontro della concretizzazione del rischio parrebbe *in re ipsa*.

Il ragionamento, per quanto in astratto sembri corretto, pecca di schematismo. In primo luogo, accanto al pericolo riconosciuto, esistono altri pericoli che possono caratterizzare la situazione, pur prevedibili ma esterni all'agente: in una condizione di concorrenza di rischi, diventa allora essenziale verificare la concretizzazione di quello riconducibile alla

183 FORTI, *op.ult.cit.*, p. 435.

regola di cautela violata¹⁸⁴. In secondo luogo, la gestione di uno o più rischi può essere demandata a plurime regole di cautela: si pensi alle regole di cautela che disciplinano il sorpasso, quali il dovere di astenersi dall'effettuarlo in certe condizioni (dossi, curve, nebbia), il dovere di azionare l'indicatore luminoso, il dovere di effettuare la manovra in tempi contenuti, etc.; esse hanno scopi di tutela diversi, e senza il riscontro operato attraverso il criterio della concretizzazione del rischio, si rischierebbe di imputare all'agente un evento che ricade nello scopo preventivo di una regola rispettata, a fronte della violazione di una regola teleologicamente estranea ad esso. In questo senso il criterio del nesso di rischio mira ad evitare che meri "riflessi di tutela" siano posti alla base dell'imputazione dell'evento.

Una delle problematiche più rilevanti, sul punto, è rappresentata dalle deviazioni non sostanziali rispetto al rischio tipico schermato dalla regola di condotta. Essa, invero, conferma come molti dei problemi in tema di nesso di rischio siano risolvibili impostando correttamente il duplice dovere di diligenza a monte (riconoscimento del pericolo+adozione di cautele). Uno degli esempi addotti in dottrina¹⁸⁵ è quello dell'operaio che svolga opere di manutenzione stradale con un martello pneumatico, senza le necessarie protezioni a confinamento dell'area dei lavori; la regola tesa all'approntamento di protezioni mira ad evitare che i passanti siano colpiti da schegge di pietra; che accade se invece essi sono attinti da schegge di metallo, promananti dall'attrezzo utilizzato? Come si può stabilire se la deviazione minima dal decorso preso in considerazione

184 FORTI, *op.ult.cit.*, *passim*.

185 FORTI, *op.ult.cit.*, pp. 475 ss., anche per la soluzione prospettata (p. 482).

dalla regola di cautela abbia valenza ai fini di escludere il nesso di rischio? La soluzione indicata dalla dottrina è quella di considerare rilevante la deviazione soltanto quando, dato anche il suo coefficiente di accadibilità, sia ipotizzabile una *autonoma e diversa* regola di diligenza per fronteggiare questo rischio. Ancora una volta, a ben vedere, si conferma la correlazione concettuale con la riconoscibilità del pericolo. Infatti, rimane inteso che il rischio realizzatosi doveva essere a monte riconoscibile dal soggetto agente; se riconoscibile tale rischio, però, la cautela adottata avrebbe finito col ricomprendere, sul piano teleologico, anche la prevenzione del ferimento con schegge di metallo; laddove, invece, il rischio, per quanto riconoscibile, avesse una possibilità di realizzazione scarsissima, esso non avrebbe imposto l'adozione di cautele¹⁸⁶.

Infine, sul nesso di rischio, va precisato come il metodo di individuazione della proiezione teleologica della norma violata subisca variazioni nell'ambito della colpa specifica, ove risente anche di criteri di vera e propria interpretazione tecnico-giuridica del tenore della disposizione, da condurre secondo gli usuali canoni letterali e sistematici¹⁸⁷.

In punto di comportamento alternativo lecito, il tema più dibattuto, ed influente ai fini del presente lavoro, è rappresentato dal livello di evitabilità necessario per confermare l'imputazione dell'evento. Le ipotesi rinvenibili, quanto al reato *commissivo* colposo, sono schematicamente le seguenti:

- se risulta con certezza che il comportamento alternativo lecito sarebbe valso ad evitare l'evento, dovrà senza dubbio affermarsi la responsabilità;

186 Il pericolo caratterizzato da una prognosi di accadibilità molto bassa, infatti, rileva a fini cautelari solo allorquando i beni giuridici a rischio siano di altissimo rango.

187 GIUNTA, *op. e loc. ult. cit.*

secondo alcuni autori, *soltanto* in questo caso può ritenersi praticabile l'addebito colposo¹⁸⁸;

- se risulta con certezza che l'evento si sarebbe verificato egualmente, nonostante il comportamento diligente, la colpa andrà sicuramente esclusa;

- nello spazio intermedio tra due estremi di agevole soluzione, si apre una dimensione nebulosa, rappresentata dal territorio delle stime probabilistiche in ordine ai livelli di rischio integrati dal comportamento rispettoso della regola cautelare. In relazione a tale area, possono individuarsi almeno due linee di pensiero: la prima, secondo cui occorre un certo, significativo livello di possibilità di buon esito del comportamento diligente¹⁸⁹; la seconda, secondo cui devono essere raffrontati i livelli di rischio prodotti dalla condotta negligente e da quella rispettosa della regola, per affermare la responsabilità in tutti i casi in cui il comportamento alternativo lecito avrebbe prodotto un aumento delle *chance* di evitare l'evento lesivo¹⁹⁰.

La prima tesi appare l'impostazione preferibile. Chiedere la certezza di evitare l'evento significa non considerare che, nella colpa commissiva, esiste un nesso naturalistico, asseverato da leggi scientifiche, che connette l'azione all'evento. Al contempo, ritenere sufficiente un minimo aumento delle possibilità, connesso al rispetto della regola, significa sfociare in un

188 EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2000, pp. 1064 ss., in analogia con il reato omissivo improprio colposo.

189 VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in Cass. Pen., 2013, pp. 1224 ss., che evidenzia come tale soluzione, rispetto a quella prospettata da Eusebi, consenta di preservare la rilevanza delle (tante) regole cautelari "improprie", volte alla riduzione e non alla eliminazione del rischio. Ciò sebbene, invero, una regola cautelare, in astratto impropria, possa, a seguito di giudizio controfattuale ex post, rivelarsi salvifica nel singolo caso concreto. Sul punto si tornerà nel prossimo capitolo.

190 BARTOLI, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto. Un'indagine giurisprudenziale*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/Bartoli%20amianto.pdf>, p. 44.

automatismo che di fatto nullifica il criterio, ed oblitera il significato normativo dell'evitabilità in concreto nel quadro dell'imputazione.

**CAPITOLO III - LA TIPICITÀ DEL REATO OMISSIVO
IMPROPRIO COLPOSO, CON PARTICOLARE
RIFERIMENTO ALLA FISIONOMIA DELL'AZIONE
IMPEDITIVA**

1. Premessa: la costruzione separata dei tipi di reato e le peculiarità dell'omissione (impropria) colposa.

È noto come, per tutto il secolo diciannovesimo, e sino agli anni '30 del Novecento, il paradigma del reato sia stato costruito sull'impronta del reato doloso di azione. Questa impostazione monolitica condusse a storture interpretative, nel tentativo di adattare al modello ortodosso la fisionomia di altre figure tipologiche di reato¹⁹¹: emblematica, a questo riguardo, la già richiamata ricerca di tratti materiali nella condotta omissiva. Sulla base del rilievo di tale insufficienza, descrittiva e dommatica, la dottrina ha iniziato a proporre una diversificazione strutturale, che tenesse conto delle peculiarità di talune forme di reato, contrassegnate da un'identità genetica differenziale, dunque idonea a riflettersi, in senso distintivo, sulle categorie sistematiche.

¹⁹¹ MANNA, *Corso di diritto penale*, Padova, 2015, p. 203.

La costruzione separata, in tal senso praticata, si è sviluppata nei solchi tracciati da due binomi fondamentali: la coppia reato doloso/reato colposo e quella reato commissivo/reato omissivo.

Di recente, autorevole dottrina è tornata sulla questione¹⁹², tentando di delegittimare la pretesa autonomia descrittivo-sistematica del reato omissivo, per limitare l'articolazione della costruzione separata alla dicotomia basata sui coefficienti psicologici. Questa visione muove dalla premessa che la costruzione separata dovrebbe discendere da caratteristiche fondamentali, individuate sulla base degli orientamenti impressi, sul concetto del reato, dai principi costituzionali. In questo senso, la contrapposizione tra reato colposo e reato doloso riceve una immediata giustificazione nell'orientamento personalistico, che deve improntare la responsabilità e, più in generale, l'illecito penale. A questo proposito, viene evidenziato che come all'alternativa tra incriminazione (ordinaria) dolosa ed incriminazione (opzionale) colposa, in tema di delitti, corrisponde una precisa architettura delle scelte di criminalizzazione, tale da esprimere anche profili direttamente involgenti il principio di frammentarietà.

Il reato omissivo non meriterebbe, in tale visione, di assurgere a categoria separata, in quanto privo di distintiva qualificazione legittimante nel tessuto costituzionale, nel cui ambito, piuttosto, nella declinazione "impropria", fondata sulla clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p., segnerebbe un *vulnus* al principio di legalità. Sul piano teorico-generale, al reato omissivo -ancora una volta con particolare riguardo

¹⁹² DE VERO, *Disvalore di azione ed imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, pp. 1487 ss.

all'accezione "impropria"- non potrebbe inoltre essere attribuita una identità qualificante autonoma, dal momento che la sua rilevanza penale poggia su una semplice clausola estensiva della tipicità. In questo senso si evoca una sorta di ancillarità concettuale dell'omissione impropria, inidonea a consentire che il reato omissivo assurga a monade tipologica nella costruzione separata.

Ritiene chi scrive, in conformità agli autori che, nella manualistica, hanno perseguito il metodo della costruzione separata con il massimo grado di coerenza e profondità¹⁹³, che tale impostazione non possa essere condivisa. La opzione interpretativa e descrittiva per una distinzione radicale di talune tipologie di reato, come ha evidenziato anche il Marinucci, l'autore che nel contesto scientifico italiano ne ha delineato le premesse teoriche, è questione di autonomizzazione tecnico-giuridica che discende direttamente dalle peculiarità strutturali che quelle tipologie presentano¹⁹⁴.

Del resto, non sembra neanche del tutto da obliterare il rilievo indipendente che il reato omissivo può demarcare in ragione dei principi costituzionali, in primo luogo per ciò che concerne le funzioni della categoria del fatto tipico, intese in chiave di sistematica teleologica costituzionalmente orientata: tanto in punto di scelta di criminalizzazione (e, se si vuole, di frammentarietà ed *extrema ratio*), tanto per i (tormentati) eccentrici rapporti con il principio di legalità, il reato omissivo si identifica per uno statuto identitario ben definito e separabile, nel quadro degli illeciti penali. Esso segna, inoltre, l'emersione ideale del dovere

193 FIANDACA-MUSCO, op.cit., pp. 195-196.

194 MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 135.

solidaristico come direttrice fondante dell'illecito: tale supporto genetico-costitutivo, come si vedrà, infonde il proprio orientamento funzionale sulle fattezze del fatto tipico del reato omissivo colposo (improprio), sorreggendone talune particolarità esclusive, anche rispetto alla corrispondente tipologia commissiva, improntata invece al governo temperato delle prerogative libertarie.

In altre parole, la costruzione separata del reato omissivo rappresenta il presupposto cognitivo-metodologico per una puntualizzazione delle (talvolta profonde) differenze, in punto di ricostruzione giuridica, tra la tipicità del reato colposo commissivo e quella caratterizzante l'omissione impropria colposa. L'influsso dell'impianto costituzionale, invece, ne è il presupposto costitutivo-valoriale, in quanto tali differenze rappresentano il precipitato del complesso e peculiare rapporto tra principi costituzionali e reato omissivo (specialmente) improprio.

2. Interpretazioni ed implicazioni dottrinarie dell'obbligo giuridico di impedimento nel quadro della tipicità omissiva.

Può essere opportuno avviare l'analisi della struttura del fatto tipico nell'omissione impropria colposa, ripercorrendo rapidamente le impostazioni maturate nella dottrina, risalente e non, sui rapporti tra primo e secondo comma dell'art. 40 c.p., e precipuamente sul significato da conferire all'obbligo giuridico di impedire l'evento, menzionato al capoverso quale presidio del rilievo dell'omissione. Le significanze ermeneutiche riconnesse all'obbligo d'impedimento possono infatti illuminare due aspetti di rilievo centrale: il primo è rappresentato dalla

appena indicata autonomia dommatica dell'omissione impropria; l'altro consiste nel tracciare i prolegomeni di una ricerca volta a capire cosa vada inteso per omissione rilevante, concetto non comprensibile, invero, se non connesso alla pretesa disattesa, dunque alle fattezze dell'azione doverosa non posta in essere.

Alcune teoriche, risalenti al varo del codice penale del 1930, avevano inteso distinguere tra due categorie di omissioni, riconducibili ai due commi dell'art. 40 c.p. . Il primo comma statuisce notoriamente la necessità della sussistenza di un nesso causale tra l'evento e la "azione od omissione" di paternità del soggetto agente; esso fu interpretato nel senso di conferire rilevanza alle "omissioni causali", in nulla distinguibili dall'azione. Al terreno applicativo del comma secondo fu invece riportata la categoria delle "omissioni da mancato impedimento". Senza voler entrare in ambigue sfumature concettuali, variamente declinate in questo senso, può dirsi che tendenzialmente l'omissione causale veniva considerata un'inerzia causalmente produttiva di condizione favorevoli alla verificazione dell'evento (classico l'esempio della balia che omette di allattare il bambino affidatole); laddove l'omissione da mancato impedimento consisteva in una pura inerzia dinanzi ad un processo causale già avviato, esterno all'autore del reato.

In senso parzialmente diverso, l'Antolisei, criticando anche il tessuto letterale del capoverso dell'art. 40, ritenne che non potesse confondersi il tema dell'obbligo giuridico con quello della caratterizzazione causale dell'omissione: l'omissione potrebbe considerarsi rilevante già ai sensi del comma I, ma non in ragione di una sua pretesa efficienza sulle condizioni

dell'evento, bensì sempre e solo nei termini di un mancato impedimento; il comma II limita la dimensione delle omissioni (causali, dunque non impeditive) penalmente rilevanti a quelle corrispondenti ad un mancato impedimento *doveroso*, in ragione di un obbligo sistematicamente collocato nella categoria dell'antigiuridicità.

Tali impostazioni furono duramente contestate dal Grispigni, che, in coerenza con le rare indicazioni emergenti dai lavori preparatori al codice¹⁹⁵, affermò la natura puramente normativa dell'omissione rilevante: da tale angolo visuale, non può esistere un'omissione naturalisticamente causativa, ma solo un evento che sul piano normativo, in ragione dunque di un dovere, "può considerarsi [...] come cagionato"¹⁹⁶: il carattere causale dell'omissione, dunque, poggia in questa impostazione sempre sul mancato impedimento e sul relativo obbligo.

Come autorevole dottrina ha evidenziato¹⁹⁷, c'è del vero in entrambe le due impostazioni da ultimo delineate. Entrambe partono dal corretto presupposto che di valenza "causale" di un'omissione possa discutersi soltanto nei termini di un *mancato impedimento*. Il Grispigni errava nel confondere il problema del rilievo causale con la tematica dell'obbligo d'impedimento: si tratta di aspetti che, come opinava l'Antolisei, vanno tenuti tra loro distinti. Quest'ultimo, però, erroneamente riteneva l'omissione "tipica" *in quanto non impeditiva*, senza considerare che essa può considerarsi tale soltanto ove sussista un obbligo giuridico d'impedimento. In altre parole, l'obbligo giuridico *fonda* la tipicità dell'omissione, che è presupposto logico per procedere al rilievo del suo

195 Cfr. l'intervento di Arturo Rocco, in AA.VV., *Lavori preparatori*, vol. IV, p. 105.

196 GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, p. 38 (corsivo aggiunto).

197 GRASSO, op.cit., pp. 117 ss.

carattere causale, nel senso che, in assenza di esso, “non è possibile, o comunque non appare significativa la formulazione del giudizio sul nesso eziologico”¹⁹⁸. In questa direzione, è piuttosto frequente, in dottrina, l’affermazione secondo cui l’obbligo d’impedimento non fonda la causalità dell’omissione, ma la “tipicità dell’omissione causale”.

Un esempio può risultare chiarificatore: si pensi ad un bambino che annega in piscina, dinanzi all’adulto Tizio, che avrebbe la *possibilità* di impedire l’evento. In questo caso, è possibile affermare che vi sia un’omissione, vale a dire un’inerzia qualificata dalla mera praticabilità fisico-empirica di un’azione di salvataggio: in altri termini, il rapporto tra il comportamento di Tizio e l’evento si atteggerà sempre nei termini di un *mancato impedimento*. Il passaggio decisivo, per certificare una penale responsabilità, sarà l’obbligo di impedimento: così, se Tizio è il padre del bambino, sarà responsabile; se è un estraneo, il comportamento risulterà irrilevante.

Chiarito l’assetto del problema, l’impostazione può sembrare simile alla teoria antoliseiana, con la differenza, non di poco momento, rappresentata dalla collocazione sistematica dell’obbligo d’impedimento nell’alveo della tipicità¹⁹⁹ e dal rigetto della tesi che vuole il rilievo dell’omissione sancito già nel comma I dell’art. 40, su cui opererebbe in senso restrittivo l’obbligo d’impedimento. In realtà, l’inquadramento dell’obbligo giuridico di impedimento quale condizione (ma non elemento, come si vedrà) della tipicità di un’omissione reca significati ed implicazioni più complesse, che

198 *Ivi, passim.*

199 In tal senso, SPASARI, *L’omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, p. 178, in un’ottica accostabile all’impostazione dell’Antolisei, anche in relazione all’interpretazione del comma I dell’art. 40, mutando però l’opzione in punto di collocazione sistematica dell’obbligo d’impedimento.

meritano di ricevere accenno. Esse discendono da un rilievo: ritenere che una condotta possa dirsi omissiva solo in quanto, per il soggetto che la pone in essere, è materialmente possibile un impedimento, è un'approssimazione che non tiene conto dell'influenza penetrante del crisma della normatività nel tessuto del reato omissivo.

L'architettura dell'obbligo giuridico di impedimento, infatti, è composta, come si vedrà, di un complesso di poteri, teleologicamente collegati ai doveri di impedimento. Le fattezze giuridico-funzionali dell'obbligo impeditivo si riflettono inevitabilmente sulla fisionomia dell'azione doverosa, che il soggetto investito dell'obbligo deve compiere. Non sempre, in altre parole, l'omissione rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv. è correlata alla mera possibilità fisico-materiale di impedire, e consiste nella azione di salvataggio fisicamente praticabile; spesso, piuttosto, la norma istitutiva dell'obbligo d'impedimento indica anche le modalità (e le conseguenti possibilità) dell'adempimento dell'obbligo, di talché l'azione salvifica non corrisponderà a compiere *tutto ciò che era materialmente possibile* per preservare il bene giuridico leso, ma ciò che era praticabile nel quadro dei poteri e dell'assetto normativo statuiti dalla *norma istitutiva*, nonché, come si vedrà, sulla base dei criteri della *diligenza obiettiva*.

In definitiva, l'influsso dell'obbligo giuridico di impedimento sulla rilevanza tipica dell'omissione, come *prius* logico rispetto alla verifica della sussistenza del nesso causale ipotetico, può intendersi in due sensi: da un lato, l'obbligo rappresenta il presupposto formale per l'attribuzione del predicato di tipicità ad una condotta omissiva; in certi casi, esso contribuisce, in via sostanziale, a definirne la portata e il contenuto

rilevante per il diritto²⁰⁰, al di là della dimensione della possibilità materiale di impedire l'evento, rivestendo una diretta e puntuale valenza costruttiva del primo termine della relazione ipotetica.

Del resto, va evidenziato, la specifica azione doverosa è senza dubbio elemento della tipicità: trattasi di elemento ricondotto dalla dottrina alla condotta omissiva, che senza il riferimento all'azione doverosa non potrebbe esistere: la condotta omissiva, infatti, non si sostanzia nel mancato impedimento, ma nel *mancato compimento dell'azione doverosa* (che potrebbe rivelarsi non impeditiva, all'esito del giudizio causale ipotetico); sul piano pratico, non a caso, è l'azione doverosa a fungere da primo termine della relazione nella verifica controfattuale, e non potrebbe essere altrimenti.

Così delineati i termini preliminari per la comprensione della tipicità dell'omissione, si deve evidenziare che la descritta lettura del disposto dell'art. 40 depone nel senso dell'autonomia della fattispecie omissiva. Il richiamo testuale all'obbligo giuridico d'impedimento non va letto infatti come l'aggiunta di un elemento ulteriore, interno alla tipicità e restrittivo della sua portata, ma come il presidio di un'opera di *assimilazione* alla fattispecie commissiva di parte speciale: l'obbligo d'impedimento, dunque, è il fondamento di un modello astratto di tipicità *diverso* da quello commissivo, ove la differenza fondamentale è segnata, oltre che dall'assenza dell'azione, da uno schema causale divergente e dal fondamento normativo, in certo senso opposto, in quanto costituito da una norma di comando, piuttosto che di divieto²⁰¹. Si tratta, dunque, di

200 Intendendo complessivamente, come condotta omissiva, il mancato compimento di una specifica azione prescritta dall'ordinamento.

201 Approfondisce la centralità di tale rilievo FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*,

una nuova fattispecie che poggia sul presupposto normativo dell'obbligo di impedimento e che presenta, con la fattispecie commissiva, l'unico dato comune dell'evento²⁰².

Il rilievo è particolarmente importante, perché si pone in coerenza con quanto evidenziato in chiusura di primo paragrafo, confermando la possibilità di una ricostruzione giuridica eccentrica del fatto tipico omissivo (improprio), rispetto alla corrispondente dimensione commissiva.

3. I connotati dell'obbligo d'impedimento in una impostazione costituzionalmente orientata;

Autorevole dottrina sostiene una complessiva interpretazione delle caratteristiche e dei requisiti propri dell'obbligo di impedimento, analiticamente parametrata ai principi costituzionali nella cui orbita si sviluppa lo statuto complessivo del reato omissivo²⁰³. Tale dottrina muove dalla premessa, ampiamente condivisibile e più volte implicitamente ed esplicitamente adoperata, sul piano metodologico, nel presente lavoro, dell'imprescindibile influenza delle direttive costituzionali sul piano dogmatico della ricostruzione dell'illecito²⁰⁴. La considerazione, che può apparire ovvia, assume particolare rilevanza in un ordinamento, come

Milano, 1979, pp. 72 ss.; precisa inoltre che, nel quadro dell'autonomia strutturale della fattispecie omissiva, l'obbligo di impedimento va inquadrato alla stregua del divieto su cui poggiano le fattispecie commissive: nessuno penserebbe di considerare il divieto come elemento del fatto tipico

202 GRASSO, *passim*.

203 MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 156 ss.; ID, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2001, 342 ss. .

204 Sul punto, antesignani NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1996; e soprattutto, per la coerenza e pervasività, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; ID, *Teoria generale*, cit.

quello italiano, nella cui storia la codificazione penale ha preceduto la carta costituzionale, e quindi necessita di un'opera emendatrice, sul piano interpretativo e legislativo, che la riconduca a coerenza con i principi espressi nella seconda e che colmi lo "scarto esistente attualmente tra il volto che l'illecito penale assume nella normativa costituzionale e il volto che esso conserva nella normativa penale ordinaria"²⁰⁵. La prospettiva di una attitudine conformativa delle strutture dommatiche, attribuibile ai principi costituzionali, è avvalorata da un triplice ordine di considerazioni²⁰⁶: il dato formale del carattere sovraordinato della fonte di produzione di rango costituzionale, rispetto alla legge ordinaria descrittiva dei lineamenti del reato; l'incorporazione limitativa, nel tessuto costituzionali, di vincoli e limiti, di ascendenza illuministico-liberale, al potere punitivo, nel senso di enucleazione di principi di garanzia, riflessi e specifici, in materia penale; il carattere personalistico della personalità e dell'illecito penale, acclarato dalla Costituzione.

Muovendo da tale pervasività l'autore da primo citato ha individuato una griglia di principi costituzionali direttamente incidenti sulla configurazione dell'obbligo giuridico di impedimento.

- Il principio di legalità *sub specie* riserva di legge impone che l'obbligo trovi la propria origine sempre in una fonte giuridica formale. Il medesimo principio, *sub specie* determinatezza, impone la specificità dell'obbligo: va puntualizzato che tale predicato deve intendersi come precisione descrittiva sul piano teleologico, dunque afferente allo scopo dell'obbligo impeditivo; non sul piano modale, invece, in quanto l'azione

205 BRICOLA, *op.ult.cit.*, p. 8.

206 LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 37.

doverosa richiesta, in taluni casi (sebbene non sia preferibile), potrà essere determinabile in modo libero e flessibile, modellandosi a seconda della pura esigenza di non verificazione dell'evento.

- Il principio di solidarietà, come detto, a livello sistemico rappresenta la *base di legittimazione* del reato omissivo. Il suo influsso si dispiegherà, dunque, anche sull'oggetto del comando (dunque, ancora una volta, sulla fisionomia dell'azione dovuta), implicando alcuni discostamenti, che saranno in seguito descritti, rispetto al paradigma commissivo colposo. Quanto alla circoscritta tematica dell'obbligo di impedimento, il principio solidaristico impone, in capo ai beneficiari dell'obbligo, dunque ai soggetti titolari degli interessi che sarebbero lesi dall'evento oggetto dell'impedimento, una inadeguatezza ad approntare tutela autonoma dei beni giuridici di loro pertinenza.

- Il principio di libertà impone che i destinatari dell'obbligo di impedimenti siano specifici e qualificati: il reato omissivo improprio, infatti, nel quadro delle generalizzazioni classificatorie concernenti il soggetto agente, si ascrive nella categoria dei reati propri²⁰⁷.

- Il principio di personalità della responsabilità penale comporta che la disciplina impositiva dell'obbligo impeditivo si caratterizzi per una condizione di signoria, in capo al garante, della complessiva situazione giuridico-materiale sottesa all'evento, nonché per il connotato imprescindibile della dotazione di un correlativo potere, che consenta al soggetto investito di adempiere. Tale potere, in particolare, dovrà preesistere alla situazione di pericolo che attualizza l'obbligo, e non sorgere contemporaneamente ad essa: solo un effettivo potere

²⁰⁷ Non pienamente concordi, FIANDACA-MUSCO, op.cit., 606 ss.

preesistente, che caratterizzi la posizione rivestita dal destinatario dell'obbligo, può consentire di qualificare l'evento occorso, non impedito, come "fatto proprio" del garante²⁰⁸.

La dottrina ha evidenziato come gli aspetti prettamente formali, attinenti alla predeterminazione legale, fungano da limite di impronta liberale, contrapposto alla possibile dilatazione sostanzialistico-funzionale degli obblighi, spinta dal principio solidaristico²⁰⁹.

I precipitati dei principi di solidarietà (concernenti la posizione del titolare dell'interesse) e personalità (attinenti alla situazione fattuale e giuridica involgente il soggetto garante), unitamente al rilievo della riserva di legge, segnano l'approdo alle cd. concezioni miste sulla fonte degli obblighi di impedimento. La teoria formale, risalente al Feuerbach, poi affinata ed adattata alle esigenze della società postindustriale ed economicamente avanzata sino a cristallizzarsi sul cd. trifoglio (legge, contratto e attività pericolosa), oltre a risultare intimamente contraddittoria in taluni passaggi, era ritenuta insufficiente in punto di tutela. Il rilievo si articolava tanto sui vuoti funzionali "interni", prodotti da una applicazione rigidamente formalistica delle fonti (si pensi al contratto invalido); quanto sulla impossibilità, *in nuce*, di considerare rilevanti situazioni nelle quali un ruolo "sociale" di garanzia era difficilmente negabile²¹⁰. Le proposte di matrice sostanziale, dal loro

208 V. *infra* paragrafo 6. Sulla correlazione tra il disposto del comma I dell'art. 27 della Costituzione e il principio del fatto proprio (oltreché colpevole), cfr. ALESSANDRI, *op.cit.*

209 GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 620 ss.

210 Si pensi all'assunzione volontaria della funzione di tutela, accompagnata dalla conseguente esposizione a rischio del bene giuridico, impropriamente ricondotta per esigenze "formali" all'art. 2028 c.c. : opportunamente MANTOVANI, *op.ult.cit.*, *passim*, riconduce tali situazioni, ove ne ricorrano i requisiti, al modello commissivo .

canto, oltre all'intuitiva manchevolezza in punto di legalità, sono frantumate in una molteplicità, quanto mai foriera di incertezza, di versioni in ordine ai presupposti fondativi della posizione di garanzia. *De iure condito*, dunque, l'unico percorso praticabile è quello di una vicendevole integrazione e contemperamento dei criteri²¹¹, che comunque lascia, in alcuni casi problematici, nonostante le indicate direttive costituzionali, (troppo) ampi margini di discrezionalità; ragion per cui, non resta, sul punto, che auspicare un intervento legislativo in grado di dettare i presupposti costitutivi dell'obbligo di impedimento con maggiore specificità, se non con esplicito riferimento alle singole ipotesi problematiche²¹².

La sinergia tra i principi di solidarietà e personalità e il canone di determinatezza, d'altro lato, consente di avvalorare la distinzione, di matrice teutonica, tra obblighi di protezione ed obblighi di controllo. Il criterio generale è che sussista una condizione di inadeguatezza del titolare, e correlativamente una dominabilità della situazione da parte del soggetto garante, intesa precipuamente come dotazione di poteri giuridici legittimanti l'intervento impeditivo. La posizione di protezione è caratterizzata dal dovere di preservare un determinato bene giuridico da tutti i pericoli che potrebbero comprometterne l'integrità, quale che ne sia la fonte. Essa si connette ad una incapacità intrinseca, totale o parziale, del titolare (perché non in grado di attendere ai propri interessi) e ad un rapporto di protezione, di varia foggia, che lega quest'ultimo al soggetto garante.

211 GRASSO, op.cit., pp. 242 ss. . FIORE, op.cit., p. 242.

212 FIANDACA-MUSCO, op.cit., p. 610.

La posizione di controllo, invece, investe il garante dell'obbligo di impedire che una determinata fonte di pericolo cagioni danni a terzi. La sua caratteristica risiede nella circostanza che la fonte di pericolo sia posta sotto il controllo del garante o rientri nella sua sfera di attività. La *ratio* di siffatti obblighi d'impedimento si radica nell'inadeguatezza del titolare dell'interesse leso, non intrinsecamente legata a sue caratteristiche o prerogative, bensì alla necessità, per ipotizzare un'autotutela, che questi eserciti un'indebita ingerenza nella altrui sfera di azione: data l'impraticabilità della suddetta incidenza, la preservazione dell'interesse deve essere affidata al "titolare" della fonte di pericolo²¹³. Talvolta si evidenzia come la modalità adempitiva, tipica di tale obbligo, sia rappresentata dall'approntamento di misure di sicurezza volte al contenimento delle potenzialità d'esplicazione lesiva proprie della fonte controllata, caratterizzandosi per essere un obbligo di "sicurezza" e non di salvataggio²¹⁴. La puntualizzazione non ha solo valenza descrittiva, ma precise implicazioni giuridiche: essa comporta che, in caso di violazione dell'obbligo di sicurezza, sull'agente non gravi un successivo obbligo di impedimento, polarizzandosi il suo inadempimento (e anche la sua ricostruzione ai fini della verifica controfattuale della causalità) sul non aver apprestato misure preventive, e non sul non aver impedito l'evento, con qualsivoglia contegno ostatico, al momento della sua concreta verifica.

213 Per queste puntualizzazioni, cfr. FIANDACA, *op.ult.cit.*, pp. 172 ss. . L'illustre autore, va evidenziato, muoveva da una enfattizzazione, qui non condivisa, della "situazione di signoria", come requisito comune dell'imputazione obiettiva del reato (doloso o colposo; commissivo od omissivo).

214 Cfr. GRASSO, *op.cit.*, pp. 320 ss. . *Contra* LEONCINI, *op. cit.*, pp. 115 ss., che evidenzia come spesso tale interpretazione disveli una confusione con ipotesi di causalità attiva (dunque di reato commissivo).

Parte della dottrina ha enucleato una terza categoria di obblighi di garanzia, aventi ad oggetto l'impedimento dell'agire illecito di un terzo. La autonomizzazione concettuale non è di poco momento, in quanto si ritiene che vada, per quest'ordine di obblighi di impedimento, interpretata diversamente la parola "evento", di cui all'art. 40 cpv.: in particolare, nel caso di specie essa starebbe per "reato", con la conseguenza di estendere la portata normativa, in specie nel concorso mediante omissione al reato commesso da altri, a tutti i reati, dunque anche alle fattispecie a forma vincolata²¹⁵. Parte della dottrina evidenzia come tale operazione si risolva, in sostanza, nella applicazione analogica della suddetta clausola di estensione della tipicità; tali autori rifiutano la tripartizione degli obblighi di impedimento, riconducendo il dovere di ostacolare l'agire illecito di altri alla funzione di protezione, ovvero identificando il terzo quale fonte di pericolo da controllare²¹⁶.

I principi costituzionali, va puntualizzato, non esprimono la propria valenza conformativa sulla fisionomia dell'illecito omissivo soltanto sul versante dell'obbligo impeditivo. Essi investono direttamente anche la problematica della fisionomia dell'azione doverosa, che il garante avrebbe dovuto porre in essere, che assurge a primo termine del giudizio controfattuale di causalità. Prima si è fatto cenno, con riguardo al principio di solidarietà, agli influssi sortiti in questo senso, che saranno dappresso descritti. Un altro esempio può essere rappresentato dalla indefettibilità della possibilità fisico-materiale di compiere l'azione

215 GRASSO, *op.ult.cit.*, *passim*; BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in Riv. it. dir. proc. pen, 1997, pp. 1340 ss. ; MANTOVANI, *op.ult.cit.*, *passim*, assevera la dominanza di tale ricostruzione in dottrina.

216 FIANDACA-MUSCO, *op.ult.cit.*, pp. 598, 615 e 617.

doverosa: essa è un precipitato del principio di personalità, ma prim'ancora del principio utilitaristico, di ragionevolezza e dell'orientamento rieducativo della pena²¹⁷. Infatti, come si vedrà, la possibilità fisico-materiale di agire esplica, nel quadro del reato omissivo, la medesima funzione che la coscienza e volontà dell'azione rivestono nel reato commissivo, fissando le condizioni per la *suitas* dell'omissione o, se si preferisce, tracciando il confine del fatto umano che può considerarsi oggetto di valutazione e disciplina, ai fini del giudizio di responsabilità, per il diritto penale.

segue: brevi indicazioni sulla distinzione tra obbligo di impedimento e altre tipologie di obblighi con esso potenzialmente confondibili.

La caratterizzazione testé tracciata dell'obbligo di impedimento consente di demarcarlo da una diversificata varietà di obblighi, statuiti dall'ordinamento giuridico, che potrebbero apparire, di primo acchito (e in effetti in tal senso sono stati talvolta applicati), ad esso sovrapponibili. L'intento di tale opera di delimitazione sostanziale è quello, ovviamente, di circoscrivere, in una misura costituzionalmente conforme, il territorio della funzione di garanzia e della potenziale assimilazione del mancato impedimento alla causazione materiale.

A questo riguardo, la dottrina ha individuato tre tipologie di obblighi simili, caratterizzati dall'analogia rappresentata da un dovere di agire (dunque un dovere, genericamente, di porre in essere un comportamento

²¹⁷ Nella impostazione del Mantovani, fin'ora descritta, la possibilità materiale è concetto che invece appartiene alla dimensione dell'obbligo d'impedimento, e viene indicato come suo requisito promanante dai principi di personalità della responsabilità, accanto al potere impeditivo e alla sua preesistenza alla situazione.

positivo), che però differiscono dall'obbligo di impedimento per la mancanza di uno o più degli attributi, discendenti dalla matrice costituzionale, che si sono prima indicati.

A fini euristici, più che classificatori, la dottrina ha evidenziato che possono isolarsi tre categorie di obblighi rilevanti al fine di contenere la dimensione della omissione impropria nei limiti costituzionali. La prima categoria è rappresentata dagli *obblighi di attivarsi*, che ricomprendono indifferentemente: gli obblighi di agire scaturenti da fattispecie criminosa che contempla un reato omissivo proprio; i doveri di agire, previsti in una normativa extrapenale, la cui inosservanza è sanzionata da una norma incriminatrice, anche in tal caso qualificabile come disciplinante un reato omissivo proprio (si pensi agli obblighi in materia tributaria); gli obblighi di agire contemplati in fonti sublegislative, integrative del precetto penale secondo i parametri costituzionali; l'obbligo di agire orientato all'impedimento di eventi lesivi, di cui all'art. 40 comma II²¹⁸. Per finalità di chiarezza classificatoria, parte della dottrina evidenzia le differenze tra tale categoria e gli obblighi di impedimento, evidenziando dunque che il "mero" obbligo di attivarsi si caratterizza per l'insussistenza di poteri impeditivi -e di sorveglianza- e per la circostanza che l'obbligo non preesiste alla situazione di fatto da cui viene attualizzato, ma invece sorge con essa (paradigmatica l'ipotesi dell'omissione di soccorso). In tal modo viene isolata la categoria degli obblighi di garanzia (per l'appunto gli obblighi impeditivi), distinta dai *meri* obblighi di attivarsi.

Analogo processo, dapprima di definizione generale e poi di distinzione, interessa la categoria degli *obblighi di sorveglianza*, nella quale sono in

218 LEONCINI, op.cit., pp. 14 ss.

prima approssimazione annoverati: gli obblighi di vigilare strumentali all'adempimento dell'obbligo *stricto sensu* impeditivo che grava sul garante; gli obblighi residuali che gravano sul garante originario, dopo aver conferito delega di funzioni idonea a radicare, in capo al delegato, una posizione di garanzia derivata²¹⁹; gli obblighi, gravanti su determinati soggetti, di controllo e monitoraggio del regolare svolgimento di determinate attività, al fine di informare il titolare (o il garante) di eventuali difformità dal modello. Questi ultimi non rappresentano posizioni giuridiche strumentali all'obbligo di impedimento, in quanto il soggetto investito dell'obbligo non ha alcuna possibilità, giuridicamente qualificata, di impedire che, a seguito delle citate "irregolarità" o difformità dal modello, si determinino eventi lesivi la cui causazione è vietata da fattispecie di reato a forma aperta: il suo dovere conseguente è piuttosto quello di riferire ad altri soggetti, provvisti del potere d'intervento ostativo. Questo fondamentale tratto differenziale non impedisce, talvolta, che vengano operate delle indebite sovrapposizioni, che conducono a ritenere i soggetti deputati alla "mera sorveglianza" responsabili di reati da loro non commessi, attraverso la clausola di assimilazione di cui al 40 cpv. . Tale confusione è favorita da un'analogia strutturale dovuta alla caratterizzazione, omologa all'obbligo impeditivo, dei "meri" obblighi di sorveglianza: essi, infatti, sono diretti solo a soggetti determinati, qualificandosi come reati propri; preesistono alla situazione che li attualizza; contemplano, infine, un dovere di controllo da cui germinano precisi poteri di iniziativa, in caso di violazioni di legge. La

219 Su questo punto, v. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, p. 173.

similarità tra le due categorie, però, non può mai sfociare nell'identità, stante la mancanza di poteri di iniziativa che comprendano l'intervento impeditivo.

4. La causalità dell'omissione

È noto come, negli ultimi decenni si sia assistito, in tema di causalità, al passaggio dal paradigma meramente logico costituito dalla teoria della *condicio sine qua non* all'approccio, epistemologico e nomologico, proprio della cd. sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura²²⁰. Tale mutamento di prospettiva poggia sulla insufficienza conoscitiva del modello condizionalistico: esso si limita a tracciare l'impronta formale del tipo di ricerca che deve governare la verifica della causalità, ma è intrinsecamente inidoneo a fornire all'interprete direttive sui criteri per discernere le caratteristiche del legame causale, risultando dunque inutile nei casi problematici²²¹.

Il modello della sussunzione richiede che, ai fini dell'affermazione del nesso causale, sia possibile individuare una legge scientifica, la cui attendibilità nella comunità di studiosi del settore è consolidata, espressiva della regolarità della successione tra antecedente (l'azione) e conseguente (l'evento). Evidentemente, al fine di risultare inseribile in tale paradigma, l'evento dovrà subire un processo di astrazione, qualificandosi come "evento tipico", dunque rappresentativo di una classe di eventi assunta ad oggetto della generalizzazione scientifica, mediante la sua opportuna "descrizione", intesa come isolamento delle

220 STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975.

221 FIANDACA-MUSCO, *op.cit.*, pp. 233 ss.

caratteristiche rilevanti²²².

Parte della dottrina ha evidenziato come, a seguito dell'avvento della sussunzione sotto leggi scientifiche, il paradigma condizionalistico non sia stato espunto dal nostro ordinamento: il modello euristico rimane il medesimo, basato sul ragionamento controfattuale, inteso come un tracciato ipotetico basato sulla falsità della premessa maggiore del ragionamento; ciò che muta è invece, sul piano epistemologico, il modello esplicativo, rappresentato dalle leggi scientifiche affermative di una regolarità della successione tra dati antecedenti e conseguenti²²³.

Nel dibattito sull'utilizzabilità, all'uopo, di leggi statistiche, oltreché universali, e sul necessario livello minimo di copertura espresso dalle prime, la dottrina evidenziò come il problema non fosse rappresentato dalla probabilità confinante con la certezza in astratto, bensì dalla necessità di acquisire il "requisito dell'alto grado di credibilità razionale", distinguendo il piano della causalità generale da quello della causalità individuale: il primo attiene alla legge adoperata, che può ben essere una legge statistica, anche caratterizzata da bassi coefficienti di copertura; il secondo alla possibilità di stabilire che la condotta dell'agente di qualifichi, sulla base dello strumento nomologico, come necessaria "in tutti gli ipotizzabili processi esplicativi"²²⁴, dunque, sul piano pratico, che non esistessero nel caso concreto possibili fattori alternativi determinanti

222 STELLA, *La descrizione dell'evento*, Milano, 1970.

223 PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in Riv. it. med. leg., 1992, pp. 839-840.

224 STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa. La condizione necessaria*, in Riv. it. Dir. proc. pen. 1988, pp. 1256 e 1248. La distinzione tra i due tipi di probabilità è già enucleata in ID, *Leggi scientifiche*, cit., p. 309. L'illustre autore mutò successivamente la propria opinione in ordine alla possibilità di adoperare, nella verifica di causalità, leggi scientifiche statistiche, espressive di livelli di copertura medi o bassi: cfr. ID, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, p. 332.

l'evento; da ciò s'inferisce che l'individuata legge statistica debba trovare applicazione proprio nel caso concreto (probabilità cd. logica). Tale orientamento fu poi sostanzialmente recepito dalla celebre sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione del 12 luglio 2002, Franzese²²⁵.

Il piano della causalità omissiva, per evidenti motivi strutturali, presenta delle peculiarità, che però non incidono sullo statuto genetico della spiegazione causale: come parte della dottrina ha evidenziato chiaramente, il modello esplicativo di riferimento rimane quello nomologico-deduttivo, improntato alla generalizzazione scientifica; anche il paradigma euristico si basa su un ragionamento controfattuale²²⁶. Va evidenziato che quest'ultimo predicato veniva considerato, dalla dottrina tradizionale²²⁷, tipico dell'omissione. Rilevatane l'essenza normativa, muovendo dal *nihil factum*²²⁸, se ne registrava l'alterità genetica rispetto al

225 Cfr. la nota di DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in Foro it., 2002, pp. 601 ss.

226 PALIERO, *op.ult.cit.*, p. 822. La conclusione poggia sull'adozione del modello condizionalistico come schema formale che il diritto utilizza per affrontare il tema della causalità: intesa radicalmente, tale considerazione porta alla parificazione sul piano logico e giuridico dei due modelli di causalità. Capovolgendo la prospettiva, in modo simile alle teoriche dell'evitabilità come connotato d'imputazione obiettiva superiore, si ritiene che "anche l'azione, da un punto di vista normativo, è "omissione" di un dovere giuridico, mancato compimento di una condotta conforme al diritto, omissione di evitare ciò che si poteva, ma soprattutto si doveva evitare", di talché "se la causalità intesa come evitabilità caratterizza l'omissione quale forma minore ed eccezionale di responsabilità, essa deve potersi rintracciare a maggior ragione nell'azione": cfr. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e decorsi alternativi ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013, pp. 119 ss., che inquadra la azione doverosa impeditiva come esempio cristallino di condizione alternativa ipotetica.

Nelle visioni speculari, la causalità omissiva è totalmente eterogenea. Così VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, p. 1681, pone in rilievo il carattere irriducibilmente ipotetico della causalità omissiva, in contrapposizione al carattere "esplicativo" della causalità attiva. La conclusione, a parere dell'a., deve orientarsi nel senso di ammettere che il giudizio sulla causalità dell'omissione non è altro, in realtà, che un giudizio proprio della responsabilità colposa (corrispondente alla ricostruzione ipotetica del comportamento alternativo lecito nella colpa commissiva), così da affermare la "morte" della causalità nell'omissione e la "trasfigurazione" nella colpa: l'effetto principale pratico principale è rappresentato dalla possibilità di affermare il legame tra omissione ed evento anche in presenza di coefficienti di evitabilità medio-bassi.

227 Cfr. ad esempio GRASSO, *op.cit.*, pp. 131 ss.

228 Definisce l'omissione "un nulla", tra gli altri, FIANDACA, voce *Omissione (dir.pen.)*, in Dig. Disc. Pen., vol. VII, Torino, 1994, p. 547.

rapporto causale nel reato commissivo: quest'ultimo si basava su un processo reale, laddove la causalità omissiva era ipotetica. Il rischio era quello di un vero e proprio sistema dicotomico, radicato già a livello epistemologico, con la contrapposizione tra modello nomologico-deduttivo, basato sull'idea dell'implicazione necessaria, e modello stocastico-congetturale, basato su una prognosi probabilistica²²⁹.

Questo tipo di ragionamento rappresentava la premessa teorica per asseverare il nesso in sede omissiva, sulla base di un collegamento più rarefatto tra condotta ed evento, rispetto all'imprescindibile certezza caratterizzante il reato commissivo. Tale degradazione della pregnanza del nesso può ravvisarsi, sul piano pratico, in alcune correnti interpretative maturate nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità omissiva del personale medico-sanitario, per eventi lesivi o mortali occorsi ai fruitori del servizio medico, prima della citata sentenza Franzese: la prima tesi, dell'imputazione praticamente automatica, in quanto fondata sul rilievo del mero obbligo di impedimento; la seconda, del probabile impedimento dell'evento, talvolta basato su apprezzabili possibilità di successo, talaltra su coefficienti di impedibilità medio-bassi, anche del 30%; la terza, della semplice mancata riduzione del rischio di verifica.

Si è visto come la dottrina, nel tempo, abbia acclarato che modello euristico e strumentario esplicativo sono, nei due modelli causali, analoghi. Per completezza, invero, deve darsi conto anche di posizioni piuttosto radicali in ordine ai profili analogici, tanto da affermare una assoluta identità dei due procedimenti di accertamento della causalità.

²²⁹ PALIERO, *op. e loc. ult. cit.*

Tali teoriche muovono dalla premessa di una accostabilità concettuale, nel paradigma della spiegazione causale di un evento, tra le condizioni dinamiche e le condizioni statiche: le prime sono rappresentate dai processi improntati al divenire; le seconde invece da processi caratterizzati dal permanere. Anche le condizioni statiche rappresentano, in questa visione, autentici fattori determinativi del processo: se non esistessero esattamente come sono (dunque se al loro posto vi fosse un *divenire*) lo sviluppo che conduce ai vari accadimenti, e lo stesso esito delle ramificazioni causali, sarebbe diverso; in tal senso, la suddetta categoria di condizioni influenza il decorso esattamente come le condizioni dinamiche, in quanto se non fossero come sono, l'evento *hic et nunc* verrebbe meno²³⁰.

Altra parte della dottrina, pur aderendo alla tesi della non alterità ontologica dei due processi causali, ha evidenziato che sussiste, anche nel quadro di una comunanza di fondo sull'oggettualità controfattuale e sullo strumento nomologico, una fondamentale differenza, che segna anche una diversità del percorso pratico di accertamento: la causalità omissiva si caratterizza per una doppia ipoteticità²³¹. Mentre infatti nella ricostruzione ipotetica del fatto commissivo si muove da un solo dato ipotetico (il venir meno dell'evento per eliminazione dell'azione), nel modello euristico omissivo la protasi si caratterizza per due dati ipotetici (l'eliminazione della causa reale per effetto dell'aggiunta dell'azione doverosa)²³².

Il rilievo della descritta diversità, se non incide sulla analogia di fondo, dunque, comporta delle importanti implicazioni pratiche: la necessità di

230 Si tratta della tesi di STELLA, *op.ult.cit.*, pp. 1252 ss.

231 PALIERO, *op.ult.cit.*, pp. 841 ss.

232 Cfr. anche MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 152.

procedere ad una “doppia sussunzione”, per individuare prima la causa naturale, poi gli effetti dell’azione doverosa non posta in essere²³³; il procedimento di addizione mentale, e non di eliminazione, sul piano logico-euristico²³⁴. Chiaramente, nelle maglie della doppia ipoteticità e nello iato segnato da uno spazio controfattuale più dilatato, si pone la questione del *quantum* dell’impedibilità, che non può che risolversi nel senso della *certezza*, dato il deficit strutturale di “proprietà del fatto” generato dall’assenza di una condotta attiva, e dunque di un’incidenza dinamica sugli accadimenti.

Nondimeno, esistono situazioni nelle quali il paradigma della doppia ipoteticità va applicato anche alla causalità attiva: è il caso nel quale la condotta dell’agente incide su un fattore salvifico o impeditivo dell’evento (si pensi al distacco del respiratore automatico che tiene in vita un degente, ovvero all’ostruzione dell’intervento del bagnino in soccorso di un nuotatore in pericolo): la condotta attiva, in questi casi, può essere definita come condizione negativa dell’evento²³⁵.

Risulta evidente, dallo scandirsi dell’esposizione in tema di causalità omissiva, la peculiare e netta affinità strutturale che lega questo tipo di accertamento con la verifica, da condurre in sede di imputazione obiettiva dell’evento nel fatto colposo, dell’attitudine ad evitarlo espressa dal cd. comportamento alternativo lecito²³⁶. La differenza pratica risiede, a ben

233 Sulla imprescindibilità dell’accertamento del decorso reale e dell’individuazione della causa effettiva, limpidamente, MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell’omissione impropria*, in Riv.it.dir.proc.pen., 2009, pp. 523 ss.

234 MANTOVANI, *op.ult.cit.*, *passim*.

235 DONINI, *La causalità omissiva e l’aumento del rischio. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in Riv. it. dir. proc. pen., pp. 57-58. Più problematico aderire alle analoghe impostazioni proposte in tema di valutazione dell’incidenza causale di comportamenti (asseritamente) attivi nel quadro della responsabilità medica.

236 Ne dà conto, tra gli altri, RAMPONI, *Concause antecedenti*, cit., p. 4 dell’estratto.

vedere, nella misura dell'evitabilità richiesta ai fini dell'affermazione di responsabilità: il reato commissivo colposo è già suffragato dall'accertamento del nesso condizionalistico, condotto attraverso la sussunzione sotto leggi scientifiche, e può dunque caratterizzarsi per un livello di evitabilità, connesso alla condotta diligente, più basso della certezza assoluta. Per vero, una seconda differenza potrebbe essere rintracciata nelle fattezze dell'azione doverosa, che costituisce il primo termine dell'instauranda relazione (doppiamente) ipotetica; si vedrà, però, che tale profilo si caratterizza per una certa sovrapponibilità, seppur bisognosa di precisazioni.

Sulla base di queste due considerazioni, può rilevarsi, riservandosi di approfondire l'affermazione nel prosieguo, che la valutazione afferente al comportamento alternativo lecito, nel quadro del reato omissivo improprio, non è necessaria, in quanto assorbita dall'accertamento del nesso causale.

Un ultimo aspetto risulta meritevole di chiarimento. Sebbene esso attenga alla problematica della individuazione dei criteri utili a tracciare i lineamenti dell'azione impeditiva doverosa, più che strettamente alla relazione causale omissiva, si ritiene opportuno, per motivi espositivi, puntualizzarlo in questa sede. La dottrina che ha teorizzato la distinzione tra regole cautelari proprie ed improprie, ha anche sostenuto, in direzione condivisa da chi scrive, che il reato commissivo colposo, come appena evidenziato, si differenzia dal reato omissivo improprio colposo, in ordine al *quantum* dell'evitabilità/impedibilità, calibrato al livello massimo nell'impianto omissivo. Da questa premessa, tale dottrina enuclea alcune

argomentazioni: richiama le descritte tesi di Stella e Paliero sulla causalità omissiva; evidenzia che, già sul piano letterale, l'art. 40 cpv. fa riferimento ad un obbligo di impedimento e non di "riduzione del rischio" di verificazione dell'evento; considera che il requisito del cd. aumento del rischio, aggiuntivo rispetto al piano causale nelle ipotesi commissive, non può assurgere a parametro unico (sostitutivo del nesso) nelle ipotesi omissive. Da questo insieme di motivazioni, la citata dottrina ricava la conclusione che le regole cautelari improprie non rilevano in tema di reato omissivo²³⁷. Dunque le prescrizioni modali di condotta che mirano ad una riduzione del rischio, piuttosto che alla sua eliminazione, non devono essere prese in considerazione dal garante, nel momento in cui adempie il proprio obbligo d'impedimento.

La tesi non appare, invero, condivisibile. Il carattere proprio o improprio di una regola di cautela è stabilito facendo ricorso ad una astratta proiezione probabilistica, di carattere prognostico, dunque collocata *ex ante*. Il rilievo che, al momento della condotta, le generalizzazioni nomologiche consentano di asseverare una attitudine alla mera riduzione del rischio, non significa che *ex post* la regola non possa rivelarsi senza dubbio concretamente impeditiva. Indossare un casco protettivo è una regola di condotta tesa alla riduzione del rischio di lesioni derivanti dalla caduta di oggetti; essa non consente di annullare totalmente il pericolo, in quanto la potenzialità lesiva dipende anche da dimensioni, peso, forma e velocità dell'oggetto collidente; *ex ante*, essa può dunque definirsi una regola impropria; cionondimeno, *ex post* può asseverarsi che determinate lesioni, causate dalla caduta di un calcinaccio in capo ad un operaio

²³⁷ VENEZIANI, *Regole*, cit., pp. 38 ss.

sprovvisto di casco, in un cantiere edile, non si sarebbero verificate se questi ne fosse stato provvisto. Ciò spiega perché le regole improprie debbano essere tenute in considerazione per costruire l'azione impeditiva cui il garante è tenuto. Oltre ai profili di concettualizzazione giuridica, va posto in evidenza che tale asserto risulta certamente più corretto in punto di efficacia protettiva dei beni giuridici ricadenti nel fascio tutelare proiettato dall'obbligo di impedimento.

5. Obbligo di garanzia e obbligo di diligenza

La complessa tematica della distinzione tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza rappresenta un punto cardinale nella ricostruzione della tipicità dell'omissione impropria colposa, in quanto consente di impostare correttamente il problema della ricostruzione della fisionomia dell'azione doverosa: in altre parole, se si assevera che l'obbligo di diligenza rappresenta il parametro ricostruttivo delle modalità dell'azione di impedimento, il riferimento principale dovrà ricadere, sul piano del metodo, sull'agente-modello (o garante-modello), nel quadro dell'ottica relativistico-normativa di cui esso è espressione²³⁸. La costante confusione tra i due obblighi, d'altro lato, reca con sé evidenti effetti distorsivi: così, da un lato, si ritiene che la violazione della diligenza possa fungere da base istitutiva occulta di un obbligo di garanzia, in difetto dei presupposti formali indicati²³⁹; dall'altro, si oblitera l'istanza relativistica, che

²³⁸ Evidentemente si fa riferimento, essendo questo l'orizzonte di studio del presente lavoro, ai casi nei quali non sia la norma istitutiva dell'obbligo e del potere di impedimento a tracciare specificamente anche l'azione impeditiva, che dal garante si pretende. Nondimeno, tali aspetti saranno considerati nel paragrafo che segue.

²³⁹ È il classico caso della precedente azione pericolosa, da inquadrarsi più correttamente nella causalità attiva: v. MANTOVANI, op.cit., pp. 161 ss. Ma anche il caso, più particolare, della successione tra garanti nella funzione di controllo di fonti di pericolo, quando il primo garante

caratterizza la diligenza, in nome della funzione di tutela propria dell'obbligo di garanzia, innalzando la pretesa connessa al dovere impeditivo a *tutto ciò che è possibile ed adeguato* a preservare il bene giuridico.

La dottrina pressoché unanime assevera la non coincidenza tra i due obblighi. Invero, per comprendere analiticamente i termini della riflessione sul punto, nonché per utilità espositiva, si rende opportuno distinguere due piani: d'un lato, la dimensione della coincidenza giuridico-concettuale, predicato che vuole contrassegnare come con le espressioni "obbligo di garanzia" ed "obbligo di diligenza" si designi, in realtà, nel quadro del reato omissivo improprio colposo, la medesima posizione giuridica passiva in capo al soggetto garante²⁴⁰; ben altra impostazione, invece, è quella di chi, muovendo dalla distinzione sul piano giuridico-concettuale, afferma che tra i due obblighi vi sarebbe una sovrapposibilità contenutistica, vale a dire che l'azione doverosa, per il garante, sia quella impostagli dall'obbligo di diligenza, di talché la violazione dell'obbligo di garanzia sia sempre violazione anche del (diverso) obbligo di diligenza²⁴¹.

L'unanimità dottrinale di vedute, testé menzionata, in ordine alla distinzione tra i due obblighi, concerne la sfera giuridico-concettuale. La posizione consolidata, dunque, è nel senso di tenere distinte le due

risulti inosservante e successivamente trasferisca la propria posizione (con il corredo di poteri impeditivi): in tali casi, *dall'inosservanza della diligenza si fa discendere una perdurante posizione di garanzia*, che si prolunga anche dopo il trasferimento; invece, più correttamente, andrebbe sostenuto che, se per il secondo garante i vizi sono riconoscibili, il trasferimento della posizione è completo, e non residua più alcun obbligo di garanzia in capo al primo. Sul punto GARGANI, *Ubi colpa ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, Ind. Pen., 2000, pp. 631 ss.

240 MARINUCCI, *La colpa*, op. cit., pp. 101 ss.

241 FIANDACA, *op.ult.cit.*, pp. 104-106, nonché gli autori che saranno citati dappresso.

dimensioni giuridiche, sebbene talora essa rimanga una sorta di affermazione di principio.

Parte della dottrina, radicalmente demarcando i due piani, ritiene che non possa asseverarsi neanche una sovrapposibilità contenutistica. La premessa di tale impostazione è una rigorosa dimostrazione della diversità giuridica, condotta sulla base delle caratterizzazioni dei due obblighi. Così, sul piano della *funzione*, l'obbligo di garanzia si caratterizzerebbe per uno scopo repressivo, in modo del tutto analogo alle fattispecie di divieto; l'obbligo di diligenza sarebbe invece direzionato in senso preventivo, in quanto connesso all'esigenza di evitare il pericolo potenzialmente connesso alla propria condotta. In punto di *destinatari*, l'obbligo di garanzia si rivolgerebbe sempre ad una circoscritta cerchia di soggetti, individuata in ragione di determinate prerogative esplicantesi in un rapporti di protezione o nel controllo di una fonte di pericolo; l'obbligo di diligenza, invece, si dirige potenzialmente a chiunque. Sul piano del *contenuto*, l'obbligo di garanzia sarebbe obbligo di agire per impedire un evento; l'obbligo di diligenza consisterebbe nell'approntare particolari cautele in grado di fronteggiare il pericolo potenziale. Sul piano del *momento di insorgenza*, l'obbligo di garanzia sorge con la situazione di pericolo per il bene giuridico da proteggere; l'obbligo di diligenza, essendo preventivo, sorge ancora prima, quando si pone in essere una condotta potenzialmente pericolosa per i beni giuridici. Infine, la *violazione* dell'obbligo di garanzia si sostanzierebbe nel rimanere inerti, lasciando che la situazione di pericolo evolva in danno. La violazione dell'obbligo di diligenza, invece, può concretizzarsi in due sensi: in primo

luogo, nel porre in essere una condotta attiva senza aver adottato le necessarie cautele, lasciando che le energie causali ad essa connesse, transitando per uno stato di pericolo non temperato, determinino un danno; in secondo luogo, nel quadro dell'omissione impropria, nel non compiere l'azione impeditiva "a causa dell'inosservanza delle cautele stesse"²⁴².

La tesi della sovrapposibilità contenutistica dei due obblighi, dal canto suo, proietta un preciso precipitato giuridico: ad ogni violazione dell'obbligo di garanzia corrisponde una violazione dell'obbligo di diligenza, dal momento che l'obbligo di diligenza indica il contenuto modale dell'azione doverosa imposta dall'obbligo di garanzia. Venir meno all'obbligo di impedimento, dunque, significa non aver compiuto l'azione costruita secondo i parametri dettati dall'obbligo di diligenza. In questa visione, non sempre risulta chiaramente scolpita la distinzione, né tracciati adeguatamente i termini della sovrapposizione/intersecazione dei due obblighi: così, ad esempio, si afferma allo stesso tempo che "il garante non è tenuto a fare di meno [...] di quanto gli è imposto dall'osservanza dell'osservanza delle regole di diligenza" e che "la misura della diligenza imposta non può oltrepassare quella a cui egli è obbligato come garante"²⁴³, accrescendo, invece di dissipare, l'incertezza sostanziale sugli istituti.

Invero, l'indicazione dottrinale più chiara ed efficace sulla differenza tra i due obblighi, è rappresentata una delle formule in apparenza più laconiche: l'obbligo di garanzia impone di agire; l'obbligo di diligenza impone le modalità dell'azione²⁴⁴.

242 LEONCINI, op.cit., pp. 118 ss.; MANTOVANI, op.ult.cit., passim.

243 FIANDACA, op.ult.cit., pp. 104-105.

244 GIUNTA, *Illiceità*, cit., pp. 90 ss, in particolare p. 96.

Come sarà meglio chiarito in chiusura di paragrafo, quindi, per costruire il modulo complessivo dell'*adempimento* dell'obbligo di garanzia, occorre fare necessariamente riferimento ad entrambi gli obblighi, sebbene il fondamento costitutivo della rilevanza giuridica dell'omissione rimanga il primo.

Talvolta gli autori che sostengono la sovrapponibilità/intersecazione evidenziano come l'adempimento dell'obbligo di garanzia, dovendosi informare, nell'omissione colposa, al parametro della diligenza, debba necessariamente tradursi nell'*adozione di misure di prevenzione*, che mettano in sicurezza la situazione e siano in grado di fronteggiare anticipatamente il pericolo. Nel caso dell'omissione dolosa, invece, quel che rileva è soltanto, in quest'ottica, il mancato compimento dell'*ultima azione utile* a evitare la lesione del bene giuridico. Il fatto tipico della colpa omissiva si polarizzerebbe su un obbligo di sicurezza, quello proprio del dolo omissivo su un obbligo di salvataggio²⁴⁵.

Si è visto, dunque, come la dottrina della sovrapponibilità (o forse, sarebbe meglio dire, della complementarità) dei due obblighi, giunga alla conclusione di una corrispondenza univoca tra violazione dell'obbligo di garanzia e violazione dell'obbligo di diligenza: se si è violato l'obbligo di garanzia, ciò significa che si è sempre violato anche l'obbligo di diligenza. Autorevole dottrina, muovendo da una considerazione analitica delle fasi che caratterizzano l'adempimento dell'obbligo di garanzia, è giunta alla conclusione che tale sovrapponibilità (e la conseguente corrispondenza univoca delle violazioni) sia soltanto *parziale*²⁴⁶. Il doveroso espletamento

245 GRASSO, op.cit., pp. 370 ss. FIANDACA, op.ult.cit., passim.

246 GRASSO, op. e loc. ult. cit.

dell'obbligo salvifico si scandisce infatti in due fasi: riconoscimento della "situazione di garanzia", intesa come la condizione di pericolo che attualizza l'obbligo di impedimento; individuazione ed esecuzione dell'azione doverosa. La sovrapponibilità ammantava la seconda fase, ma non quella del riconoscimento del pericolo: infatti, laddove il garante, incolpevolmente, non abbia consapevolezza della situazione di garanzia, e dunque non agisca, egli *avrà violato l'obbligo di garanzia, ma non l'obbligo di diligenza*; conseguentemente, non potrà considerarsi responsabile, per difetto di colpa. Viceversa, laddove il garante avesse individuato e compiuto l'azione doverosa secondo diligenza e l'evento lesivo si fosse egualmente verificato, non vi sarebbe violazione dell'obbligo di garanzia (né, ovviamente, di quello di diligenza).

Volendo schematizzare le prospettazioni dottrinali cui si è fatto riferimento, può articolarsi la seguente traccia.

- 1) Un primo gruppo di teorie, piuttosto risalenti, predica la totale sovrapponibilità, sia concettuale che pratico-contenutistica, tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza.
- 2) Un secondo gruppo di teorie afferma che i due obblighi vadano distinti sul piano giuridico-concettuale, ma siano intersecati su quello pratico-contenutistico, in quanto l'obbligo di diligenza indica le *modalità dell'azione di impedimento*, essendo l'obbligo di garanzia una sorta di obbligo di risultato salvifico del bene giuridico. Talora si puntualizza, da parte di alcuni studiosi, che la sovrapponibilità è soltanto parziale, non involgendo il riconoscimento della situazione di garanzia.

Sempre all'interno del gruppo 2, un insieme di autori evidenzia che il

garante, alla luce dell'intreccio contenutistico citato, sia tenuto ad approntare misure di sicurezza preventive, per adempiere ai propri obblighi, piuttosto che ad attuare un vero e proprio intervento impeditivo che anticipi, nell'immediatezza, la lesione.

3) Un'ultima impostazione distingue radicalmente i due obblighi. Sul piano pratico-contenutistico, evidenzia che l'obbligo di garanzia viene inadempito *a causa* della violazione di un obbligo di diligenza (esempio del medico che lascia morire un paziente, non prescrivendo la terapia adeguata -violazione dell'obbligo d'impedimento- per aver omesso un percorso diagnostico necessario ad individuarne la patologia²⁴⁷).

I problemi principali della teoria sub 3) sembrano essere: la limitatezza nel delineare una rappresentazione parziale dei rapporti tra obbligo di garanzia e di diligenza, circoscritta al caso in cui l'obbligo di garanzia è inadempito perché è violato, a monte, un obbligo di diligenza che impedisce di percepire il pericolo per il bene giuridico; tali teoriche, invece, nel propugnare la radicale distinzione tra i due obblighi, non la contestualizzano mai alla fase di *esecuzione* dell'azione doverosa; per questo, esse risultano invero povere di indicazioni, a differenza delle teorie sub 2), in ordine alle modalità di espletamento dell'obbligo di impedimento. Tornando all'esempio appena indicato dell'omissione da parte del medico, qual è il criterio per stabilire il corretto percorso terapeutico da prescrivere al paziente? Se il medico avesse effettuato una diagnosi corretta, e poi errato nella scelta o nell'"esecuzione" della terapia, come si attergerebbero i rapporti tra l'obbligo d'impedimento e quello di diligenza?

²⁴⁷ Tratto da MANTOVANI, *op.ult.cit.*, p. 171.

Muovendo dalle impostazioni sub 3), risulta invero problematico trovare delle risposte. Ciò in quanto, per individuare i connotati modali dell'azione impeditiva, occorre pur sempre fare riferimento al parametro della diligenza obiettiva: in altre parole, almeno in prima approssimazione, può dirsi che, sul piano delle modalità dell'azione una sovrapposizione risulta inevitabile. A ben vedere, infatti, tutti gli esempi citati da questa dottrina attengono ad una negligenza che impedisce al garante di *individuare il pericolo*, e dunque di attualizzare il proprio obbligo; si tratta proprio dell'ipotesi nella quale, secondo alcuni autori del gruppo 2), non vi è sovrapposibilità tra i due obblighi, e dunque risulta più "semplice" argomentare la estraneità dell'uno dall'altro. Il riferimento alla diligenza obiettiva, al fine di costruire anche i momenti della individuazione ed esecuzione dell'azione doverosa, è peraltro confermato dall'impostazione in ordine all'inserimento di tale parametro nell'alveo della tipicità del reato colposo.

L'unica alternativa, in seno alle teorie sub 3), per individuare i tratti modali dell'azione di impedimento dell'evento, è quella di fare riferimento alla *migliore scienza ed esperienza*. In assenza di una possibilità dommatica di richiamare il parametro dell'agente modello, non resta che rifarsi ad un concetto di pura impedibilità, per asseverare la violazione dell'obbligo di garanzia. Tale percorso, però, oblitera totalmente le esigenze di relativizzazione proprie del coefficiente colposo, intrinsecamente discendenti da tale tipo di responsabilità. Per non disconoscere tale esigenza funzionale, dovrebbe sostenersi, a stretto rigore, il seguente percorso: 1) giudizio controfattuale, afferente alla

causalità, nel quale il primo termine è rappresentato dal comportamento impeditivo individuato secondo la migliore scienza ed esperienza, e il grado di impedibilità dell'evento si assesta sulla certezza; 2) secondo giudizio controfattuale, afferente al comportamento alternativo lecito, nel quale il primo termine è rappresentato dal comportamento impeditivo individuato secondo la diligenza obiettiva, e il grado di impedibilità sufficiente è dato da un significativo innalzamento delle possibilità di salvezza del bene giuridico. Si tratta, a ben vedere, di una duplicazione, oltretutto chiaramente irragionevole, eccessivamente penalizzante situazione del garante, nella prospettiva della responsabilità colposa.

Ne discende, come conclusione intermedia, che, nell'ambito della colpa omissiva, il giudizio sul cd. comportamento alternativo lecito è assorbito nella verifica di causalità²⁴⁸, in ragione di due elementi: il primo termine della relazione causale è individuato secondo la diligenza obiettiva; il relativo coefficiente di impedibilità deve integrare la certezza, mentre il giudizio di evitabilità proprio della colpa commissiva si accontenta di un *minus* probabilistico.

D'altro lato, quanto alle teorie sub 2), deve evidenziarsi che limitare l'espletamento dell'obbligo di impedimento alla predisposizione di misure di sicurezza, come in alcune delle opinioni citate, appare riduttivo: se un bagnino erra grossolanamente nel lanciare un salvagente ad un nuotatore in difficoltà, il suo inadempimento colposo dell'obbligo di garanzia sarà

²⁴⁸In questo senso, esplicitamente, CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, p. 167. Adesivamente, anche DONINI, *op.ult.cit.*, pp. 43 ss., che evidenzia come sia diverso, nei due modelli, il rilievo del "dubbio sull'evitabilità": nell'omissione, esso esclude che il fatto possa considerarsi proprio del soggetto; nella colpa, non esclude la proprietà del fatto comunque asseverata dal legame eziologico naturalistico. Contra VIGANÒ, *op.ult.cit.*, *passim*, secondo cui, come visto, la impostazione dovrebbe essere invertita.

indiscutibilmente slegato dall'approntamento di misure preventive, rispetto al momento, che assume rilievo centrale, della esecuzione dell'azione. Il paradigma dell'adozione di misure di sicurezza, ad ogni modo, sembra ben attagliarsi all'espletamento dei doveri di controllo di una fonte di pericolo, dove risolvere l'obbligo di impedimento nel compimento di un'azione di salvataggio non appare invero opportuno: oltre a comprimere irrimediabilmente la libertà del garante (costretto ad una vigilanza diretta costante della fonte, per poter attuare i singoli salvataggi), tale impostazione conduce a risultati paradossali (il proprietario di un edificio pericolante sarebbe tenuto a impedire che un calcinaccio cadente colpisca un passante mediante un'azione salvifica diretta, piuttosto che mettendo in sicurezza l'edificio stesso).

Infine, va spesa qualche riflessione sul tema della corrispondenza univoca, totale o parziale, delle violazioni dell'obbligo di garanzia con violazioni dell'obbligo di diligenza. Per farlo, si renderanno necessari brevissimi riferimenti alla dottrina civilistica, nel cui alveo è stato teorizzato il concetto di diligenza.

La diligenza, si è visto, è nozione intrinsecamente elastica²⁴⁹. Essa infatti, indica un certo *modo di comportarsi*, ritenuto conforme alle pretese dell'ordinamento: in altre parole, è destinata ad operare all'interno di un comando normativo, indicando le modalità dell'espletamento, sovente ricorrendo allo strumento della figura ideale, variamente determinata. Tale elasticità si è espressa, in ambito civilistico, in due contesti. Nell'istituto delle obbligazioni, la diligenza sta a contrassegnare lo "sforzo

249 V. il già citato RODOTÀ, voce *Diligenza*, cit., *passim*.

astratto”²⁵⁰ cui è tenuto il soggetto su cui grava la posizione giuridica passiva, o, per usare le parole della Relazione al codice civile, “il complesso di cure e cautele”²⁵¹ necessarie per preservare l’interesse creditorio. Sul piano della responsabilità extracontrattuale, la diligenza è utilizzata in connessione con il precetto del *neminem laedere*, e ne introietta interamente la indeterminatezza²⁵²; così, la dottrina civilistica giunge alla conclusione che, nel contesto della colpa extracontrattuale, affinché alla diligenza sia connesso un preciso significato di qualificazione giuridica, debbono adoperarsi i concetti generali di prevedibilità e prevenibilità del danno²⁵³; la vaghezza e dilatazione del concetto, in ambito civilistico, trovano poi temperamento nel carattere di necessaria ingiustizia del danno, intesa come incisione di una posizione giuridica (previamente) riconosciuta.

Si è visto come, anche in ambito penale, vengano in rilievo, per definire la diligenza obiettiva, i concetti di prevedibilità (o riconoscibilità del pericolo) ed evitabilità dell’evento. Se ne sono evidenziate le sfumature d’indeterminatezza, proponendo una accezione di agente-modello incardinata sulla medietà, ed intesa in senso sociologico, per accrescere il coefficiente di predeterminazione della regola comportamentale da seguire. Rimane che il dovere di diligenza, in ambito civile come in ambito penale, indica le *modalità dell’azione richiesta da una norma*. Nel diritto civile, in ambito extracontrattuale (la dimensione che, per affinità,

250 GIORGIANNI, *Inadempimento (dir. priv.)*, in Enc. Dir., vol. XX, Milano, 1970, par. 22.

251 V. *Relazione del ministro guardasigilli al codice civile*, p. 117.

252 “Il dovere di diligenza, trasportato in campo extraobbligatorio, ritorna ad essere una formula vacua ed inconsistente come quella del *neminem laedere*”. Parole di MAIORCA, *Colpa civile (teoria generale)*, in Enc. Dir., vol. VII, Milano, 1960, par. 7.

253 MAIORCA, *passim*, in particolare paragrafo 33.

più interessa in questa sede) indica le modalità dell'azione, affinché risulti rispettato il precetto generale del *neminem laedere*. Nel diritto penale, indica le modalità dell'azione, affinché, ad esempio, non si violi il precetto "è vietato cagionare la morte di un uomo".

Quanto detto induce ad una conclusione intermedia: il dovere di diligenza è identificato dalla prevedibilità ed evitabilità di un certo evento; tali potenzialità si definiscono ricorrendo al parametro fornito da una figura ideale di agente-modello; il dovere di diligenza si lega indissolubilmente al precetto nel quale è destinato ad operare, precetto che talvolta è così generico (si pensi al *neminem laedere* civilistico) da non poter rappresentare un solido aggancio contenutistico²⁵⁴.

Indicando la diligenza, in definitiva, il *modo di ottemperare* ad un precetto, ritiene chi scrive che le teorie che sostengono una sovrapposibilità soltanto parziale non colgano nel segno. Se il garante ha diligentemente agito, dal punto di vista dell'ordinamento egli ha ottemperato alla propria funzione di protezione o controllo: l'obbligo di garanzia, in caso di rispetto dell'obbligo di diligenza, non può considerarsi violato²⁵⁵. Peraltro deve nuovamente segnalarsi che le architetture sistematiche più moderne facilitano l'approdo a tale conclusione, in quanto inseriscono la diligenza obiettiva nell'alveo della tipicità; laddove colpa e diligenza afferissero alla

254 L'aggancio al precetto è necessario per affrancare la diligenza da una dimensione esclusivamente socio-naturalistica (essere diligente o agire in modo diligente), e farne concetto giuridico (*dovere di diligenza*).

255 Pur non volendo cadere nell'impianto imperativistico, la "violazione di un dovere" è pur sempre concetto che riguarda la relazione tra soggetto e norma, e non lo scopo del dovere: talora lo scopo del dovere può essere frustrato pur in assenza di violazione. Così, in ambito civilistico, nelle obbligazioni di risultato, che più di tutte s'impennano sulla centralità dello scopo, si esclude la violazione del dovere se si sia praticato dal debitore uno "sforzo diligente adeguato", nonostante il quale non residuino strumenti praticabili per assicurare il risultato al creditore. Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, sub artt. 1218-1219, pp. 31 ss.

categoria della colpevolezza, invece, sarebbe più problematico affermare una piena sovrapposibilità pratico-contenutistica (e corrispondenza univoca delle violazioni), tra un obbligo che attiene al giudizio di tipicità ed uno che presiede alla valutazione di colpevolezza.

Ma vi è di più. Se il dovere di diligenza è strettamente raccordato al precetto, del quale indica le modalità conformi di azione, può valorizzarsi la differenza tra il precetto che “*vieta di cagionare la morte di un uomo*”, e il comando che “*impone di impedire la morte di un uomo*”. Valorizzare tale differenza significa che, fermi restando i connotati “genetici” della prevedibilità/evitabilità e del ricorso all’agente-modello, ciò che concorre, *all’interno* di quei criteri, alla definizione del dovere di diligenza, nel contesto omissivo, può divergere rispetto alla ricostruzione propria della colpa commissiva. Ciò riceve conferma quantomeno da tre considerazioni. Sul piano giuridico-materiale, dalla palese diversità tra i due adempimenti, dato che la colpa commissiva poggia sull’esigenza di impedire che dal *proprio* libero agire possano, per trascuratezza, determinarsi eventi lesivi di beni giuridici, laddove l’omissione investe il soggetto di una funzione di salvaguardia che deve incidere su processi lesivi a lui *estranei*, in un quadro nel quale la sua azione *rileva esclusivamente per l’istanza salvifica* ad essa connessa. In altre parole essa non è considerata quale azione libera dalla quale potrebbero derivare, collateralmente, lesioni di beni giuridici, ma come un’*azione imposta* per un determinato fine: tale differenza tra i precetti non può che riflettersi sul modo di ottemperarli (*rectius*, il dovere di *diligentemente* ottemperarli).

La seconda considerazione, sul piano giuridico-formale, discende da

quanto si è puntualizzato in ordine al significato dommatico dell'obbligo di impedimento, all'autonomia della fattispecie omissiva e alla diversità strutturale tra fattispecie di divieto e di comando.

In terzo luogo, siffatta conclusione, soprattutto, è avvalorata sul piano sostanziale e valoriale, dalla diversa incidenza dei principi costituzionali: nella colpa commissiva, viene in rilievo il principio di libertà, che riceve temperamento in ragione di istanze di "sicurezza dei traffici" e di comparazione degli interessi, talora solidaristiche; nel reato omissivo la prospettiva si ribalta, in quanto l'istanza solidaristica assume importanza centrale nella scelta di criminalizzazione e nell'impulso funzionale alla costruzione della fattispecie, ricevendo dal principio di libertà una mera contrapposizione in chiave limitativa.

6. La rilevanza della disciplina istitutiva dell'obbligo di impedimento, con particolare riferimento ai poteri impeditivi, come parametro eventuale di ricostruzione dell'azione doverosa; scopo di tutela della norma istitutiva e concretizzazione del rischio.

Nei passaggi dedicati alla indicazione delle caratteristiche dell'obbligo di garanzia, in una visione costituzionalmente orientata, si è posta in luce la necessaria attribuzione al garante di poteri impeditivi.

In passato, autorevole dottrina aveva impostato la questione in termini rigidamente fattivo-funzionali: il potere d'impedimento, così, era stato ricostruito come situazione di dominio sui fattori causali che possono ingenerare il pericolo dell'evento lesivo. Evidentemente, era sorta la necessità di distinguere tale posizione dalla condizione di mera

impedibilità dell'evento che può interessare, a seconda delle caratteristiche assunte dal caso concreto, anche il *quivis de populo*. La differenza sostanziale risiede, nella visione descritta, nella particolare pregnanza della signoria caratterizzante la posizione del garante: essa consente al soggetto di impedire lo stesso ingenerarsi iniziale della situazione di pericolo, laddove il soggetto dotato del mero potere fattuale di impedire incide soltanto sull'ultimo segmento dell'interazione causale, intervenendo sulla verifica dell'evento. L'esempio addotto faceva perno sull'evento dell'investimento letale da parte di un treno, e sulla comparazione tra la signoria propria della posizione del casellante e la mera impedibilità dell'evento caratterizzante colui che, trattenendo fisicamente la potenziale vittima nell'atto di attraversare i binari, impedisce che venga travolta dal convoglio²⁵⁶.

Tale impostazione è stata criticata, ponendo in evidenza che non sempre il soggetto investito della funzione di garanzia è dotato del potere fattuale di impedire l'innescò del decorso lesivo. Piuttosto, è stato evidenziato, tale paradigma *ben si attaglia alle posizioni di controllo* di fonti di pericolo, ove la padronanza involge per definizione i passaggi da cui scaturisce il pericolo. La possibilità di padroneggiare i fattori originari del pericolo, invece, verrebbe radicalmente meno nel caso di obbligo di protezione, che ben può esplicarsi in un impedimento dell'evento, in prossimità della sua verifica. Così, nel già citato esempio del bambino in procinto di annegare, l'intervento salvifico si concreterà a pericolo già innescato; inoltre, in questi casi, la situazione del passante si contrappone a quella del genitore, o del bagnino, non per una diversa signoria fattuale, ma solo

²⁵⁶ FIANDACA, *op.ult.cit.*, pp. 68 ss.

per l'esistenza di un preciso obbligo giuridico di attivarsi²⁵⁷. D'altro canto, tale opinione, nel ritenere sufficiente, in taluni casi, un potere meramente fattuale di impedire, non sembra cogliere nel segno, in quanto tale attributo non si risolve in una prerogativa "distintiva" del garante, ma potrebbe accomunarlo a qualsivoglia soggetto si trovi nella situazione di poter materialmente impedire l'evento.

Per questo parte della dottrina propone di caratterizzare indefettibilmente il potere d'impedimento, del predicato della *giuridicità*. Con tale qualificazione si fa riferimento, in sintesi, all'esigenza: di una posizione giuridica cui siano riconosciuti poteri di vigilanza e di intervento specificamente impeditivo; che tale attribuzione sia caratterizzata per la preesistenza rispetto alla situazione di pericolo e per l'astrattezza della previsione formale; che tale prerogativa, dunque, sia delineata in una disciplina extrapenale, dal momento che una norma incriminatrice non può attribuire e disciplinare poteri impeditivi²⁵⁸. Tale impostazione è certamente condivisibile, soprattutto considerando la sua discendenza garantista dal principio di responsabilità penale per fatto proprio colpevole. Evidentemente, il requisito del potere giuridico di impedire non deve essere formalizzato e tradursi in una ricerca spasmodica di una norma attributiva, ma va inteso in senso funzionale e inquadrato nel suo contesto di riferimento, vale a dire l'istituzione di un obbligo di impedimento: a volte esso è implicito nella disciplina extrapenale di un ruolo, laddove -aspetto maggiormente rilevante- la posizione giuridica

257 GRASSO, op.cit., pp. 241 e 260-261.

258 LEONCINI, op.cit., pp. 70 ss.; MANTOVANI, *op.ult.cit.*, pp. 159-161. Sull'ultimo punto, la posizione si demarca da quella sostenuta da FIANDACA-MUSCO, op.cit., p. 611, secondo i quali andrebbe operata una distinzione all'interno della categoria dei reati omissivi propri, idonei a costituire una posizione di garanzia qualora rivolti ad una specifica cerchia di soggetti qualificati.

soggettiva è tratteggiata in termini di potere-dovere e non necessariamente di autorizzazione-comando²⁵⁹ (si pensi al potere-dovere di protezione in capo ai genitori).

La questione del potere-dovere d'impedimento si è affrontata in questa sede per poterne evidenziare gli ambivalenti influssi in tema di ricostruzione dell'azione doverosa. Tali rapporti conformativi dipendono dalla ampiezza e genericità con la quale il potere è attribuito. A volte, il potere conferito è delineato con tale specificità da influire direttamente sul contenuto dell'azione doverosa, ritagliandola sul piano funzionale. Non si tratta, beninteso, di una *qualità giuridica* del potere impeditivo (come la indefettibilità affinché sussista un obbligo di garanzia), ma soltanto di un suo *riflesso descrittivo*, che comunque può arrecare notevoli semplificazioni interpretative. Un esempio, in tal senso, può essere rappresentato, nell'ambito dei cantieri temporanei o mobili, dalla posizione del coordinatore per l'esecuzione dei lavori. L'art. 92 del D. Lgs. n. 81 del 2008 contiene un'elencazione degli obblighi connessi al ruolo, che si chiude, alla lettera f), con il potere-dovere di sospendere *“in caso di pericolo grave e imminente, direttamente riscontrato, le singole lavorazioni fino alla verifica degli avvenuti adeguamenti effettuati dalle imprese interessate”*. Si tratta dell'unico potere di impedimento caratterizzante il suddetto ruolo²⁶⁰. L'azione doverosa direttamente impeditiva è rappresentata dalla sospensione delle

259 La situazione di potere-dovere implica la legittimazione autorizzativa a compiere un atto, accompagnata dal dovere di esercitare il potere; non sempre a livello disciplinativo-formale essa implica una vera e propria attribuzione. La situazione di autorizzazione-comando, oltre alla previsione del potere, implica un dovere di conformarsi al potere in capo a soggetti “subordinati”: cfr. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Torino, 2014, p. 134.

260 PIVA, *Rischio penale per l'“altrui interferenza” e cumulo di responsabilità nelle attività di cantiere*, in AA.VV., *Responsabilità individuale e responsabilità degli enti negli infortuni sul lavoro*, Napoli, 2012, pp. 217 ss. . Gli altri obblighi, enucleati nel citato articolo, riguardano la verifica del rispetto delle prescrizioni legali in tema di sicurezza e, in caso di violazioni riscontrate, il dovere di riferire, prima al datore di lavoro, poi all'Azienda Sanitaria Locale.

lavorazioni; graveranno, evidentemente, sul coordinatore per l'esecuzione, specifici obblighi di monitoraggio e vigilanza volti a individuare la situazione di "pericolo grave ed imminente".

D'altro lato, invece, vi sono situazioni, probabilmente più frequenti, in cui il potere impeditivo è funzionalmente molto ampio e, all'interno di tale sfera potenziale, occorrerà ritagliare la condotta doverosa sulla base della diligenza obiettiva (si pensi a taluni casi di responsabilità medica)²⁶¹.

In linea generale, l'influsso della disciplina legale, discendente dall'istituzione di una posizione di garanzia, può esplicarsi in varie direzioni e con differenti intensità sulla fisionomia dell'azione doverosa. In primo luogo, la disciplina legale può dare *indicazioni in ordine al profilo della prevedibilità-riconoscibilità del pericolo*, pronunciandosi sulle caratteristiche della "situazione di garanzia" rilevante, intesa come contesto situazionale su cui deve proiettarsi il dovere di sapere: la norma poc'anzi citata, ad esempio, richiede una prognosi avente ad oggetto eventi lesivi incidenti su beni di alto rango, che siano prossimi alla verifica.

In secondo luogo, soprattutto nell'ambito delle posizioni di controllo, la disciplina legale può prescrivere al garante *quali misure adottare* in funzione impeditiva, secondo vari livelli di dettaglio: indicazione puntuale della misura, sovente con riferimento ad una disciplina tecnica secondaria²⁶²; indicazione specifica dell'azione impeditiva, con clausola

261 Per la posizione di garanzia caratterizzante il ruolo dello psichiatra, cfr. CUPELLI, *La colpa dello psichiatra. Rischi e responsabilità tra poteri impeditivi, regole cautelari e linee guida*, in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1458553545CUPELLI_2016a.pdf, pp. 10 ss.

262 Cfr. D. Lgs. 81/2008, all. XX, lett. A, n. 1: "le scale portatili siano costruite conformemente alla norma tecnica UNI EN 131 parte I.a e parte 2.a".

aperta a mezzi analoghi sul piano preventivo²⁶³ o senza (come nel caso del coordinatore per l'esecuzione); indicazione di un profilo di rischio che, nel generale dovere di approntare misure di sicurezza, deve essere specificamente considerato e fronteggiato²⁶⁴. Il tecnicismo capillare talora integrato da queste disposizioni consente di ritenere ordinariamente assorbito il giudizio di riconoscibilità del pericolo e di individuazione delle modalità per fronteggiarlo, sebbene, come in ogni caso di colpa specifica, tale indicazione conservi un valore soltanto tendenziale, aperto comunque ad un riscontro concreto della corrispondenza del dovere di sapere e del dovere di (saper) fare, proprio dell'agente-modello, con il contenuto dispositivo delle cautele formalizzate²⁶⁵.

Un ultimo profilo di rilevanza della disciplina istitutiva, che non riguarda la conformazione del comportamento dovuto dal garante, ma piuttosto la stessa valenza fondante la posizione di garanzia, è data dal suo profilo teleologico, impalcatura dell'*imputazione obiettiva* in sede omissiva. Occorre, da questo angolo visuale, tenere ben distinto lo *scopo di tutela della norma istitutiva*, dalla *concretizzazione del rischio* proprio della regola cautelare. Mentre il primo aspetto concerne direttamente la perimetrazione della funzione di protezione o controllo, il secondo si atteggia, esattamente come nella colpa commissiva, con riferimento allo spettro preventivo della regola di condotta disattesa. Afferisce alla dimensione dello scopo di tutela della norma istitutiva, ad esempio,

263 All. VI al medesimo decreto, par. 1.9: "i lavoratori addetti alle operazioni di colata e quelli che possono essere investiti da spruzzi di metallo fuso o di materiali incandescenti devono essere protetti mediante adatti schermi o con altri mezzi".

264 Art. 272 del citato decreto: in caso di lavorazioni caratterizzate dal rischio di esposizione ad agenti biologici, il datore di lavoro "progetta adeguatamente i processi lavorativi, anche attraverso l'uso di dispositivi di sicurezza atti a proteggere dall'esposizione accidentale ad agenti biologici".

265 ROMANO, *Commentario*, cit., *sub* art. 43, paragrafi 83-86.

comprendere, in caso di lavorazioni in contesto cantieristico, se la funzione tutelare sia riferita ai soli lavoratori, ovvero a tutti coloro che, anche occasionalmente, gravitano nello spazio fisico-materiale in cui il cantiere è innalzato durante i lavori²⁶⁶, oppure a chiunque si trovi a contatto con le lavorazioni, anche al di fuori dello spazio che delimita il cantiere²⁶⁷.

La questione spesso si intreccia con la tematica, propriamente colposa, della concretizzazione del rischio: se una barriera anticaduta, da montare sul lato esterno di un'impalcatura, non viene apposta, e per la sua mancanza una scheggia proveniente dal basso attinge un lavoratore, la regola cautelare disattesa non risulterà ricomprendere finalisticamente il rischio realizzato. Talora, le due dimensioni sono difficilmente distinguibili: si pensi al caso di un ragazzino che si intrufoli, nottetempo, in un cantiere, nel quale mancano le suddette barriere anticaduta, e disgraziatamente scivola nel camminare su un'impalcatura. Lo scopo di tutela della regola cautelare è preservare i soggetti che si trovano ad operare sulle impalcature durante le lavorazioni; ancora più a monte, però, può dirsi che il profilo teleologico dell'obbligo di controllo si dispiega esclusivamente entro il confine dello svolgimento dei lavori.

7. La possibilità di compiere l'azione doverosa e il suo intreccio con la colpa; la impossibilità relativa come criterio esterno di delimitazione dell'azione doverosa.

266 Per un esempio trattato dalla giurisprudenza, v. Cass. Pen. n. 11492 dell'11 marzo 2013.

267 Si ponga il caso dell'utilizzo di un escavatore per operare la demolizione di un edificio, che ne cagioni il crollo incontrollato, investendo anche il palazzo attiguo e determinando la morte di varie persone, trattato da Cass. Pen. n. 44204 del 14 novembre 2012, più facilmente risolvibile se (correttamente) inquadrato nella causalità attiva.

La trattazione in ordine al potere materiale di impedire non può che aprirsi con un riferimento alle radici costituzionali su cui poggia la sua indefettibilità, già citate in precedenza: la necessità della caratterizzazione personale della responsabilità, anzitutto; e ancor prima, a livello sistemico, l'ispirazione utilitaristico-strumentale del diritto penale, il principio di ragionevolezza e la direzione rieducativa della pena. Si può segnalare, anticipando sin d'ora la conclusione di questo paragrafo, come la soluzione propugnata, che vede la possibilità materiale radicata nella tipicità e strettamente correlata con i criteri propri della colpa, si salda proprio con il principio di responsabilità penale per fatto proprio e colpevole²⁶⁸.

Approcciarsi alla tematica del rilievo della possibilità di agire, significa anzitutto porsi il problema dommatico della sua *collocazione nella struttura del reato*. Risulta quasi intuitivo, infatti, come l'incidenza dell'impossibilità materiale d'impedire l'evento debba determinare il venir meno della responsabilità del garante, ma l'impostazione sistematica è foriera di implicazioni significative anche nel quadro complessivo dell'architettura della tipicità omissiva colposa.

La questione è stata oggetto di un dibattito tra due autorevoli studiosi, il Gallo e il Marinucci, che pur muovendo da un'opzione sovrapponibile (seppur con alcuni distinguo) in ordine al requisito della cd. *suitas* nel reato commissivo colposo, finiscono col delineare due teoriche molto distanti sul presente problema, che è in un certo senso parallelo, in quanto involgente la stessa possibilità preconditionante di *concepire un'omissione*,

²⁶⁸ Sulla connessione tra responsabilità penale per fatto proprio colpevole e dimensione del fatto tipico, v. MOCCIA, *Il problema della responsabilità oggettiva tra principio di tipicità e principio di colpevolezza*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1988, pp. 30 ss.

che assurga ad oggetto di valutazione rilevante per il diritto penale.

La tesi del Gallo, va precisato preliminarmente, non assume quale riferimento oggettuale il comportamento che il soggetto garante avrebbe dovuto porre in essere, dunque l'azione doverosa. L'illustre autore, infatti, ritiene che il nucleo di riferimento sia il *comportamento concretamente posto in essere* dal soggetto in luogo dell'azione conforme alla pretesa ordinamentale. Si palesa evidente, in questo caso, uno strascico concettuale della antica teoria dell'*aliud agere*²⁶⁹, che, al fine di compensare la inconsistenza naturalistica dell'omissione, ne polarizzava il disvalore sull'azione concretamente compiuta, difforme dal dovere, e ad essa piegava l'interpretazione degli istituti (primo tra tutti, il nesso causale).

Modellare il requisito della possibilità di agire sull'azione compiuta, significava in sostanza vagliare la sua inevitabilità: qualora il comportamento effettivo si fosse qualificato come necessitato per il soggetto -secondo un modello che evoca la *vis absoluta*- non si sarebbe potuta affermare la responsabilità per non averne tenuto uno diverso. Ferma tale concettualizzazione, il Gallo in un secondo momento ebbe a modificare la intelaiatura sistematica di riferimento, "spostando" tale requisito dal piano della colpa (inquadrata nell'elemento subiettivo) al livello dell'*elemento oggettivo*: la possibilità è, in quest'ottica, imprescindibile affinché "si abbia un'omissione rilevante per il diritto"²⁷⁰.

Il Marinucci mosse due critiche, in via principale, alla su descritta ricostruzione. Sul piano concettuale, si demarcò dal Gallo evidenziando che la possibilità di agire deve considerare quale oggetto l'azione

269 Per questa considerazione, cfr. GRASSO, op.cit., p. 381.

270 GALLO, voce *Colpa*, cit., p. 635.

doverosa *non* compiuta dal soggetto garante. Sul piano sistematico e contenutistico, rimarcò il necessario legame che lega l'azione doverosa al piano della colpa²⁷¹: non si può accertare l'esistenza di un'omissione rilevante senza fare riferimento al contenuto della diligenza, che colora le modalità di adempimento dell'obbligo d'impedire. Allora il Marinucci, sul piano sistematico, finì col concordare con le prime teorizzazioni del Gallo, che riconduceva la possibilità di agire alla colpa, in qualche modo operando una diluizione normativistica del requisito (in modo del tutto simile alla descritta impostazione²⁷², propria dei due studiosi, in ordine alla accezione ascrittiva del concetto di azione nel reato -commissivo-colposo).

Il Grasso, sulla questione, quanto all'oggetto, ha evidenziato che il termine di riferimento deve essere necessariamente l'azione doverosa non compiuta, in quanto la considerazione *sic et simpliciter* della natura necessitata del comportamento realmente tenuto non esaurisce le ipotesi in cui difetta il potere materiale di impedire. Si è espresso in senso adesivo rispetto alle tesi del "secondo" Gallo, quanto all'afferenza della possibilità materiale alla sfera oggettiva del reato e alla estraneità alla sfera colposa. In particolare, opinando nel senso di una parziale sovrapposizione contenutistica tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, il Grasso ha ritenuto che l'accertamento del potere materiale di agire si inserisca nello spazio della tipicità, in quanto "le condizioni materiali che rendono impossibile l'applicazione di una regola di prudenza rappresentano un *aliud* rispetto alla regola stessa"²⁷³.

271 MARINUCCI, *La colpa*, cit., pp. 106 ss.

272 V. *supra* capitolo II, par. 3.

273 GRASSO, op.cit., *passim*.

Invero, in una impostazione che relega la colpa alla dimensione della colpevolezza, risulta problematico argomentare in favore della collocazione della possibilità materiale di agire nell'alveo della tipicità, in quanto essa implicherebbe una stortura intersistemica, con l'apertura di una "finestra" di colpevolezza nel fatto tipico, per poterne ricavare il termine di riferimento della possibilità di agire, vale a dire l'azione doverosa non posta in essere. Tale forzatura sembrerebbe, per la verità, giustificata più dall'ossequio ad un astratto modello di *suitas*, necessariamente oggettivo, che dai profili di coerenza sistematica. Inquadrandolo la violazione della diligenza obiettiva nell'ambito della tipicità, in ossequio ad un'articolazione della colpa improntata al cd. doppio grado, l'operazione si rivela indubbiamente più agevole.

Deve ricordarsi come la impossibilità materiale sia contrassegnata tanto dall'incapacità psico-fisica di porre in essere l'azione doverosa, quanto dal rilievo di circostanze esterne che la rendano assolutamente impraticabile²⁷⁴. Questa precisazione, in ordine all'essenza del potere materiale di impedire, conferma intuitivamente la necessaria *compenetrazione* esistente tra questo e le regole che sostanziano la diligenza obiettiva. Tali regole servono infatti a capire fino a che punto l'impossibilità possa rilevare e non sfoci nella colpa. La circostanza che il padre, incapace dello sforzo fisico di spingersi al largo a nuoto, non possa salvare il figlioletto in difficoltà, è di certo radicalmente diversa dall'analogo difetto che involga il bagnino impiegato dal centro balneare: nel secondo caso l'incapacità può rappresentare una difettosità rispetto all'esercizio delle funzioni normativamente connesse al ruolo, che può

274 Cfr. FIANDACA-MUSCO, op.cit., pp. 590 ss.

essere apprezzata solo nella sua difformità con le caratteristiche del bagnino-modello. Analogo discorso può svilupparsi con riguardo alle cd. "circostanze esterne".

Del resto, ulteriore conferma è conferita dal rilievo della impossibilità materiale relativa. Nei casi in cui il contenuto dell'azione non sia puntualmente descritto dalla norma istitutiva dell'obbligo, essa va costruita, sempre attraverso il criterio euristico dell'agente-modello e della diligenza obiettiva, secondo un parametro di adeguatezza. In altre parole, andrà considerata l'azione impeditiva più idonea alla portata dell'agente modello. Orbene, laddove il compimento dell'azione più idonea sia materialmente impossibile nel senso specificato, occorrerà chiedersi se al garante-modello residui una azione impeditiva meno adeguata. Classico l'esempio, per rifarsi alla situazione prima ipotizzata, del padre che, impossibilitato per un improvviso malore a salvare il figlio in procinto di annegare (azione impeditiva più idonea), invochi l'intervento del soggetto deputato all'intervento salvifico (azione impeditiva meno idonea, in quanto meno subitanea). Questo, se da un lato dimostra la centralità della seconda prognosi in tema di colpa omissiva, dall'altro conferma la profonda compenetrazione tra il requisito del potere materiale di agire e le regole della diligenza obiettiva, nello specifico senso in cui esse vanno intese nel contesto dell'omissione impropria. In questo senso, può dirsi che l'impossibilità relativa rappresenta un parametro di delimitazione esterna del contenuto dell'azione doverosa, che concorre, nel definire l'azione doverosa, con le eventuali specificazioni enucleate dalla disciplina legale istitutiva del dovere di impedire.

Sul piano della teoria interpretativa, ciò significa che tra possibilità e azione doverosa viene ad instaurarsi una sorta di circolo ermeneutico, di matrice deontica, il cui esito finale sarà per l'appunto l'azione più idonea materialmente possibile per il garante-modello.

Sul piano strettamente sistematico, dunque, può senz'altro essere confermata la collocazione della possibilità di impedire nell'alveo del fatto tipico, e la sua precedenza rispetto alla tematica dell'individuazione dell'azione impeditiva e del successivo riscontro della causalità (doppiamente) ipotetica, in quanto senza possibilità di agire non esiste omissione che possa rilevare per il diritto penale. Sul piano logico (e di cronologia dell'accertamento), però, non può esistere un vaglio di possibilità di agire vertente su un'azione non conosciuta: giocoforza, dunque, l'azione doverosa deve essere ricostruita prima di giudicarne la materiale praticabilità dal soggetto agente; successivamente, laddove il riscontro sia positivo, anche all'esito del rimbalzo conformativo in caso di impossibilità relativa, andrà affrontata la dimensione causale.

Deve essere posto in evidenza che tale conclusione, assertiva della compenetrazione tra potere d'impedire (inteso come *suitas* dell'omissione) e regole della diligenza obiettiva, non è dissimile da quanto illustrato in tema di colpa commissiva e concetto di azione. Ciò vale, intuitivamente, per le teoriche che dissolvono la consistenza dell'azione, in ottica ascrittiva, all'interno della colpa e del suo problema d'imputazione. Ma egualmente può affermarsi in relazione alle impostazioni che fanno retrocedere il rilievo tipico alla "prima negligenza": in quel caso, per capire se siano riscontrabili (naturalisticamente) "coscienza e volontà", si

dovrà risalire all'indietro, alla ricerca di un'azione a cui agganciarsi; l'azione rilevante in questo senso si qualificherà, però, proprio in ragione del contrasto con la regola di diligenza, tale da proiettarsi sul successivo decorso lesivo (l'essersi messo alla guida con i prodromi di un malore, ad esempio). Dunque anche in questo caso, per asseverare la *suitas*, si rende necessario, per l'interprete, l'utilizzo dei parametri propri della colpa.

8. Alcune puntualizzazioni sulla fisionomia dell'azione impeditiva doverosa, con particolare riguardo ai tratti differenziali rispetto alla regola di condotta nella colpa commissiva.

È stato posto in evidenza, a più riprese, nel corso della condotta espositiva, come il criterio di ricostruzione dell'azione impeditiva doverosa sia rappresentato dalla diligenza obiettiva. Nel paragrafo dedicato all'analisi delle fattezze dell'obbligo di diligenza nello specifico ambito dell'omissione impropria, si è rilevato come esso s'impervi pur sempre sui dati costitutivi della riconoscibilità del pericolo e della evitabilità; d'altro lato, lo strumento euristico di riferimento è rappresentato, anche nel contesto omissivo, dall'agente (o garante, che dir si voglia)-modello.

Ciò consente, in prima approssimazione, di affermare che la azione impeditiva doverosa debba venire ritagliata *ex ante*, sulla base delle regole di condotta proprie di un determinato settore o "circolo di rapporti". Essa, dunque, non corrisponde semplicisticamente all'azione *idonea ad impedire*, individuata secondo la migliore scienza ed esperienza²⁷⁵. Altrimenti, nel settore omissivo, si finirebbe per applicare ed acuire il vizio di

²⁷⁵ Così MANTOVANI, *op.ult.cit.*, p. 154.

retrospettività che affligge la responsabilità colposa in generale: posto l'evento, e l'esistenza di una qualunque azione fattivamente impeditiva, ne discenderebbe la responsabilità del garante; la regola di condotta, in definitiva, sarebbe modellata *ex post* sulla base delle fattezze assunte dalla lesione e dal decorso causale. Anche in ambito omissivo, ovviamente, vi è esigenza di predeterminazione del comportamento dovuto, e tale esigenza può ben essere soddisfatta da una corretta applicazione dei criteri di discernimento della diligenza obiettiva.

Ciò posto, in ordine al concetto di diligenza obiettiva, evidentemente caratterizzato da uno statuto metodologico unitario nelle dimensioni colpose omissiva e commissiva, si è anche precisato che, all'interno di tali coordinate metodologiche ortodosse, nel quadro della colpa omissiva la diligenza può atteggiarsi in modo parzialmente diverso. Tale circoscritta deviazione si giustifica in ragione delle peculiarità del *comando di impedire l'evento*, rispetto al divieto di cagionarlo, nonché, soprattutto, dall'incidenza costitutiva del *principio solidaristico* sul reato omissivo improprio; essa trova una base di appoggio formale nella autonomia strutturale, caratteristica del reato omissivo, nella teoria del reato.

Il precipitato fondamentale di tale diversità è rappresentato dalla possibilità di commisurare la pretesa, in capo al garante, *su standard di comportamento più elevati*, in ragione della funzione precipua di tutela dei beni giuridici che involge il suo ruolo. Tale innalzamento investe la duplice dimensione della colpa, esplicantesi nel piano del riconoscimento del pericolo e in quello della adozione delle misure per fronteggiarlo.

La sfera della riconoscibilità del pericolo, come si è evidenziato, s'incentra

sulla applicazione delle conoscenze nomologiche, proprie dell'agente-modello, al contesto situazionale di riferimento, la cui base è rappresentata dai dati conosciuti e conoscibili dal soggetto agente: evidenzia parte della dottrina, nel delineare i tratti della condotta omissiva, che il presupposto dell'attivazione è la riconoscibilità della già citata "situazione di garanzia"²⁷⁶.

Ragionando dall'angolo visuale del dovere di sapere, si può evidenziare come, in capo al garante, gravi un *obbligo di monitoraggio o sorveglianza* sulla situazione di fatto sottostante al suo obbligo impeditivo. Ciò si spiega in quanto nella colpa commissiva si parla di pericoli connessi alla propria azione, mentre il reato omissivo verte su pericoli di fonte esterna, e ciò richiede uno sforzo conoscitivo maggiore quanto ai dati caratterizzanti la situazione di fatto (quella che si è definita *base*, nell'ambito del dovere di sapere). Tale tipo di obbligo, per evitare di sfociare nella obliterazione della libertà del soggetto, può essere anche proceduralizzato, trovando espressione in singoli passaggi, temporalmente e metodicamente scanditi, idonei ad assicurare un controllo costante delle possibili degenerazioni lesive.

Evidentemente, la percepibilità della situazione di garanzia varia a seconda delle tipologie di obbligo di impedimento che vengono in rilievo: nell'ambito degli obblighi di controllo delle fonti di pericolo, una volta approntate le misure di sicurezza contenitive del rischio, occorreranno, al fine di riconoscere la possibilità di lesioni di beni giuridici, *precisi segnali fattuali* che inducano ad una prognosi di insufficienza degli interventi adottati. Tali obblighi possono caratterizzarsi, quindi, per una *doppia*

²⁷⁶ FIANDACA, *op.ult.cit.*, p. 76.

prognosi: la prima investirà la fonte in sé considerata, inducendo il garante alla scelta di idonee misure preventive; su tale situazione potrebbe incardinarsi una seconda previsione, in ordine alla necessità di un intervento ulteriore.

Quanto alle conoscenze nomologiche, sul garante-modello grava un *obbligo di costante approfondimento ed aggiornamento*. Nel quadro della colpa commissiva, si è evidenziato che, laddove l'agente riscontri segnali fattuali anomali, ovvero altri tipi di fattori che lo inducono a ritenere che le proprie conoscenze nomologiche possano essere parziali o insufficienti, egli deve attivarsi per colmare la lacuna di conoscenza, ed agire di conseguenza, modificando la regola di condotta, laddove riscontri che la prima prognosi di pericolosità era errata. Tale riscontro, beninteso, deve essere suffragato da conclusioni *scientificamente fondate*, e non da mere congetture o opinioni, per non ricadere nel principio di precauzione. Orbene, nel quadro della colpa omissiva, non occorre un riconoscimento della parzialità o insufficienza delle conoscenze nomologiche, affinché il garante si debba attivare nel senso di colmarle, in quanto l'obbligo di aggiornamento sulla conoscenza delle leggi causali che governano il suo settore di attività ha carattere perdurante.

Infine, si è affermato che, laddove il livello di accadibilità, asseverato dalla prognosi di pericolo, sia molto basso, l'agente può non tenerne conto, a meno che non si tratti di un rischio che involge beni giuridici di rango elevato. *Questa limitazione non vale per il garante-modello*, giacché egli è investito giuridicamente di una funzione tutelare, ed è conseguentemente tenuto a attivarsi anche in presenza di previsioni di accadibilità assestate

su bassi coefficienti.

L'individuazione della regola di condotta, nella colpa commissiva, è operata attraverso il riferimento all'ipotetico comportamento dell'agente-modello. Tale agente-modello, per esigenze di predeterminazione, va individuato in un'accezione sociologica, corrispondente alla medietà o alla maggioranza degli esponenti del proprio circolo di rapporti. Ritiene chi scrive che, nell'ambito della colpa del garante, possa trovare applicazione, invece, quello che si è definito *paradigma "deontico"*. Nel contesto degli obblighi di impedimento, dunque, può ragionarsi secondo ciò che dall'agente modello si può pretendere, piuttosto che sulla base delle prassi adottate nel suo settore. L'affievolimento delle esigenze di predeterminazione si spiega in virtù della funzionalizzazione del ruolo: il garante-modello sa che dovrà adottare la soluzione più adeguata per impedire l'evento, non potendosi accontentare dei connotati modaliali generalmente applicati, come un qualunque soggetto esplicante la propria libertà nel contesto sociale.

Proprio la *valutazione di adeguatezza* assume rilievo centrale nel momento della scelta delle modalità dell'azione impeditiva, integrando una seconda prognosi, che si aggiunge a quella caratterizzante la riconoscibilità²⁷⁷. Può ipotizzarsi, ad esempio, la situazione di pericolo, frequente nella pratica, involgente un edificio, a causa di un possibile cedimento del solaio legato al piegamento della parte centrale delle travi di legno che lo sorreggono; il proprietario dovrà adottare misure di sicurezza al fine di espletare il proprio obbligo d'impedimento; tali misure, se si fa riferimento alla

²⁷⁷ FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 211 ss., in particolare pp. 235-236, riconduce invece la doppia prognosi, e il criterio dell'adeguatezza, alla colpa *tout court*.

medietà o maggioranza degli esponenti del circolo dei rapporti, saranno rappresentate dalla cd. punzonatura, vale a dire l'inserimento di lunghe viti all'interno della trave, per mantenerla rigida; tale metodo, però, non assicura la non verificazione dell'evento-intermedio del cedimento, in quanto l'umidità, attecchendo principalmente sull'estremità delle travi (ove le viti sono inserite), rischia di frustrarne l'efficacia; in tale "situazione di garanzia", maggiore valenza preventiva sarebbe esplicita dalla sostituzione delle travi con altre, realizzate con materiale più resistente, soluzione disponibile sul mercato, ma trascurata per i costi maggiori. Quest'ultima rappresenta, per l'appunto, la misura di sicurezza individuata in senso deontico.

Ovviamente, vi sono settori nei quali la divaricazione tra ciò che viene usualmente fatto e ciò che può pretendersi non sussiste: sono i campi di attività laddove le caratterizzazioni degli interventi sono cristallizzate in *leges artis* che delineano le modalità dell'azione in determinate situazioni, indipendentemente dalla struttura commissiva od omissiva del fatto. Nel settore della responsabilità medica, ad esempio, non sembra praticabile la distinzione tra ottica sociologica e ottica deontica, ma soltanto il riferimento alle regole cautelari proprie della precipua sfera di attività e dettate per la specifica problematica di fatto.

Un'ultima considerazione, infine, concerne il rilievo, ai fini della ricostruzione dell'azione impeditiva, delle superiori capacità e conoscenze dell'agente concreto, rispetto al modello individuato tramite il circolo di rapporti. Si è detto, quando si è illustrata la struttura del fatto tipico colposo (commissivo), che tale impiego risulta inopportuno, in quanto i

livelli di rischio connessi all'espletamento libero di attività pericolose sono fissati dall'ordinamento, e cristallizzati nella misura della diligenza pretesa: per questo, l'istanza salvifica del bene giuridico non può "prevalere" sull'agire individuale, se questo si è svolto nel rispetto delle regole cautelari. Questa conclusione, probabilmente, può essere rivista in tema di omissione impropria. Nel contesto che ci occupa, infatti, l'istanza salvifica del bene giuridico è cristallizzata nella norma impositiva dell'obbligo di salvaguardia, che grava specificamente sul soggetto garante; d'altro lato, nel medesimo senso depone la considerazione che le valutazioni tese al contemperamento degli interessi, tradotte nella tracciatura dei livelli di rischio connessi al libero esercizio di attività, sono, in via principale, obnubilate nell'omissione impropria, che piuttosto asserve l'esercizio della libertà alla funzione di tutela specificamente assegnata.

segue: il principio di affidamento nel contesto dell'omissione impropria.

Il principio di affidamento rappresenta uno dei territori elettivi di demarcazione delle differenze tra la colpa commissiva e la colpa nel contesto dell'omissione impropria. È affermazione piuttosto ricorrente, infatti, quella secondo cui il principio di affidamento non opera, ai fini della costruzione della regola di condotta, allorquando il soggetto interessato sia investito di una posizione di garanzia. Nell'ottica della costruzione separata dei tipi di reato, così, l'affidamento è ricondotto solo al reato commissivo colposo, e non anche a quello omissivo. La posizione

di garanzia rappresenterebbe, dunque, un secondo limite all'operare del principio, insieme alla conoscenza o conoscibilità dell'altrui inosservanza²⁷⁸.

Altra parte della dottrina non nega in radice la compatibilità del principio di affidamento con la posizione di garanzia, ma distingue a seconda degli specifici contenuti dell'obbligo di impedimento che grava sul garante²⁷⁹: in tal senso, vi sarebbero obblighi che ricomprendono funzionalmente anche l'impedimento di eventi derivanti da altrui condotte colpose (tipicamente, gli obblighi di protezione degli interessi riconducibili ai figli minori, in capo ai genitori).

L'impianto così delineato inevitabilmente si complica quando viene in rilievo una situazione nella quale i soggetti le cui condotte interferiscono siano tutti garanti, impegnati a salvaguardare lo stesso bene giuridico o a controllare la medesima fonte di pericolo. In questi casi, il principio di affidamento sembrerebbe poter allignare quantomeno nelle ipotesi in cui i garanti sono chiamati ad operare in una sfera funzionale improntata alla cd. divisione del lavoro (ad esempio, nella attività medica di *equipe*)²⁸⁰. In tale ambito, la parcellizzazione coordinata delle funzioni richiede, per la propria efficace esplicazione, che ogni soggetto coinvolto debba preoccuparsi solo del proprio operato settoriale, salvo il limite della riconoscibilità di altrui inosservanze, potenzialmente foriere di lesioni per il bene giuridico oggetto dell'obbligo comune di protezione.

Negli altri contesti di concorrenza funzionale tra plurimi ruoli di garanzia,

278 FIANDACA-MUSCO, op.cit., pp. 557 ss.

279 M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, pp. 127 ss.

280 LORETO, *Omicidio colposo*, in CADOPPI-CANESTRARI-PAPA (a cura di) *Trattato dei reati contro la persona*, vol. I, Padova, 2006, pp. 510 ss.

i paradigmi deontologici cui deve informarsi l'adempimento dell'obbligo d'impedimento obliterano il principio di affidamento. Tali modelli -talvolta riferibili a casi di successione, in senso diacronico, talaltra ad una compresenza sinergica delle funzioni- ipotizzano, in capo al garante, un dovere ulteriore, variamente enucleato²⁸¹: obbligo di acquisire informazioni sull'altrui operato, talvolta in via meramente formale e documentale; obbligo di controllo sostanziale costante; obbligo di verifica periodica, talvolta basato sull'attuazione di un modello di monitoraggio all'uopo predisposto²⁸².

281 Cenni in MILITELLO, *La colpevolezza dell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in Cass. Pen., 1988, pp. 979 ss.

282 Cfr. M. MANTOVANI, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1997, p. 1056: "presupporre un generale dovere di controllo reciproco fra i diversi soggetti coinvolti [...] equivale a sostituire al principio di affidamento il suo esatto contrario, vale a dire un contrapposto principio della sfiducia nell'operato altrui" (corsivo dell'a.).

CONCLUSIONI

L'indagine condotta nel presente lavoro ha consentito, rispetto alle istanze conoscitive e alle ipotesi iniziali formulate, di asseverare, anzitutto, alcuni punti fermi in ordine all'utilizzo del modulo del reato omissivo nel nostro ordinamento. La prima serie di elementi emersi attiene alla genesi funzionale del reato omissivo: nel quadro dello stato sociale di diritto, il reato omissivo riceve la principale spinta propulsiva da due direttrici: dalla direzione solidaristica, dunque, genericamente, dall'istanza di tutela di posizioni caratterizzate da una minorità, primariamente socio-economica, e il correlativo aggravamento di posizioni "antagoniste"; dall'esigenza di garantire una tutela rafforzata a taluni beni giuridici particolarmente pregnanti, il cui rango nell'impianto costituzionale risulti elevato. Accanto ai due *teloi* primari, deve darsi conto anche di un orientamento, propriamente postmoderno, teso alla parcellizzazione, formalizzazione e procedimentalizzazione delle funzioni, in specie in capo economico ed amministrativo: all'interno di tale predeterminazione tecnico-strumentale di segmenti di vita sociale, possono isolarsi ed elevarsi (quanto a poteri e responsabilità) singoli ruoli, i cui soggetti apicali sono potenzialmente investibili di obblighi di agire, anche penalmente sanzionati.

D'altro lato, si è anche puntualizzato come lo strumento del reato omissivo debba essere adoperato in conformità con i principi costituzionali che, direttamente o indirettamente, involgono il diritto penale e dettano i criteri per orientare l'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato. La congiunzione dei principi di *extrema ratio* ed offensività, quasi intuitivamente, esclude la praticabilità dell'incriminazione dell'omissione ogniqualvolta essa si diriga a preservare gli assetti strumentali e procedimentali da ultimo citati: la scelta di criminalizzazione in tal senso deve, piuttosto, esser precondizionata ad una funzione di tutela di beni giuridici di altissimo rango, in congiunzione con un'istanza solidaristica correttamente radicata, sul piano teleologico, in finalità di rilievo costituzionale.

Va aggiunto, altresì, come il reato omissivo rechi, quasi strutturalmente, i prodromi di una potenziale confliggenza con il *nullum crimen*, inteso principalmente nei corollari di riserva di legge e determinatezza, su due livelli: la predeterminazione dei presupposti sui quali si instaura l'obbligo di agire; la predeterminazione del contenuto dell'azione doverosa. Tale appunto vale, più acutamente, per il reato omissivo improprio, ove la cd. posizione di garanzia è spesso incardinata sulla base di presupposti sostanziali, di assunzione in carico, affidamento e aumento del rischio, ovvero di violazione di un obbligo di diligenza a monte, dal quale si fa discendere un obbligo di garanzia; d'altro lato, sovente l'obbligo di impedimento è asseverato sulla base di un mero obbligo di agire, legalmente previsto ma male inteso nella sua capacità di proiettare, sul ruolo interessato, una funzione tutelare riconducibile all'art. 40 cpv. . Sul

punto, nel presente lavoro, si è ribadita la centralità di una specifica previsione legale dell'obbligo, registrando l'attuale stato fluido dei tratti di definizione dottrinale, in cui rimane vaga e in parte incompiuta la sintesi tra teorie formali e teorie sostanzialistico-funzionali, tanto da potersi ritenere oramai non rinunciabile un intervento legislativo che ridisegni i presupposti fondativi dell'obbligo di garanzia, con maggiore dettaglio rispetto alla laconica attuale formula codicistica.

La seconda dimensione critica, rispetto al principio di legalità, concerne, come detto, la predeterminazione dell'azione doverosa, che (nel caso dell'omissione impropria) il garante è tenuto ad espletare in funzione impeditiva dell'evento.

Tale aspetto si lega alle conclusioni dottrinarie raggiunte in tema di responsabilità colposa. Sul punto, va registrata la premessa funzionale che vuole l'istituto della colpa orientato a disciplinare (e valutare) il libero esercizio delle libertà individuali; ciò concerne, date le complicazioni ricostruttive, in particolar modo nei contesti complessi, ove vengono in rilievo molteplici livelli di interazione tra condotte, e il paradigma di riferimento è delineare regole di condotta che confinino i livelli di rischio, propri di attività pericolose autorizzate in ragione dell'utilità sociale intrinsecamente dispiegata.

Sul piano sistematico, si è asseverata la collocazione della violazione della diligenza obiettiva nel quadro della tipicità (oggettiva), per un variegato ordine di ragioni: la valorizzazione delle funzioni politico-criminali esplicate dal fatto tipico, quale espressione delle scelte di criminalizzazione e riferimento legalitario rivolto ai consociati; il rilievo

esegetico-ricostruttivo, basato da un lato sulla cd. funzione tipicizzante operata dalla negligenza, dall'altro sul rapporto interpretativo circolare che si instaura tra di essa e gli (altri) elementi del fatto tipico; l'esigenza di ricalibrare il peso dell'illecito, sottolineando l'importanza del disvalore di azione.

La ricostruzione della colpa si è incentrata, conformemente alla perimetrazione dell'oggetto di indagine, primariamente sul piano della colpa generica. Registrando la correttezza dell'opzione dottrinale sulla duplicità di contenuto del dovere di diligenza, esso è stato strutturato: sulla riconoscibilità del pericolo di verificazione dell'evento scaturente dal comportamento dell'agente; sulla individuazione ed esecuzione, connesse funzionalmente a tale riconoscimento, delle misure preventive e dei connotati modali di svolgimento dell'attività.

Come da autorevoli opzioni dottrinali, si è evidenziata la importanza centrale del piano della riconoscibilità. Sul punto, sono stati differenziati i concetti di base del giudizio di riconoscimento del pericolo (i dati conosciuti dall'agente e da lui conoscibili) e di suo oggetto (l'evento-tipo e i tratti essenziali dell'interazione causale, primariamente integrati dall'evento-intermedio). Si è posto in rilievo che il grado molto basso di accadibilità dell'evento impone l'adozione di misure preventive solo laddove tale evento attinga beni di rango primario. Si è altresì puntualizzato che, laddove specifici segnali fattuali anomali debbano indurre l'agente ad una valutazione di parzialità o insufficienza delle sue conoscenze nomologiche, egli deve attivarsi per integrarle, ovvero astenersi dall'azione; solo ove tale integrazione abbia quale risultato la

acquisizione di nuove conoscenze dotate del crisma della legittimazione scientifica, l'agente è tenuto conformemente a modificare la propria azione. Da questo angolo visuale, si è rifiutato il paradigma offerto dal principio di precauzione, in quanto basato piuttosto su teorie congetturali o opinioni non scientificamente consolidate; tale genericità del livello prognostico si riflette, in questo modello, sul mutamento concettuale della regola di diligenza da seguire, che da cautelare (fronteggiante un pericolo specifico) diviene cautelativa o prudenziale (tesa ad impedire qualsivoglia danno prodottosi quale esito di qualsivoglia decorso).

Quanto al criterio per commisurare la pretesa collegata al dovere di riconoscere il pericolo e di agire in un certo modo per fronteggiarlo o ridurlo, esso è rappresentato dall'*homo eiusdem conditionis et professionis*, come personificazione dell'ordinamento e parametro che antropomorfizza i concetti di riconoscibilità ed evitabilità, attraverso la ricostruzione di un agire ipotetico da raffrontare al comportamento tenuto dall'agente concreto. Sul punto, dopo aver ripercorso le modalità di definizione del modello, isolando le "note distintive" dell'agente concreto che debbono essere prese in considerazione, per individuare il circolo di rapporti di riferimento, si è escluso che possa legittimamente tenersi conto delle conoscenze e capacità superiori, rispetto alla figura ideale, proprie dell'agente concreto. Sono stati, infine, fissati i termini della contrapposizione tra agente modello in senso deontico e in senso sociologico: adottando la prima accezione, maggioritaria in dottrina, la regola di condotta consiste in ciò che si può pretendere; la seconda versione, invece, innalza a regola ciò che viene usualmente praticato

(beninteso, sul piano preventivo). Autorevole dottrina critica radicalmente il criterio dell'agente modello (inteso in senso deontico), giacché esso rappresenterebbe il viatico per la patologia retrospettiva dell'imputazione: muovendo dall'evento già prodotto, il giudice (o comunque l'interprete) costruisce la regola di condotta *ex post*, come la modalità che assicura di evitarlo; in tal modo, il giudice diventa creatore della regola cautelare e non suo fruitore; se ne conclude che lo stesso agente concreto, nella situazione data, non aveva in realtà a disposizione una predeterminata indicazione su come comportarsi, risultandone violato il principio di legalità. Per questo motivo, contestando anche la accezione di agente modello in senso sociologico, in quanto impraticabile, si propugna l'abbandono della figura ideale e l'approdo ad una definizione contenutistica della regola cautelare improntata alle prassi cautelari, inverte in una autentica consuetudine quale fonte del diritto. Invero, si è ritenuto, quanto a questo aspetto, di condividere le preoccupazioni involgenti l'attuale stato dell'interpretazione e dell'utilizzo del parametro, inteso in senso deontico; d'altro lato, si reputa il confinamento contenutistico della colpa generica alle prassi cautelari inidoneo ad assicurare che l'istituto della colpa espliciti le sue funzioni, in quanto caratterizzato da un limitato campo applicativo. In definitiva, l'opzione prediletta nel presente lavoro è quella dell'agente modello in senso sociologico; ove ciò che è mediamente praticato a livello preventivo dovesse essere inadeguato allo scopo, il legislatore deve farsi carico di formalizzare regole cautelari più stringenti, nella dimensione della colpa specifica; non può, da questo angolo visuale, essere scaricata sull'agente

concreto l'istanza di verifica e convalida dell'attitudine della regola di condotta, adottata dalla maggioranza degli operatori.

Quanto al reato omissivo improprio colposo, si è già fatto cenno alla questione inerente alla insufficienza dell'attuale stato dell'interpretazione e della riflessione in ordine ai presupposti fondativi della posizione di garanzia. Muovendo dalla disciplina istitutiva dell'obbligo di impedimento, si è evidenziato come essa possa sortire influssi di varia intensità sulla fisionomia dell'azione doverosa: la misura e la qualità della eventuale predeterminazione variano, sovente in proporzione al tecnicismo proprio dei settori giuridici interessati. D'altro lato, la proiezione teleologica della disciplina fondativa dell'obbligo di garanzia garantisce una perimetrazione funzionale della sua portata, all'insegna di un criterio di imputazione obiettiva che può ricondursi allo scopo di tutela della norma; tale dimensione rimane evidentemente distinta, per quanto talora contenutisticamente sovrapponibile, dal piano della cd. concretizzazione del rischio, che concerne la classe di rischi che la specifica regola di condotta, nella sua stretta adeguatezza modale, mira a prevenire.

In punto di distinzione tra obbligo di garanzia e di diligenza, si è ritenuto di convenire con l'impostazione dottrinale che tiene rigidamente distinti, sul piano concettuale, i due obblighi, delineandone l'intreccio con l'indicazione che l'obbligo di garanzia indica il dovere di agire, l'obbligo di diligenza indica le modalità di quell'azione. Risalendo alla genesi del concetto di diligenza, di matrice civilistica, è stato rilevato come esso indichi, in via neutrale, un certo modo di agire conforme alle aspettative

dell'ordinamento: l'obbligo di diligenza, dunque, si lega indissolubilmente al precetto e alla sua ottemperanza. Da tale angolo visuale, si è dunque ipotizzato di ricavare, dalla differenza di *ratio* e di contenuti tra il divieto di cagionare colposamente la morte di un uomo e il comando di impedirla, una possibile distinzione nel modo di atteggiarsi del dovere di diligenza, tra la colpa commissiva ed omissiva. Tale possibile demarcazione risulta confermata, peraltro, dalla profonda incidenza del principio solidaristico sullo statuto del reato omissivo. I presupposti formali per affermarla sono rappresentati dalla costruzione separata dei tipi di reato e, soprattutto, dall'autonomia della fattispecie omissiva. Evidentemente, tale demarcazione deve rimanere pur sempre ancorata al concetto di diligenza e alla sua caratterizzazione genetica: il fondamento nei concetti di riconoscibilità ed evitabilità dell'evento; lo strumento euristico dell'agente modello.

La direzione della demarcazione in punto di diligenza è quella di innalzare lo standard che caratterizza l'agente (garante)-modello, e che dunque può pretendersi dall'agente concreto. Nell'alveo dell'omissione impropria, dunque, può adottarsi un'accezione deontica dell'agente-modello, in cui la scelta della regola di condotta va rapportata a valutazioni di mera adeguatezza, piuttosto che di pratica sociale.

Conclusivamente, in via analitica, lo studio condotto può dirsi assestato sui seguenti esiti dommatici, in ordine ai punti differenziali tra fatto tipico colposo commissivo e fatto tipico colposo omissivo:

a) un concetto di causalità diverso, doppiamente ipotetico, incentrato sulla certezza dell'impedimento, tramite il comportamento doveroso;

- b) un conseguente assorbimento nella causalità della questione del comportamento alternativo lecito;
- c) il rilievo specifico, nell'omissione impropria, dello scopo di tutela della norma istitutiva dell'obbligo di impedimento;
- d.1) un dovere di diligenza che si atteggia in modo parzialmente diverso, *in primis* per la parametrizzazione, secondo valutazioni di adeguatezza, sull'accezione deontica dell'agente-modello; d.2) *in secundis*, per l'esclusione parziale del rilievo del principio di affidamento.

Il tratto differenziale sub d.1 si esplica, oltre alla generale differenza tra prognosi di adeguatezza ed individuazione del comportamento mediamente praticato dagli esponenti del circolo di rapporti, nelle seguenti variazioni rispetto al paradigma commissivo:

- dovere di monitoraggio della situazione di fatto;
- costante dovere di approfondimento ed aggiornamento delle conoscenze nomologiche (pur sempre fedele al modello scientifico);
- rilievo generalizzato, e non limitato al pericolo per beni di altissimo rango, dei bassi livelli di accadibilità dell'evento;
- possibilità di tenere conto, nella valutazione dell'ottemperanza al dovere di sapere e di saper fare, delle superiori conoscenze dell'agente concreto rispetto alla figura ideale.