ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA
"TULLIO ASCARELLI"
SEZIONE DI DIRITTO PENALE (XXI CICLO)

Tesi di dottorato

LA COLPA NEI REATI OMISSIVI IMPROPRI

Coordinatore e tutor
Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Dottoranda
Antonella Massaro

ANNO ACCADEMICO 2007-2008

A mamma e a Giovanna

«Rendere chiunque responsabile del male che fa ad altri è la regola; renderlo responsabile del male che non impedisce è, in termini relativi, l'eccezione»

(JOHN STUART MILL, *Saggio sulla libertà*)

INDICE

Premessa…… IV

CAPITOLO I
OMISSIONE E COLPA: AFFINITÀ SUL PIANO STORICO, SISTEMATICO E PROBATORIO

1. La faticosa emancipazione dal modello del reato commissivo doloso e l'approdo alla natura normativa della colpa e dell'omissione…….. 1
2. La possibilità di agire diversamente e utilmente: la "dominabilità" nel reato omissivo colposo……. 9
3. Il carattere eccezionale della responsabilità per omissione e per colpa. Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale: il diritto penale dei comandi e la progressiva "codificazione" delle regole cautelari…… 20
4. Il carattere deontico-relazionale dell'omissione e della colpa e il rischio di una "fuga dal dato positivo"…….. 27

4.1. Il c.d. principio di precauzione……. 33

5. La distinzione tra componenti oggettive e componenti soggettive nel reato omissivo colposo……. 41
6. Delimitazione dell'oggetto di indagine: i reati omissivi impropri e la "fattispecie omissiva eventuale"……. 46

CAPITOLO II
AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR: LA "DOMINABILITÀ" NELL'OMISSIONE E LA "DOMINABILITÀ" NELLA COLPA

1. L'esigenza di un'indagine parallela di colpa ed omissione nel segno della dominabilità…….. 53
2. La dominabilità nell'omissione. A) La predeterminazione della fonte dell'obbligo di impedire l'evento…… 56

2.1. (Segue) Reato proprio e potere-dovere (= obbligo) giuridico di impedire l'evento…….. 61

2.2. L'obbligo di impedire l'evento tra potere giuridico e potere materiale di intervento…… 69

3. B) La possibilità di agire diversamente. La *suitas* dell'azione e dell'omissione colpose: colpa dell'atto e colpa per il fatto..... 72
3.1. La natura giuridica del "fattore necessitante" per cui il soggetto *non agit sed agitur*: la "forza maggiore fortuita"..... 83

4. C) La possibilità di agire utilmente. La causalità dell'omissione. Rinvio..... 86
5. Componenti oggettive e soggettive nel giudizio di colpa..... 87
6. La distinzione tra la responsabilità personale e la responsabilità per colpa..... 93
7. La "doppia funzione" della colpa..... 102
7.1. A) La funzione oggettiva della colpa. L'*homo eiusdem professionis et condicionis*: l'agente-tipo nella situazione tipo..... 104
7.2. B) La funzione soggettiva della colpa. L'agente concreto..... 111
8. La predeterminazione della regola cautelare. Il c.d. momento omissivo della colpa; regola cautelare, obbligo di diligenza e obbligo di impedire l'evento; le regole cautelari come regole "modali"..... 122
9. L'"incertezza scientifica" e il progressivo adeguamento delle regole cautelari..... 129

CAPITOLO III

IL NESSO TRA LA VIOLAZIONE DELLA REGOLA CAUTELARE E L'EVENTO: LA "CAUSALITÀ DELL'OMISSIONE" E LA "CAUSALITÀ DELLA COLPA"

1. La distinzione tra "agire" ed "omettere" nella spiegazione causale dell'evento..... 135
2. Il nesso intercorrente tra "colpa" ed evento. La c.d. causalità della colpa: lo scopo di tutela della norma e la rilevanza del comportamento alternativo lecito..... 157
3. Profili problematici della "causalità della colpa" nei reati commissivi colposi..... 163
4. La "causalità della colpa" nei reati omissivi colposi..... 177
5. Brevi considerazioni in tema di imputazione oggettiva dell'evento..... 185

CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ COLPOSA PER OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ALTRUI: GLI INCERTI CONFINI DELLA "*CULPA IN VIGILANDO*"

1. La responsabilità del direttore di un periodico per i reati commessi a mezzo stampa quale archetipo della responsabilità per omesso controllo…….. 191
2. Considerazioni generali sulla rilevanza *ex* art. 40, secondo comma c.p. dell'obbligo di impedire reati altrui……... 197
3. Concorso per omissione nel reato commissivo o omissivo…… 202
4. Presupposti e limiti della cooperazione nel delitto colposo……. 209
5. Il principio di affidamento e la "residuale" *culpa in vigilando* La responsabilità del soggetto posto in posizione apicale: l'attività medico-chirurgica…….. 218

5.1. La valorizzazione della c.d. colpa d'organizzazione nel diritto penale dell'impresa: il trasferimento di funzioni e la responsabilità da reato degli enti……... 229

Bibliografia…… 234

PREMESSA

Le affinità sistematiche tra colpa ed omissione sono tante e talmente evidenti che quasi inevitabilmente i contorni reciproci tendono a sfumare quando i due istituti si trovino ad operare congiuntamente nello schema dell'omissione impropria colposa. Il "momento omissivo" e la "causalità" della colpa sono significativamente evocativi, già a livello terminologico, delle possibili interferenze tra le componenti oggettive e quelle soggettive nella responsabilità per omissione colposa che, se si traducono in vere e proprie sovrapposizioni sistematiche, rischiano di condurre a conseguenze inaccettabili in sede di accertamento.

A fronte dell'estrema "malleabilità" dei giudizi di tipo ipotetico-normativo che caratterizzano la struttura tanto della colpa quanto dell'omissione, l'esigenza che si avverte pressante è quella di ricondurre l'omissione colposa entro i più rassicuranti confini di una responsabilità "eccezionale". L'obiettivo, evidentemente, non è quello di ricomporre la forzosa unione sistematica, sciolta a fatica, rispetto alla "regola" rappresentata dal reato commissivo doloso; si tratta, piuttosto, di recuperare una rigorosa individuazione degli elementi costitutivi del reato omissivo colposo, prima sul piano della ricostruzione sistematica e poi, come necessaria conseguenza, su quello dell'accertamento, senza concessione alcuna ad eventuali pretese colpevoliste di cui potrebbe farsi portatrice la c.d. società del rischio.

La sensazione che si avverte, specie alla lettura di certe pronunce giurisprudenziali, è quella per cui il reato omissivo improprio e il reato colposo e, a fortiori, *il reato omissivo colposo, costituiscano quasi delle "formule vuote", che si prestano ad essere riempite di contenuto per assecondare autentiche degenerazioni eticizzanti della responsabilità penale, divenendo un fin troppo comodo ricettacolo di luoghi comuni sulla base dei quali tracciare intuivamente, emozionalmente, il confine tra "giusto" ed "ingiusto": "la prudenza non è mai troppa", "prevenire è meglio che curare", "fidarsi è bene, non fidarsi è meglio".*

La via da perseguire, dunque, è innanzi tutto quella di un "ritorno" al dato positivo che, lungi dal costituire l'ingombrante relitto di una veterodommatica impermeabile all'"impatto della modernità", consenta di mantenere ben saldi gli argini che impediscono a quell'impatto di sconfinare in autentiche forme di responsabilità "di posizione".

Non si tratta di contrapporre le esigenze del garantismo a quelle della difesa sociale, sacrificando le seconde sull'altare delle prime in nome di un "immorale positivismo". Si tratta, molto più banalmente, di mantenere ben distinto il ruolo dell'interprete nella duplice prospettiva de iure condito *e* de iure condendo*: il dato*

normativo rappresenta l'irrinuciabile punto di partenza per l'indiviudazione di eventuali lacune sostanziali che, tuttavia, solo il legislatore potrà scegliere se e come colmare.

Un ringraziamento particolare va al Prof. Mario Trapani, per avermi trasmesso la passione per la ricerca e per avermi insegnato il rigore che deve contraddistinguerla.

Ringrazio anche Ilaria Merenda, la cui fiducia e il cui incoraggiamento sono stati decisivi per iniziare il Dottorato di ricerca che ha condotto a questa tesi.

Roma, febbraio 2009

A. M.

CAPITOLO I

OMISSIONE E COLPA: AFFINITÀ SUL PIANO STORICO, SISTEMATICO E PROBATORIO

SOMMARIO: 1. La faticosa emancipazione dal modello del reato commissivo doloso e l'approdo alla natura normativa della colpa e dell'omissione. 2. La possibilità di agire diversamente e utilmente: la "dominabilità" nel reato omissivo colposo. 3. Il carattere eccezionale della responsabilità per omissione e per colpa. Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale: il diritto penale dei comandi e la progressiva "codificazione" delle regole cautelari. 4. Il carattere deontico-relazionale dell'omissione e della colpa e il rischio di una "fuga dal dato positivo". 4.1. Il c.d. principio di precauzione. 5. La distinzione tra componenti oggettive e componenti soggettive nel reato omissivo colposo. 6. Delimitazione dell'oggetto di indagine: i reati omissivi impropri e la "fattispecie omissiva eventuale".

1. La faticosa emancipazione dal modello del reato commissivo doloso e l'approdo alla natura normativa della colpa e dell'omissione.

Il reato omissivo colposo sembra possa essere efficacemente paragonato ad una formidabile cassa di risonanza, al cui interno ricevono notevole amplificazione gli aspetti più problematici relativi tanto alla "colpa" quanto all' "omissione". L'effetto più evidente di questa amplificazione è senza dubbio quello di rendere a volte sfumati i confini tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato, conducendo, in definitiva, ad una parziale sovrapposizione o alla totale confusione di istituti che dovrebbero invece restare distinti; ciò non solo sul piano della ricostruzione sistematica, ma anche, come necessaria conseguenza, su quello dell'accertamento giudiziale.

L'effetto in questione è facilmente comprensibile: per molti aspetti la colpa rappresenta, sul versante dell'elemento soggettivo del reato, l'esatto equivalente di ciò che l'omissione rappresenta nell'elemento oggettivo. Tra i due istituti, in effetti, è individuabile una lunga serie di affinità e di interferenze, tanto sul piano storico quanto su quello sistematico, che contribuiscono a delineare un rapporto ben più stretto di quello che è dato rintracciare, sul versante opposto, tra il dolo e la condotta attiva.

Innanzi tutto, nella (assai complessa) ricerca di un concetto unitario di "azione" e di "colpevolezza"[1], la categoria generale è stata tradizionalmente

[1] A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960, pp. 251 sottolinea lo stretto parallelismo intercorrente tra la problematica relativa al concetto unitario di azione e di omissione e quella relativa

modellata attorno all'azione in senso stretto, da una parte, e al dolo, dall'altra; con la conseguenza che gli sforzi sistematici profusi relativamente all'omissione e alla colpa sono stati rivolti, per lungo tempo, più a rintracciare affinità (a volte improbabili) rispetto alla *species* da cui si pretendeva di ricavare l'intero *genus*, che non ad individuarne l'effettiva struttura, così come ricavabile dal dato normativo[2].

Quanto all'omissione, il risultato forse più evidente del tentativo di una forzosa assimilazione rispetto all'agire positivo è rappresentato dalla teorica dell'*aliud facere*[3]. Si è infatti sostenuto che nei reati omissivi la condotta non si esaurirebbe in un mero fatto negativo, consistente nel mancato compimento dell'azione doverosa, ma sarebbe pur sempre accompagnata da un fatto positivo, poiché l'omittente deve necessariamente aver fatto "qualche altra cosa" rispetto a quanto previsto dal comando normativo: «questa azione positiva assorbisce in sé la omissione, la penetra tutta, l'adegua. Onde l'omissione non è che un *aliud facere*, un'azione. Così essa ha un valore fisico, si esteriorizza, diventa realtà esterna, e realtà fisicamente causale: così l'evento si riallaccia ad una esteriore attività mediatrice»[4].

Quanto all'elemento soggettivo del reato, l'arbitraria identificazione del *genus* "colpevolezza" con la *species* "dolo", ha condotto ad una serie di impostazioni che, muovendo da premesse psicologico-naturalistiche, trovano efficace compendio nella formula «ogni colpevolezza è una colpevolezza del volere»[5], legata a filo doppio a

---

al concetto unitario di dolo e di colpa, da cui deriva che non si può negare la possibilità di costruire un superiore concetto unitario per il dolo e la colpa e, per contro, ammetterlo per l'azione e l'omissione; e viceversa. Sulla possibilità di ravvisare nella condotta illecita un superiore concetto unitario per le condotte dolose e colpose e per l'azione in senso stretto e per l'omissione v. anche, più di recente, A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 78 e ss..

[2] «I rischi che può produrre […] il metodo della definizione *per genus proximum et differentiam specificam*, sono stati messi ripetutamente in luce dalla logica moderna: vi è il pericolo che l'operatore scelga come paradigma – come *Hautptform* – una specie dominante (magari per ragione storiche) e, degradando le altre specie al ruolo di "eccezioni" o di "casi-limite", sia indotto a "mettere in ombra" la reale diversità delle altre specie, magari ricorrendo ad artifici espositivi, spinto dalla preoccupazione di trovare qualche tratto comune per la edificazione del ricercato concetto di genere»: G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 37. V. anche G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, spec. pp. 15-19.

[3] Le teoria, le cui origini si fanno tradizionalmente risalire al Luden, è stata ripresa in Italia da A. BONUCCI, *L'omissione nel sistema giuridico*, Perugia, 1911, pp. 77 e ss. e quindi da E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Napoli, Jovene, ristampa del 1934 (or. 1923), pp. 57-77. Anche F. ANTOLISEI, in *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, S.A. Istituto editoriale scientifico, 1928, pp. 16-18 e 26-32 individua nell'*aliud agere* lo strumento che consente di riunire l'azione in senso stretto o l'omissione in un superiore concetto di azione in senso lato; L'Autore "ripudierà" successivamente la teoria in questione: *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, ristampa del 1960 (or. Padova, Cedam, 1934), p. 140-141.

[4] E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, cit., p. 57, il quale precisa poi (p. 65) che l'azione rilevante non è semplicemente quella "diversa", ma piuttosto quella "inversa" rispetto alla condotta che si doveva e si poteva esplicare.

[5] Per un'efficace rassegna critica delle opinioni espresse nell'ambito della c.d. concezione psicologica della colpevolezza si rinvia a M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, 1951, pp. 37 e ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, Cedam, 1993, pp. 35 e ss..

quella, di matrice hegeliana[6], per cui «chi dice azione dice volontà: chi dice volontà dice azione»[7]. Muovendo da un simile presupposto si è preteso di ricostruire la colpa ora come "volontà negativa" (si pensi all'inerzia psichica di cui parlava Pettoello Mantovani[8]), ora come "errore inescusabile"[9]. In ques'ultimo senso, si è ritenuto che «la colpa ha per causa l'errore vincibile»[10], cioè un errore che poteva essere evitato con maggior cura o diligenza: la colpa, quindi, consisterebbe in un atteggiamento involontario (la coscienza e volontà della condotta costituiscono una condizione necessaria ma non sufficiente perché possa aversi colpevolezza) ravvisabile quando l'agente dirige la sua azione ad un evento lecito, mentre per errore ne produce uno vietato, oppure quando, pur dirigendo la sua azione verso un evento vietato, credeva per errore di poterlo realizzare, perché ignorava le reali condizioni in cui agiva (scriminante putativa) [11].

L'evidente difficoltà di ricondurre la colpa entro gli angusti confini di schemi pregiuridici ricavati dal confronto con l'agire intenzionale, assunto quale indefettibile parametro di riferimento, hanno condotto a svalutare la stessa distinzione tra dolo e colpa: muovendo infatti dal presupposto per cui il concetto di colpa andasse propriamente riferito alla sola colpa cosciente, quest'ultima è stata identificata con un vero e proprio "dolo di pericolo", consistente nella volontaria violazione di una regola cautelare accompagnata dalla coscienza, seppur "incerta e generica", della pericolosità della propria condotta[12].

---

[6] «La manifestazione della volontà come *soggettiva* o *morale* è *azione*»: G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bar, Laterza, 1979, p. 121 (§ 113).

[7] F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, Priulla, 1947, p. 2, in esplicita polemica con la costruzione proposta da F. ANTOLISEI, in *L'azione e l'evento nel reato*, cit., *passim*. V. anche E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, cit., p. 27: «La volontà, in altri termini, non è altro che energia psichica la quale diviene condotta; e la condotta non è che l'equivalente pratico della volontà».

[8] L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 159 e ss..

[9] Sulla distinzione, all'interno delle concezioni psicologiche tra quelle volontaristiche (colpa come volontà negativa) e quelle intellettivistiche (colpa come errore inescusabile) si rinvia a F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 45-60 e, per le opinioni più risalenti, a A. STOPPATO, *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Verona, Fratelli Drucker, 1898, pp. 104 e ss..

[10] F. ALIMENA, *La colpa*, cit., p. 27. Per una valorizzazione del concetto di "errore" nella ricostruzione della colpa v. di recente A. NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 225 e ss..

[11] F. ALIMENA, *La colpa*, cit., p. 16. In senso critico, v., tra gli altri, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., 155-161 e F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 56-60.

[12] O. VANNINI, *Per un concetto unitario di colpevolezza*, in *Studi senesi*, 1926, p. 313. La riduzione della colpa a dolo di pericolo costituisce una logica conseguenza della concezione imperativistica del diritto: se si ritiene che la norma possa essere violata solo da una volontà che consapevolemente si opponga alla stessa, diviene necessario individuare anche nella colpa un preteso momento volitivo: M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 39, nota n. 15. In effetti O. VANNINI, in *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*, rist. delle XII esercitazioni, Milano, Giuffrè, 1954, p. 433 mette in relazione il concetto di "previsione" nella colpa proprio con la «possibilità nell'individuo di assumere il fatto sotto la norma che lo contempla, e quindi [al]la possibilità della norma d'influire sulla coscienza individuale come motivo della condotta».

Attualmente il processo di emancipazione della colpa dal corrispettivo psicologico del dolo e dell'omissione dal corrispettivo naturalistico dell'azione in senso stretto sembra aver raggiunto un grado di sviluppo sufficientemente avanzato: sono superati i tempi della "caccia al dolo nella colpa"[13] e della "caccia alla fisicità nell'omissione" ed è ormai chiaro quanto possa rivelarsi sterile la spasmodica ricerca di superiori concetti (pregiuridici) di colpevolezza[14] e di azione[15].

Ciò che resta, quale indiscusso punto di partenza, è la natura "normativa" tanto dell'omissione quanto della colpa[16].

Con questo, beninteso, non si vuole individuare una semplicistica contrapposizione tra il piano naturalistico del dolo e dell'azione e quello normativo della colpa e dell'omissione[17]. Il presupposto metodologico comune ad ogni indagine

---

[13] L'espressione di Binding viene ricordata da G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 38, nell'ambito di una ricostruzione critica dei presupposti metolodogici che hanno determinato, in definitiva, un "adattamento" dell'omissione all'agire positivo e dell'agire (ed omettere) colposo a quello doloso. Una nuova versione sarebbe costituita, secondo Arthur Kaufmann, dalla "caccia alla finalità nella colpa" intrapresa dai finalisti. Per una ricostruzione della teoria dell'azione finalistica v., nella nostra letteratura, M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica"*, cit., *passim*; F. GRISPIGNI, *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina tedesca*, in *Sc. pos.*, 1950, pp. 1 e ss.; L. PETTOELLO-MANTOVANI, *Il concetto ontologico di reato*, cit., pp. 21 e ss.; D. SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, Jovene, 1955, *passim*; G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 363 e ss.; C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 380 e ss.; T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, pp. 395 e ss..

[14] Sicure le conclusioni di M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 97: «dal punto di vista dell'analisi strutturale della fattispecie sembra dunque necessario limitarsi allo studio del dolo e della colpa, senza andare alla ricerca di una nozione superiore che le differenze ontologiche tra quei concetti rendono, come abbiamo visto, impossibile».

[15] M. ROMANO, *Pre-Art. 39*, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Art. 1-84, III ed., Milano, Giuffrè, 2004, pp. 312-313 ritiene tuttavia irrinunciabile l'individuazione di un superiore concetto unitario di azione (ed omissione), che svolgerebbe tre funzioni fondamentali: negativa, in quanto esclude ciò che non possiede i requisiti minimi per costituire una condotta penalmente rilevante; teoretica, in quanto, individuando i fattori comuni di ciascun illecito, è in grado di orientare la costruzione scientifica del diritto penale; pedagogico-culturale, in quanto sottolinea la centralità dell'uomo nell'ordinamento e nell'interesse delle scienze penalistiche. In definitiva «il reato è anzitutto *comportamento umano tipicizzato*» (corsivo originale). Sui "compiti" del concetto di azione anche C. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dommatica penalistica tedesca*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Vol. III, Giuffrè, 1984, pp. 2087 ss..

[16] E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., p. 828, individua nel reato omissivo colposo un «*surplus* di *normatività*» e «una contiguità "pericolosa" di nuclei normativi», con conseguente rischio di sovrapposizione tra la fattispecie oggettiva e quella soggettiva.

[17] Cfr. T. GALIANI, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, Jovene, 1980, p. 81, che evidenzia la necessità di ravvisare anche nell'azione in senso stretto un momento "di valore", accanto a quello più propriamente "naturalistico". Per l'opposta valorizzazione di valutazioni di tipo "naturalistico" nell'individuazione della condotta, tanto attiva quanto omissiva, A. DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 65 e ss., secondo il quale la condotta umana va intesa naturalisticamente, come essa si svolge nel mondo della natura: la conformità al modello non riguarda il concetto basilare di comportamento che, dunque, non è un concetto di valore; tale è invece il comportamento tipico, cioè il comportamento che entra nel fatto. Più in generale, si è osservato (A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. I, *Profili*

in tema di elementi del reato, tanto oggettivi quanto soggettivi è, anzitutto, il deciso rifiuto di concetti e distinzioni di tipo ontologico, che preesistono rispetto al dato normativo e alla stregua dei quali lo stesso andrebbe interpretato[18]. In effetti il deciso (e ormai pressoché indiscusso) riconoscimento della natura normativa di colpa e omissione ha avuto, in parte come causa in parte come effetto, il deciso rifiuto di ogni approccio metodologico che, in maniera più o meno evidente, comporti una sovrapposizione di concetti ontologici e pregiuridici rispetto alla ricostruzione degli istituti ricavabile dal contesto normativo di riferimento. Il dato psicologico-naturalistico, di conseguenza, non viene del tutto svalutato, ma assume un ruolo, per dir così, complementare, che non esaurisce la struttura della colpa e dell'omissione sul piano sistematico. Si pensi, per ciò che riguarda la colpa, alla rilevanza attribuita al requisito per cui, secondo la lettera dell'art. 43 c.p., l'evento anche se preveduto, *non è voluto* dal soggetto agente. Per evitare fraintendimenti dell'unico elemento *strictu senso* psicologico ravvisabile nella struttura del reato colposo, si è ritenuto che esso rappresenti il mero presupposto negativo della colpa, che serve a delineare il suo confine rispetto al dolo[19]. Come a dire: non c'è colpa finché c'è dolo e, quindi, solo la mancata rappresentazione di almeno uno degli elementi positivi del fatto oggettivo o, per converso, l'erronea supposizione di uno degli elementi negativi del fatto (cause di giustificazione) costituisce il presupposto per l'accertamento degli elementi "positivi" della colpa[20].

L'ignoranza o l'errore[21], in definitiva, lungi dall'esaurire gli elementi costitutivi del reato colposo o dal fondare l'essenza dello stesso sul dato psicologico di

---

introduttivi e politico-criminali, Padova, Cedam, 1988, p. 163) che i temi della "realtà" e della "fisicità" dell'omissione sono stati spesso mantenuti distinti: non si è mancato così di affermare la natura normativa dell'omissione, ma di ammettere, al tempo stesso, che la stessa rappresenti un'entità reale. V. per esempio l'indagine di M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 22 e ss. che distingue la "forma" dell' "omissione" dal suo contenuto; G. MARINI, voce *Condotta*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. III, Torino, Utet, 1989, p. 23, secondo il quale la natura squisitamente normativa dell'omissione non esclude che la stessa sia caratterizzata anche da un'avvertibilità sul piano naturalistico la quale, in sostanza, la rende diversa dal "nulla"; M. ROMANO, *Pre-Art. 39*, *Commentario sistematico*, cit., pp. 313-314, che, pur concordando sull'affermazione per cui, mentre l'azione di può "vedere", l'omissione si può solo "pensare", ricavandola da (in relazione a) un'azione dovuta che invece non è stata compiuta, avverte che sarebbe quanto meno improprio che l'omissione si riduca a un mero "giudizio di relazione", restando pur sempre, proprio come l'azione, un'esternazione della *cogitatio*.

[18] Per una decisa affermazione di questa premessa metodologica v. G. MARINUCCI, *Il reato come "azione"*, cit. pp. 22 e ss. e M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, Giappichelli, 2006, spec. pp. 51-54.

[19] Tra gli altri M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 627; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 155-157; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 325.

[20] Per tutti, con riferimento alla categoria della c.d. colpa impropria, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 325-326.

[21] Si ritiene comunemente che mentre l'"errore" consiste nel «contrasto tra ciò che esiste nella nostra immaginazione e ciò che esiste nella realtà», l'"ignoranza" costituisce più propriamente la mancata cognizione (totale o parziale) di un determinato oggetto (per tutti F. ALIMENA, *La colpa*, cit.,

una "difettosità psichica" dell'agente, rappresentano una mera definizione in negativo della colpa, incompleta e non autosufficiente se non integrata anche da una sua definizione in positivo.

Considerazioni in parte analoghe valgono in riferimento al ruolo svolto dall'*aliud actum* nella sistematica della condotta omissiva. Se infatti il piano della ricostruzione ontologica dell'omissione lascia il posto alla definizione della "sola" questione dell'imputazione penale, la condotta tenuta dal soggetto in luogo dell'azione doverosa diviene il necessario (anche se non sufficiente) punto di riferimento nell'accertamento del requisito della coscienza e volontà della condotta omissiva[22].

Più in generale, pare potersi affermare con una certa sicurezza che dalla – difficilmente contestabile – natura "normativa" dell'omissione e della colpa non può derivare una completa svalutazione del dato naturalistico, ma, piuttosto, un suo completamento. Del resto se il giudizio normativo è anzitutto un giudizio "valutativo" è pur sempre necessario individuare l'oggetto della valutazione: volendo semplificare, il dato naturalistico rappresentato da "come sono andate le cose" (oggetto della valutazione) andrà poi completato dall'accertamento di "come le cose potevano e dovevano andare" (valutazione ipotetico-normativa)[23].

I punti di arrivo cui perviene con il riconoscimento di significative componenti "normative" nello schema del reato omissivo e di quello colposo, e che costituiscono altrettanti punti di partenza per ogni ricostruzione dell'omissione e della colpa che voglia fondarsi su solide basi, sono essenzialmente due e, a ben vedere, corrispondono ad altrettanti possibili significati che l'aggettivo "normativo" può assumere nel linguaggio comune e in quello scientifico. Se il predicato "normativo" viene contrapposto a "ontologico", esso indica, come già precisato, il deciso rifiuto per ogni ricostruzione dell'omissione e della colpa che, muovendo da

---

p. 19) ed è penalmente rilevante solo in quanto escluda quel complesso di rappresentazioni necessario per la sussistenza del dolo. È stato correttamente precisato che ai fini dell'esclusione del dolo e, quindi, ai fini di un'eventuale responsabilità a titolo di colpa, ciò che rileva non è tanto la c.d. ignoranza pura, ma quella che, ponendosi al di là dello stato di dubbio compatibile con il dolo, si accompagna al convincimento che la realtà stia in un certo modo: in altri termini l'ignoranza penalmente rilevante implica sempre un vero e proprio errore e, quindi, un convincimento non conforme alla realtà: M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 134.

[22] Per tutti I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 2 e ss. (*amplius* Cap. II, § 3).

[23] Al di là delle più ampie implicazioni che da essa derivano, sembra possa conservare una qualche validità, per lo meno come "limite" da tenere sempre presente la premessa metodologica da cui muoveva L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, cit., p. 39: «lo strato dell'essere e quello del dovere essere, il naturalistico ed il normativo, costituiscono due entità contrapposte, per cui la seconda esiste solo in funzione di una realtà proprio perché la sua ragion d'essere sta nella valutazione di essa. La realtà, dal canto suo, prima ancora di essere valutata è innanzitutto realtà, rimanendo tale anche dopo la valutazione». Si cercherà di chiarire nel prosieguo quali risultati derivino dalla "priorità logica" che si ritiene il dato naturalistico debba mantenere, specie in tema di coscienza e volontà della condotta (*infra*, Cap. II, § 3) e di individuazione della condotta omissiva mediante la spiegazione causale dell'evento (*infra*, Cap. III, § 1).

presupposti di tipo pregiuridico, pretenda di ricostruire superiori concetti di azione e di colpevolezza modellati, rispettivamente, attorno all'azione in senso stretto e al dolo.

Se invece il predicato "normativo" viene impiegato per qualificare la tecnica di descrizione della fattispecie che si avvale di elementi diversi rispetto a quelli c.d. "descrittivi", la concezione normativa serve ad evidenziare come sia l'omissione[24] che la colpa[25] siano (anzitutto) concetti di relazione, che consentono di individuare il comportamento oggettivamente e soggettivamente rilevante solo attraverso la contraddittorietà dello stesso rispetto ad una norma (*non facere quod debetur*): la funzione "tipizzante" è svolta, da un lato, dall'obbligo giuridico di impedire l'evento e, dall'altro, dall'obbligo di diligenza.

A quest'ultimo proposito, del tutto inconsistente si è rivelata l'osservazione secondo la quale tutti gli elementi della fattispecie presenterebbero carattere normativo, in quanto tutti ricaverebbero dall'ordinamento giuridico la loro rilevanza[26] e, quindi, subirebbero la deformazione derivante dal loro inserimento all'interno di una fattispecie astratta[27]. È evidente, per esempio, che un

---

[24] In tema di omissione restano fondamentali le riflessioni di F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, pp. 20 ss.; v. anche M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica"*, cit., pp. 232-233; G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 95 ss.; M. SPASARI, voce *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 840 e *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 22 e ss.; I. CARACCIOLI, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Noviss. dig. disc. pen.*, Vol. XI, 1957, Torino, Utet, pp. 895-896; G. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VIII, Torino, Utet, 1994, p. 547; G. MARINI, voce *Condotta*, cit., p. 23; M. ROMANO, *Pre-Art. 39*, *Commentario sistematico*, cit., p. 313.

[25] In particolare G. MARINUCCI, *Il reato come "azione"*, cit., pp. 117 ss..; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 167-170; G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1976, p. 63; A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, cit., p. 259; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 71 e 166-167; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 376 e ss.. In giurisprudenza, di recente, Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartalini, in *Foro it.*, 2007, fasc. 10, II, cc. 561-562, con nota di R. GUARINIELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*.

[26] Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000 (or. 1934), p. 50: «Ma questo fatto, in quanto tale, come elemento del sistema della natura, non è oggetto specifico della conoscenza giuridica e in generale non è nulla di giuridico. Ciò che trasforma questo fatto in un atto giuridico (in un atto illecito) è, non già la sua realtà di fatto, il suo essere naturale appartenente al sistema della natura e determinato causalmente, ma è bensì il senso oggettivo unito a questo atto: il suo significato. Il fatto in questione ottiene infatti il suo senso specificamente giuridico, per mezzo di una norma che nel suo contenuto vi si riferisce e gli impartisce il significato giuridico di modo che l'atto possa essere qualificato secondo questa norma. La norma funziona così come schema qualificativo».

[27] In questo senso B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, III ed., Cedam, 1955, pp. 25, 104-105 e116, il quale, esponendo criticamente i presupposti su cui si fonda la c.d. concezione normativa della colpevolezza, sottolinea come il rapporto tra la situazione umana e la norma giuridica, in cui si è preteso di individuare il tratto caratterizzante del superiore concetto di colpevolezza, riguardi in realtà tutti gli elementi del reato, compreso quello oggettivo: la normatività della colpevolezza, dunque, sarebbe solo un aspetto della normatività dell'intero fatto, la quale, a sua volta, risulta dal complessivo giudizio di antigiuridicità. Critico sulla contrapposizione tra concezione psicologica e concezione giuridica della colpevolezza anche P. NUVOLONE, *La concezione giuridica italiana della*

comportamento attivo assumerà i contorni di una condotta penalmente rilevante solo in quanto corrisponda allo schema descrittivo di una fattispecie incriminatrice.

È tuttavia altrettanto evidente come la "normatività" assuma contorni affatto differenti a seconda dell'elemento del reato di volta in volta preso in considerazione. Riportando le considerazioni svolte da autorevole dottrina in sede di definizione dei c.d. elementi normativi della fattispecie, può dirsi che mentre in alcuni casi il passaggio dalla norma al fatto avviene in modo immediato, in altri «è necessario il tramite di una norma diversa da quella alla cui stregua si compie l'incriminazione e da cui discende al fatto la qualifica che permette di individuarlo e isolarlo nell'insieme dei dati giuridicamente rilevanti»[28]. In altri termini: anche a volere ammettere che tutti gli elementi della fattispecie, in quanto costruiti astrattamente, presentino in definitiva un carattere normativo, senza dubbio ve ne sono alcuni che, richiedendo l'applicazione di qualifiche derivanti da norme diverse da quella incriminatrice, sono «normativi in doppio grado»[29].

Nel caso dell'omissione e della colpa il carattere normativo (o doppiamente normativo) delle stesse trova il suo presupposto in una precisa scelta operata dal legislatore a livello di tecnica legislativa e produce una conseguenza necessaria a livello sistematico. Il presupposto consiste nel fatto che il riferimento, rispettivamente, agli artt. 40, secondo comma c.p. e 43, primo comma, terzo alinea, c.p. risulta da solo insufficiente, in quanto le disposizioni in questione richiedono in ogni caso l'individuazione della regola, diversa da quella penale incriminatrice, da cui ricavare l'obbligo giuridico di impedire l'evento[30] o l'obbligo di diligenza. La

---

colpevolezza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, pp. 4-5. Quest'ultimo Autore, in *I limiti taciti della norma penale*, Priulla, Palermo, 1972, p. 19, ha sostenuto la tesi, esattamente speculare rispetto a quella appena riferita, per cui nessun elemento potrebbe definirsi "normativo", in quanto tutti gli elementi inseriti in una fattispecie costituirebbero sempre "elementi di fatto": l'espressione alla quale si pretende di attribuire carattere normativo avrebbe solo la funzione di criterio di raggruppamento e di qualificazione impiegato per ragioni di economia legislativa.

[28] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte II, *L'elemento psicologico*, Giappichelli 2001, p. 39 e voce *Dolo (diritto penale)*, cit., 1964, p. 760.

[29] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, 2000, p. 143; M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 61.

[30] Per tutti F. CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, in *Annali*, 1933, pp. 4-5: «Anche per i reati commissivi, in cui l'azione è *causa* dell'evento *stricto sensu*, la responsabilità penale è subordinata al *dovere giuridico di non cagionare*. Ciò deriva dalla natura stessa del reato, che è un *atto illecito*, cioè la *violazione di un dovere*. Se chi spara contro un altro un colpo di pistola, è punito, vuol dire non solo che egli ne ha cagionato la morte o la lesione, *ma che aveva il dovere di non cagionarla*. Tanto è vero che, se spara un soldato di un plotone di esecuzione contro un condannato a morte, non c'è la responsabilità per quanto ci sia la causalità, perché c'era, invece, il dovere di uccidere. Ma quando si tratta di commissione e così di causalità *stricto sensu*, la statuizione del dovere di non cagionare il danno è implicita nella norma penale; "chi uccide è punito" vuol dire: "non si deve cagionare la morte". Invece per la omissione, occorre che un'altra norma stabilisca *il dovere di impedire il danno*. Non basta dire che: "chi uccide è punito" per dedurne che si ha il dovere non solo di non cagionare la morte, ma anche di impedirla. La punibilità della omissione, avente valore causale (*lato sensu*; *rectius* condizionale) del danno è subordinata alla esistenza di *un'altra norma* la quale costituisce l'obbligo di non impedire» (corsivi originali).

conseguenza risiede nel necessario accertamento della possibilità di agire altrimenti, adeguando la propria condotta alla pretesa normativa.

C'è in effetti un terzo significato che può attribuirsi alla concezione normativa dell'omissione e della colpa e che, a ben vedere, si configura come una sintesi dei due aspetti indicati in precedenza. Mediante il reato omissivo e quello colposo e, *a fortiori*, mediante il reato omissivo colposo, il legislatore individua **modelli astratti di comportamento** che prescrivono non solo di agire, ma anche di agire con certe modalità e rispetto ai quali pretende l'adeguamento da parte dei consociati: le scelte del singolo, quindi, acquistano rilevanza solo in riferimento ad un modello alternativo di comportamento, individuato preventivamente e astrattamente e rimasto inattuato. La sistematica del reato omissivo colposo, in altri termini, ha evidenziato il necessario spostamento dal piano dell'"attuale" a quello del "potenziale": "ciò che è stato" costituisce pur sempre il necessario punto di partenza, ma non è da solo sufficiente a fondare la responsabilità penale se non è completato dall'accertamento di ciò che "doveva e poteva essere". Si tratta di un ordine di idee assai simile a quello che recupera il nucleo centrale della concezione imperativistica del diritto, riformulandolo però in termini di mera potenzialità: la norma non è un comando, ma più semplicemente è idonea a funzionare come tale[31].

In effetti constatare la sola mancata attuazione del modello rischierebbe di condurre a risultati contrastanti rispetto ai principi generali in materia penale, primo fra tutti quello di personalità; occorre perciò anche misurare, mediante giudizi di tipo ipotetico-normativo, la possibilità per il singolo agente di adeguarsi al modello di comportamento descritto dal legislatore. E, come si cercherà di chiarire, proprio un'accurata distinzione dei giudizi ipotetico-normativi caratteristici dell'omissione rispetto a quelli necessari per l'accertamento della colpa, rappresenta il primo strumento per evitare quella sovrapposizione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo cui si faceva riferimento in apertura.

2. La possibilità di agire diversamente e utilmente: la "dominabilità" nel reato omissivo colposo.

La possibilità di agire diversamente, dunque, assume il ruolo di vera e propria "chiave di volta" nel sistema del reato omissivo colposo. Sebbene la rilevanza del principio sia stata esaminata soprattutto in riferimento alla colpevolezza, quale requisito che meglio connota il superamento di concezioni ancorate a meri presupposti psicologico-naturalistici, sembra che proprio in riferimento all'omissione,

[31] OLIVERCRONA, *Der Imperativ des Gesetzes*, 1942, p. 25, citato da M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 132, nota n. 42. In senso analogo A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in AA.VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. STILE, Jovene, Napoli, 1989, p. 6.

sul versante oggettivo, e alla colpa in senso stretto, su quello soggettivo, lo stesso sia in grado di condurre a risultati significativi.

Il discorso può essere introdotto dalla considerazione per cui i tentativi di assicurare alla colpa e all'omissione pieno diritto di cittadinanza all'interno dell'ordinamento giuridico penale segnano un percorso per certi aspetti simile a quello seguito, in tema di peccato, da uno dei più illustri rappresentanti della scolastica medievale. Una rapida rassegna della Somma teologica di S. Tommaso d'Aquino rivela infatti una straordinaria comunanza di problematiche (e talvolta di soluzioni!) che conosceranno alterne vicende nelle rispettive trattazioni penalistiche. Ecco, ad esempio, come l'Aquinate affrontando il quesito relativo alla necessaria presenza di un atto positivo perché possa darsi peccato, propone il superamento di teoriche che, ispirate a presupposti assai simili a quelli dell'*aliud facere*, richiedevano la necessaria presenza di un atto positivo[32]:

«Il problema nasce soprattutto per il peccato di omissione, a proposito del quale ci sono diverse opinioni. Alcuni infatti dicono che in ogni peccato di omissione c'è un atto, o interno o esterno. Interno, come quando uno non vuole andare in chiesa quando è tenuto ad andarci. Esterno, come quando chi è tenuto ad andare in chiesa nell'ora fissata, oppure prima, si applica ad altre cose che gli impediscono di andarvi. Anche questo caso però, in qualche modo rientra nel primo: infatti chi vuole una cosa che è incompatibile con un'altra, logicamente vuole privarsi di quest'ultima;eccetto forse il caso in cui non si renda conto dell'incompatibilità di quanto vuol fare con ciò che è tenuto a fare: nel quale caso potrebbe essere giudicato colpevole di negligenza. Altri invece affermano che nel peccato di omissione non si richiede alcun atto; perché lo stesso non fare ciò che uno è tenuto a fare è già un peccato.

Ora, nell'una e nell'altra opinione c'è qualcosa di vero. Infatti **se nel peccato di omissione si considera solo ciò che costituisce direttamente la ragione di peccato, talora il peccato di omissione implica un atto interiore**, come quando uno vuole positivamente non andare in chiesa; **talora invece prescinde da ogni atto interno od esterno**, come nel caso di chi al momento in cui dovrebbe andare in chiesa, non pensa né di andare né di non andare. **Se viceversa nel peccato di omissione si considerano anche le cause o le occasioni dell'omissione stessa, allora è necessario che in ogni peccato di questo genere ci sia un atto**. Non si dà infatti un peccato d'omissione, se

[32] Le dispute in argomento dimostrano chiaramente come, anche in una prospettiva teologica, la "responsabilità" per omissione sia tutt'altro che scontata, necessitando per contro di argomentazioni preliminari, spesso assai complesse, volte a fondarne la legittimità. *Contra*, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975, p. 18, il quale rileva che nella fase pre-illuminista, quando la norma che fonda la responsabilità penale dell'agente trova la propria fonte nella volontà divina, l'illecito penale può essere aprioristicamente concepito sia come azione positiva sia come omissione.

uno non tralascia ciò che in grado di fare o di non fare. Ora, tale astensione non avviene senza una causa o un'occasione concomitante o precedente. E se tale causa non è in potere dell'interessato, l'omissione non ha natura di peccato: come quando uno lascia di andare in chiesa per malattia. L'omissione è invece peccaminosa se la causa o l'occasione di tralasciare dipende dalla volontà: e allora è necessario che tale causa, in quanto volontaria, sia sempre accompagnata da un atto, almeno da un atto interiore della volontà.

Ora, codesto atto qualche volta investe direttamente l'omissione stessa: per esempio quando uno non vuole andare in chiesa per pigrizia. E allora tale atto appartiene essenzialmente (*per se*) all'omissione: infatti la volizione di un peccato qualsiasi appartiene essenzialmente a tale atto, essendo la volontarietà essenziale al peccato. Altre volte l'atto della volontà investe direttamente la cosa che distoglie dal compiere l'azione dovuta: sia essa concomitante all'omissione, come quando uno vuole giocare nel momento in cui ha il dovere di andare in chiesa, sia essa precedente, come quando uno vuole vegliare a lungo la sera, dal che segue il non andare in chiesa al mattino. E allora questo atto interno o esterno è solo accidentale all'omissione: poiché l'omissione nel caso è preterintenzionale; e noi denominiamo accidentale ciò che esula dall'intenzione, come dimostra Aristotele (*Phys*. 2, 5). Perciò è evidente che in questo caso il peccato di omissione è legato a un atto concomitante o precedente, ma quest'ultimo è solo accidentale al peccato di omissione. Ora, bisogna giudicare le cose dagli elementi *per se* (o essenziali), non già dagli elementi *per accidens*. Quindi è più esatto affermare che un peccato può esistere senza nessun atto. Altrimenti bisognerebbe considerare essenziali gli atti e le azioni concomitanti anche per gli altri peccati (di commissione)».

E concludendo sul punto introduce la seguente precisazione:

«Si dice che una cosa è volontaria non solo perché su di essa cade l'atto della volontà, ma anche per il solo fatto che è in nostro potere far sì che avvenga o che non avvenga, come spiega Aristotele (*Ethic*. 3, 5). Per cui può dirsi volontario anche lo stesso non volere, in quanto è in potere dell'uomo volere e non volere»[33].

Qualche secolo più tardi, Petrocelli affermerà che il soggetto si pone colpevolmente contro il dovere non solo quando dirige la sua volontà al compimento di un atto vietato, ma anche quando omette di tener desta la volontà per compiere, al momento dovuto, il fatto comandato dal diritto. Non sarebbe dunque necessaria una «presenza attiva del volere al momento dell'infrazione. La nostra coscienza, nel fondare la responsabilità morale dell'agente, pone il problema nel suo aspetto più

[33] S. TOMMASO D'AQUINO, *La somma teologica*, Vol. II, Bologna, Esd, 1996, Prima secundae, Questione 71, art. 5, pp. 545-546 (grassetto originale).

vero: l'agente ha mancato al suo dovere mentre aveva la possibilità di ottemperarvi»[34].

L'allargamento del campo di indagine, sul piano soggettivo, da ciò che è voluto a ciò che si doveva e poteva volere, trova perfetto corrispettivo, sul versante oggettivo, nella rilevanza non solo di ciò che si è fatto, ma anche di ciò che si doveva e poteva fare.

Lo stesso S. Tommaso, del resto, ha cura di precisare che il peccato di omissione richiede non solo la mancata osservanza del precetto positivo (= comando) che mira al compimento del bene (= tutela di interessi giuridici ritenuti particolarmente rilevanti), ma anche la concreta possibilità per il soggetto di agire diversamente: in altri termini è necessario, parafrasando la nota costruzione proposta da Antolisei per il reato, che il peccato sia attribuibile al peccatore e che dunque rappresenti una manifestazione della sua personalità[35]. E nel seguente brano della Somma teologica la tematica dell'omissione è significativamente accomunata a quella della "colpa" del peccatore.

«. […] l'omissione viene concepita solo in rapporto a un bene dovuto, che uno ha l'obbligo di compiere. Ma nessuno è tenuto all'impossibile. Per cui nessuno commette peccato di omissione, se non fa quello che non può fare. Perciò una donna violata che ha fatto voto di verginità non fa un peccato di omissione perché non ha la verginità, ma perché eventualmente non si pente del suo peccato, o perché non fa quello che può per compiere il suo voto con l'osservanza della castità. E così il sacerdote non è tenuto a celebrare la messa se non quando è in condizioni di farlo: e se queste non si danno, non pecca di omissione. Parimenti uno è tenuto a restituire, supposto che ne abbia la capacità: mancando la quale non fa un peccato di omissione, purché faccia quello che può. E lo stesso si dica per altri casi del genere.

Come il peccato di trasgressione è in contrasto con precetti i negativi, che mirano ad evitare il male, così il peccato di omissione è in contrasto con i precetti i affermativi, che mirano al compimento del bene. Ma i precetti affermativi non obbligano in tutti i momenti, bensì in tempi determinati. Ed è allora che il peccato di omissione comincia a sussistere.

---

[34] B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., pp. 36-37. Del resto, lo stesso F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, S.A. Istituto editoriale scientifico, 1928, p. 63, che è tra quegli Autori, criticati dal Petrocelli, che hanno proposto il superameno del principio per cui il coefficiente psichico di ogni azione vada rinvenuto nella volontà, precisa tuttavia che fra gli atti involontari ve ne sono alcuni che si svolgono effettivamente al di fuori di ogni possibile controllo del volere, ma ve ne sono altri che rientrano appieno nella sfera d'azione della volontà, in quanto con un sforzo cosciente la volontà rimasta inerte poteva essere attivata. V. anche M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., pp. 80-81: «il concetto di atto volontario utilizzato dagli ordinamenti normativi che pongono certe pretese nei confronti dei destinatari non è costituito solo dall'atto sorretto da un impulso volontario, ma anche dall'atto che sarebbe dominabile dalla volontà con l'esercizio dei suoi poteri di impulso e di inibizione».

[35] Il riferimento è ancora a F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, cit., 59-61.

Tuttavia può capitare allora uno non sia in grado di fare ciò che deve. E se ciò avviene senza sua colpa non c'è omissione, come si è già detto. Se invece ciò avviene per un suo peccato precedente, nel caso per esempio di uno che è incapace di alzarsi per il mattutino perché si è ubriacato la sera avanti, allora secondo alcuni il suo peccato di omissione comincerebbe a esistere dal momento in cui egli si è applicato all'atto illecito incompatibile con ciò a cui era tenuto. Ma questo non sembra vero. Nel caso infatti che costui venisse svegliato di prepotenza e andasse così a mattutino non peccherebbe di omissione. Perciò è evidente che l'ubriacatura precedente non era l'omissione, ma la causa dell'omissione. Bisogna quindi concludere che l'omissione comincia ad essergli imputata a colpa quando inizia il tempo di agire: tuttavia a motivo della causa precedente, che rende volontaria l'omissione successiva»[36].

La vicinanza "concettuale" tra il peccato di (per) omissione ed il reato omissivo risulta fin troppo chiara: la "consistenza" dell'omissione, la *suitas* della stessa, la presenza di un termine e, per quel che qui maggiormente interessa, la dialettica tra "dovere" e "potere" sono tematiche attorno alle quali ruota la costruzione sistematica della condotta omissiva. Per quel che eui interessa è sufficiente rilevare come già in tema di "peccato" risultasse ben visibile quel filo conduttore che anche in relazione agli elementi costitutivi del reato andrà evidenziandosi sempre più chiaramente: l'idea della "dominabilità" dell'atto che si pretende di qualificare come condotta penalmente rilevante e, dunque, delle sue conseguenze dannose o pericolose.

La necessità di qualificare come reato solo ciò che rientri nel volume della "sfera di signoria", tanto oggettiva quanto soggettiva, dell'agente cresce in maniera esponenziale a fronte della sempre più decisa affermazione dei principi garantistici in materia penale (primo fra tutti quello di personalità della responsabilità penale) e percorre trasversalmente tanto l'elemento oggettivo quanto quello soggettivo del reato. Si è già chiarito come omissione e colpa rappresentino concetti di relazione, che si costruiscono attorno ai due poli della condotta umana e della norma che prevede l'obbligo di "fare" o di "fare diligentemente".

Come efficacemente dimostrato in tema di colpevolezza, il riferimento al concetto di "obbligo" si rivela più corretto rispetto a quello di "dovere". L'obbligo, infatti, attiene al momento c.d. precettivo: esso si riferisce alla posizione del soggetto nei confronti dell'elemento che condiziona l'applicazione della conseguenza sanzionatoria prevista dalla norma e, di conseguenza, esprime la necessità che il soggetto si adegui alla pretesa normativa[37]. Da ciò deriva che la trasgressione di un obbligo è configurabile solo se il soggetto non abbia agito in condizioni tali da

[36] S. TOMMASO D'AQUINO, *La somma teologica*, cit., Vol. III, Secunda secundae, Questione 79, art. 3., pp. 605-606.

[37] M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 125.

escludere un contegno conforme alla norma[38]: se definire antigiuridico un comportamento equivale ad accertare la violazione di un dovere, definirlo colpevole significa accertare la violazione di un obbligo, di una situazione, cioè, che consentiva al soggetto uno spontaneo adeguarsi alle esigenze formulate dal diritto; e ciò avviene in tutti i casi in cui la fattispecie richiede un elemento che vada oltre la mera causazione materiale del fatto[39].

Mutatis mutandis, quando si parla di "omissione" si fa riferimento ad "un obbligo giuridico di impedire l'evento": di conseguenza l'omissione non può dirsi sussistente qualora il soggetto non "può" tenere la condotta attiva alla quale è obbligato. Questo significa che nei reati omissivi il momento soggettivo è "anticipato" in sede di individuazione della condotta penalmente rilevante, con la conseguenza che l'indagine relativa alla sussistenza dell'obbligo di impedire l'evento esaurisce anche quella relativa all'obbligo di diligenza? Non sembra sia questa la via indicata o imposta dal nostro sistema positivo. Anzi. Proprio in sede di individuazione dei requisiti dell'obbligo di impedimento dell'evento e dell'obbligo di diligenza in condizioni di reciproca autonomia si fa più pressante quell'esigenza di distinzione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo che, come si preciserà tra breve, si ritiene di dover assumere quale premessa metodologica.

L'idea della "dominabilità", tuttavia, assume nel reato omissivo colposo una dimensione più ampia, che non si limita alla sola possibilità, in capo al soggetto agente, di agire diversamente. Del resto il riferimento alla "dominabilità" rischia di atteggiarsi a "formula magica" per la risoluzione di ogni problema di imputazione che, però, ad un più attento esame, può dimostrarsi un'autentica "formula vuota", svelando appieno l'inservibilità dell'incantesimo. Quello di "dominabilità" è piuttosto un concetto di sintesi, la cui effettiva praticabilità a fini di ricostruzione sistematica dipende dalla possibilità di specificarne i contenuti, in riferimento all'elemento del reato che di volta in volta viene in considerazione. In linea generale può ritenersi che la "dominabilità" nel reato omissivo colposo comprenda almento tre aspetti, tra loro complementari:

1) il primo consiste nella **predeterminazione della regola** da cui ricavare la condotta doverosa e/o diligente e, dunque, nella sua previa **riconoscibilità** da parte dell'agente. Si tratta, a ben vedere, di una specificazione della più

[38] M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 57.

[39] M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 140-141: «Antigiuridica, illecita è, insomma, ogni condotta che contrasti con una pretesa normativa. Colpevole, solo l'azione che infranga una pretesa con determinata caratteristiche». V. anche H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 48: «Il carattere di riprovazione che è specifico della colpevolezza consiste in questa duplice relazione: nel non *dovere* andare contro il diritto, quando ci si *può* ad esso conformare. Mentre l'antigiuridicità è un giudizio semplice di disvalore: l'azione non è quale per il diritto avrebbe dovuto essere, fosse o meno in grado l'agente di conformarsi alle esigenze del diritto; il giudizio di disvalore proprio della colpevolezza si spinge più in là, rimproverando personalmente l'agente di non aver agito come doveva, pur avendone la possibilità».

generale "possibilità di conoscere la norma penale": a seguito della valorizzazione della "conoscibilità" del divieto/comando anziché della "conoscenza effettiva" dello stesso, il requisito in questione ha gradualmente assunto il ruolo di autonomo presupposto di imputazione, comune tanto al reato doloso quanto a quello colposo, che la Corte Costituzionale, con la celebre sentenza n. 364 del 1988, non ha esitato a ricondurre direttamente al principio di personalità della responsabilità penale: sebbene l'aspirazione illuminista a leggi "poche, chiare, semplici e tendenzialmente immutabili" si sia rivelata un'utopia alla quale si può solo tendere senza la pretesa di una sua completa realizzazione, la violazione della legge penale non sussiste se il cittadino, pur con tutta la diligenza richiesta dal caso, non è posto nella condizione di poter conoscere con esattezza il fatto vietato[40].

2) il secondo riguarda, come già rilevato, la **"possibilità di agire diversamente"**, tenendo una condotta diversa da quella effettivamente posta in essere e, più precisamente, una condotta conforme a quella descritta dal modello astratto descritto dall'ordinamento;
3) il terzo, che del secondo rappresenta un completamento, consiste nella **"possibilità di agire utilmente"** e, dunque, nella possibilità di evitare mediante il proprio comportamento il prodursi del risultato vietato. In altri termini, non è sufficiente il dato "formale" della possibilità di adeguamento al comando/divieto normativo, ma è altresì necessario il dato "sostanziale" rappresentato dalla raggiungibilità del risultato individuato dall'ordinamento[41].

---

[40] Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, pp.1521-1525, con nota di G. PUOTI, *L'incostituzionalità dell'art. 5 c.p.: considerazioni sulla sentenza n. 364 del 1988 nell'ottica del diritto tributario*. V. anche i commenti di D. PULITANÒ, U*na sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 e ss.; T. PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, pp. 449 e ss.; F. PALAZZO, Ignorantia legis: *vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 920 e ss.; F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/88*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 223 e ss.; F. MANTOVANI, Ignorantia legis *scusabile e inescusabile,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 379 e ss..

[41] La possibile rilevanza della considerazione per cui un certo risultato si sarebbe prodotto comunque, indipendentemente dall'intervento (attivo od omissivo) del soggetto, rappresenta del resto una tematica che taglia trasversalmente la teoria del reato. L'intero accertamento del rapporto di causalità materiale si fonda sul presupposto che "le cose sarebbero andate diversamente" senza l'azione tenuta dal soggetto o, per contro, in presenza dell'azione doverosa omessa dal soggetto. La rilevanza di decorsi alternativi ipotetici viene di solito esclusa muovendo da una "concretizzazione" dell'accertamento stesso, che individui come punto di riferimento l'evento *hic et nunc* (sulla necessità di descrivere l'evento in base a concrete indicazioni spazio-temporali, per tutti, F. STELLA, *La «descrizione» dell'evento*, I, *L'offesa – Il nesso causale*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 87 e ss. e *Leggi scientifiche e spiegazioni causali nel diritto penale*, II ed., Giuffrè, 2000, pp. 252 e ss.) anziché il tipo di evento cui appartiene anche quello concretamente verificatosi. Così, se Tizio uccide Caio prima che il boia proceda all'esecuzione, nessuna rilevanza può essere attribuita alla circostanza che Caio sarebbe

Due sono quindi le questioni, ancora una volta comuni all'omissione e alla colpa, che si pongono con maggiore evidenza. In primo luogo è necessario individuare il modello che descrive il fare (o il fare diligente) atteso; in secondo luogo, preso atto della mancata attuazione del modello stesso, si tratta di verificare quali sono e come operano gli strumenti che l'ordinamento predispone per assicurare la "dominabilità" oggettiva e soggettiva della propria condotta e delle conseguenze che ne derivano[42].

L'esatta definizione delle componenti che insieme garantiscono la "dominabilità" oggettiva e soggettiva all'interno del reato omissivo colposo costituisce dunque il perno attorno al quale ruotano molte delle più complesse problematiche relative in materia e, in particolare, quelle in relazione alle quali è più evidente il rischio di una sovrapposizione di piani. Ogni osservazione al riguardo rischierebbe tuttavia di risultare incompleta senza due precisazioni ulteriori.

La stessa idea di dominabilità, e in particolare la sua specificazione costituita dal "poter agire diversamente", sembrano muovere dall'implicita premessa per cui l'uomo è effettivamente "**libero di volere**"[43]: libero cioè di scegliere se determinarsi in maniera conforme alla pretesa normativa oppure no. La libertà di volere dell'uomo, così come considerato dal diritto (non solo penale) e, più in generale, dell'uomo inserito nel contesto delle relazioni sociali pare assumere il valore di un vero e proprio assioma: un assunto che enuncia una verità evidente a chiunque, non dimostrabile ma nemmeno indubitabile, che si assume quale premessa necessaria per la costruzione di un sistema.

Sembra quindi pienamente condivisibile l'opinione di chi ritiene che la questione non stia tanto nella dimostrabilità filosofica del libero arbitrio, con la conseguente dipendenza di molte ricostruzioni dogmatiche in diritto penale da un dato assai difficilmente valutabile secondo sicuri parametri di riferimento. Si tratta,

---

morto comunque (Cfr. la giurisprudenza in cui si afferma che un evento può dirsi "cagionato" anche quando la condotta del soggetto determina una significativa anticipazione dell'evento stesso: Sez. IV, 11 luglio 2002, Macola, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3383, con nota di R. BLAIOTTA, *Causalità e neoplasie da amianto*). Già sul piano del concorso di persone nel reato, tuttavia, i casi di *omnimodo facturus* hanno rivelato in pieno la loro complessità (per una sintesi ricostruttiva si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 505 e ss.). Quanto alla tematica che qui interessa, può fin d'ora osservarsi che tanto l'accertamento dell'omissione quanto quello della colpa si fondano proprio sulla verifica, di tipo ipotetico-normativo, che se il soggetto si fosse adeguato al modello di comportamento disatteso il risultato vietato dall'ordinamento sarebbe stato evitato: l'aspetto in questione costituisce lo stesso contenuto della c.d. causalità dell'omissione e conosce un autonomo ambito applicativo anche in tema di c.d. causalità della colpa, specie mediante la verifica della rilevanza del comportamento alternativo diligente. Si tratta, evidentemente, di chiarire se e fino che punto i due aspetti mantengano una reciproca autonomia nello schema del reato omissivo colposo (*infra*, Cap. III).

[42] Entrambi gli aspetti costituiranno oggetto di trattazione del Capitolo II.

[43] Efficace la titolazione di paragrafo scelta da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 2004, p. 496: «*"Avrebbe potuto agire diversamente?": il dilemma metafisico tra determinismo e libero arbitrio*», cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche. V. anche M. PLACK, *Legge di causalità e libero arbitrio*, in *La conoscenza del mondo fisico*, Einaudi, 1949, pp. 97 e ss..

molto più modestamente, di prendere atto di un dato di fatto così profondamente radicato che neppure il principio dell'onniscienza di Dio e il conseguente determinismo teologico sono riusciti a mettere in discussione[44] e che va ben oltre i limiti della nota disputa sorta tra Scuola classica e Scuola positiva: «a torto o a ragione, qualunque possa essere la verità da un punto di vista filosofico, è su tale principio che, nella realtà della vita, hanno fondamento tutte le relazioni umane [...]. Ora, chi vede il diritto penale, e il diritto in genere, fondato sul principio delle libertà del volere non fa che prendere atto di questa realtà; chi vuol fondarlo su una base diversa esce fuori da questa realtà [...]. L'interprete della legge non può prescindere da ciò che è; non può chiudere gli occhi di fronte al principio della libertà del volere, se è tale principio che ispira nel diritto vigente le norme sulla colpevolezza»[45] e non solo.

È stato efficacemente dimostrato come la vera e propria ossessione nei confronti di un concetto così «sconcertante» quale quello di "libero arbitrio" abbia condotto nel corso dei Lavori preparatori del codice Rocco a prendere le distanze dallo stesso, ma solo nominalisticamente[46]. Così i compilatori del codice, premesso che la questione filosofica del libero arbitrio, insoluta e forse insolubile, deve rimanere del tutto estranea al diritto penale[47], si rifugiano nella più "rassicurante"

---

[44] Si lasciano parlare al riguardo i versi di DANTE ALIGHIERI, *Purgatorio*, *Canto XVI* (67-81), ispirati dall'insegnamento tomistico per cui *astra inclinant non necessitant*: «Voi che ogne cagion recate/ pur suso al cielo, pur come se tutto/ movesse seco di necessitate./ Se così fosse, in voi fora distrutto/ libero arbitrio, e non fora giustizia/ per ben letizia, e per male aver lutto./ Lo cielo i costri movimenti inizia;/ non dico tutti, ma, posto ch'i' 'il dica,/ lume v'è dato a bene e a malizia,/ e libero voler; che, se fatico/ ne le prime battaglie col ciel dura,/ poi vince tutto, se ben si notrica./ A maggior forza e a miglior natura/ liberi soggiacete; e quella cria/ la mente in voi, che 'l ciel non ha in sua cura». Sul libero arbitrio nella filosofia scolastica si rinvia a L. SCARANO, *Libera volontà e libero arbitrio nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1937, pp. 15 e ss..

[45] B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., pp. 65-77, il quale rileva, anche su questo punto la perfetta rispondenza dell'ordinamento penale ai criteri vigenti in campo morale. V. anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata dai Professori Nuvolone e Pisapia, Vol. I, Utet, 1984, p. 728, nota 9, il quale ritiene che la volontà libera è un fatto universalmente sentito ed ammesso, indipendentemente dalla sua valutazione filosofica e questo è sufficiente per il diritto penale. Per un tentativo di dimostrazione dell'esistenza della libertà del volere, sul piano biologico e su quello psicologico, v. invece H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., pp. 53-57. Cfr. sul punto L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 504: «Se vogliamo, possiamo ben chiamare "libero arbitrio" l'alternativa *ex ante* tra possibilità di commettere e possibilità di omettere l'azione proibita che forma il presupposto della *scelta* tra le due cose: a condizione però che questa alternativa sia considerata non già come ontologica, ma come deontologica, non riferita alla struttura ontica del mondo ma a quella deontica delle norme. Un determinista irriducibile potrebbe obbiettare che tutto questo conferisce alla colpevolezza, e con essa al libero arbitrio, il carattere di una convenzione. Ma si tratterebbe di una convenzione che ha il suo fondamento nella struttura stessa del diritto quale fenomeno regolativo, e che può essere serenamente accettata almeno finché accettiamo l'esistenza di regole o prescrizioni e non consideriamo insensato il contenuto».

[46] Si rinvia sul punto all'ampia rassegna critica condotta da B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., pp. 77-87.

[47] *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, Parte I, *Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 43.

considerazione per cui anche il volere dell'uomo subisce, come ogni fenomeno naturale, la legge di causalità. Per quanto l'idea del "determinismo psichico" sembrerebbe porre un argine al devastante effetto che deriva dalla semplice evocazione letterale del libero arbitrio, non può rinunciarsi ad ammettere che la volontà dell'uomo non soggiace in modo fatale ai possibili motivi contrapposti, ma ha la facoltà di discernere e selezionare (*id est*: scegliere) fra i vari motivi[48]. Lo svelamento del mero espediente letterale è completo quando nella Relazione al Progetto definitivo si riconosce esplicitamente la capacità di «autodeterminazione» dell'uomo[49]; e, infine, si gettano del tutto le armi con la considerazione per cui «non può invero concepirsi un diritto penale senza il presupposto di una capacità dell'uomo di auto-determinarsi per motivi coscienti, dal momento che la sanzione penale, come del resto ogni altra sanzione giuridica e morale, mira appunto a contrapporre ai motivi a delinquere il motivo psicologico che deriva dalla minaccia e dall'applicazione ed esecuzione della pena»[50].

Peccherebbe inoltre per difetto ogni ricostruzione che pretendesse di circoscrivere la questione della libertà del volere entro i soli confini della colpevolezza, indipendentemente dall'ampiezza che si ritenga di attribuire a questa categoria, o che ritenesse che il problema della colpevolezza, con particolare riferimento alla possibilità di agire altrimenti, sia legato a filo doppio alla sola concezione retributiva della pena[51]. Del resto, anche chi ha ritenuto che la libertà di scelta non è in alcun modo suscettibile di ricostruzione giudiziaria[52] e che, del resto, il

---

[48] *Lavori preparatori*, cit., Vol. IV, parte II, p. 137-138 e Vol. V, Parte I, *Relazione sul libro I del Progetto*, p. 140.

[49] Cfr. L. SCARANO, *Libera volontà e libero arbitrio*, cit., pp. 160-161, secondo il quale nel codice Rocco si afferma un "autodeterminismo" che risponde pienamente «al generale sentimento ad al comune modo di intendere la libertà: il libero arbitrio».

[50] *Lavori preparatori*, cit., Vol. IV, parte II, p. 138.

[51] Va notato, anche se solo *per incidens*, che la concezione retributiva della pena, almeno nella sua versione della retribuzione intesa in senso giuridico, prima ancora di fare del giudice «un esecutore terreno del tribunale penale divino e attribuire al suo verdetto la forza di compensare la colpevolezza umana e di ristabilire la giustizia» (C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 371), conferisce alla pena i caratteri di personalità, proporzionalità, determinatezza ed inderogabilità, del tutto conformemente ai principi teorico-statuali della democrazia. Sul punto, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 716 e ss., il quale conclude (p.719) che, nonostante le inevitabili deroghe e limitazioni, «l'*idea retributiva* resta l'idea forza, l'idea centrale del diritto penale della libertà». Anche G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 838, rileva che già nell'ambito della teoria retributiva classica la colpevolezza non serve a fondare una pena basata unicamente sull'idea della compensazione, ma funziona già quale principio limitativo della responsabilità penale in un'accezione garantistica. Sono semmai i presupposti utilitaristici su cui si fondano le istanze preventive, tanto generali quanto speciali, che, se nel periodo dell'Illuminismo giuridico hanno avuto il merito di (tentare di) liberare il diritto penale dai vincoli di una morale religiosa (T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 561), presentano pur sempre il rischio di sfumare e di assorbire le esigenze del singolo in quelle della collettività.

[52] C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 18. *Contra*, G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza*, cit., pp. 872-873.

problema della libertà del volere è destinato a diventare obsoleto[53] se il concetto di colpevolezza, anziché offrire le basi per sostenere lo scopo retributivo della pena, funzioni unicamente come limite in sede di determinazione della pena stessa, perviene poi alla conclusione per cui la libertà di agire diversamente all'epoca del fatto «non ha bisogno di alcuna prova, poiché il suo ruolo nel diritto penale non è quello di un fatto reale, bensì quello di un assunto normativo»[54]. Ma la "concezione normativa della libertà", lungi dal rendere inconsistente per il diritto penale la disputa sulla libertà del volere[55], presuppone al contrario la sua soluzione nei termini già accennati in precedenza: il problema della libertà del volere, nel diritto in generale e soprattutto in quello penale, non può divenire osboleto; ma riconoscere la persistente funzionalità non significa necessariamente rimanere imbrigliati entro le pastoie di una delle più risalenti e complesse dispute filosofiche. Non è certo il caso di affaticarsi in sterili sottigliezze linguistiche. Il principio della libertà del volere è "semplicemente" uno dei principi cardine su cui si erige l'intero sistema, talmente ovvio da non aver bisogno di riconoscimenti espliciti, talmente assiomatico da non aver bisogno di dimostrazioni ulteriori che pretendano di andare oltre la mera presa d'atto della sua esistenza.

Assumere la libertà di volere dell'uomo quale base indiscussa del sistema penale, non significa anche ricavare dallo stesso principi che, in nome di pretesi criteri di valore, pretendano in definitiva di superare il dato normativo. Il riferimento è innanzi tutto al c.d. principio di inesigibilità[56], non tanto quando venga impiegato per rinvenire la *ratio* di istituti quali lo stato di necessità (art. 54 c.p.) o la causa di non punibilità di cui all'art. 384 c.p., ma quando dallo stesso si pretenda di ricavare un principio generale applicabile, in via analogica, a situazioni nelle quali non era "umanamente esigibile" che il soggetto tenesse il comportamento richiesto dall'ordinamento. Sembra pienamente condivisibile sul punto l'orientamento di chi ritiene che il principio di inesigibilità risulta talmente ampio da mostrarsi sostanzialmente vuoto[57]. Se con esso si vuole significare che l'ordinamento in certi casi esclude la responsabilità del soggetto agente in quanto ritiene impossibile, o

---

[53] C. ROXIN, *Considerazioni di politica criminale*, cit., 1980, p. 380. Per una efficace ricostruzione delle varie fasi del pensiero di Roxin si rinvia a T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 798 e ss..

[54] C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, cit., p. 24.

[55] Così invece C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, cit., p. 24.

[56] Si rinvia sul punto all'ampia analisi di G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990; L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, Jovene, 1948; E. MEZZETTI, Necessitas non habet legem? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 94 e ss..

[57] B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., p. 141. Critico su una "versione estrema" del giudizio normativo di colpevolezza che, per il tramite dell'inesigibilità, dia ingresso anche a "scusanti" non previste da specifiche disposizioni di legge, di recente, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 344-345.

quanto meno molto difficile, un adeguamento al precetto penale, *nihil novi sub sole*: la stessa idea di dominabilità oggettiva e soggettiva nel reato omissivo colposo, cui si è fatto riferimento in precedenza, potrebbe essere ricondotta senza difficoltà ad un simile principio ispiratore. Ma da qui a creare una nuova realtà normativa, alla quale ricondurre improbabili cause di esclusione della colpevolezza il passo è troppo lungo e rischia di cadere nel vuoto[58].

L'idea della non esigibilità, come del resto quella della riprovevolezza, sembrerebbero rimandare ad un'analisi dei motivi interiori ai quali attribuire in via prevalente la scelta dell'agente, applicando in maniera sostanzialmente distorta il principio di libertà del volere[59]; ma, si ripete, dai principi su cui si fonda il nostro sistema penale, si ricava che la via de seguire non è quella di affiancare al criterio normativo di imputazione un criterio di valore che conduca alla disapplicazione del primo, ma piuttosto di precisare quali siano i presupposti, già previsti dal diritto positivo, che condizionano l'attribuzione di un certo fatto ad un certo autore a fini penali.

3. Il carattere eccezionale della responsabilità per omissione e per colpa. Il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale: il diritto penale dei comandi e la progressiva "codificazione" delle regole cautelari.

Il carattere normativo è solo il primo e più evidente aspetto che accomuna la colpa e l'omissione. A ciò va aggiunto che tanto il reato colposo quanto il reato omissivo rappresentano storicamente forme di responsabilità penale "**eccezionali**", che il legislatore introduce allo scopo di completare e, quindi, rafforzare la tutela di interessi giuridici ritenuti particolarmente meritevoli.

Quanto alla colpa, già nell'opera di Stoppato si trova riportata l'opinione per cui «sostanzialmente […] si punisce per eccezione, perché in diritto penale di regola si esige il disegno, e perciò la colpa diviene punibile o per l'importanza dello oggetto, o per la mancanza a doveri specifici, o per ragioni di ordine pubblico»[60]. Questa è

---

[58] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 353 rileva correttamente che configurare la inesigibilità come causa di esclusione della colpevolezza o significa dire cosa ovvia, ritenendo, per esempio, che per aversi colpa occorre l'esigibilità di un comportamento diligente; oppure significa porsi in evidente contrasto con il principio di legalità, visto che il concetto di "inesigibilità di una condotta diversa" manca della concretezza necessaria per costituire un principio generale cui ricondurre i casi non contemplati dalla legge (*analogia iuris*).

[59] Emblematico in proposito il celebre caso deciso dalla giurisprudenza americana, riportato da B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., p. 149: una ragazza siciliana vive in America presso gli zii; dopo qualche tempo si sposa, ma il marito viene informato, da parte della zia, che la ragazza era stata l'amante di suo zio e decide di abbandonarla. La ragazza uccide quindi i due zii. La giustizia americana l'assolve, visto che, in considerazione delle condizioni in cui la donna aveva agito, ma anche dell'ambiente sociale e familiare e la concezione della vita a cui era stata educata, non si poteva esigere dalla stessa una condotta diversa.

[60] A. STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., p. 113.

l'idea di base che ha trovato accoglimento nel codice attualmente vigente con la disposizione contenuta nell'art. 42, secondo comma c.p., per cui nei delitti la colpa interviene in via complementare e sussidiaria rispetto al dolo solo in quanto vi sia una disposizione che espressamente[61] la preveda quale possibile forma dell'elemento soggettivo. «Non c'è colpa senza dolo» quindi, nel senso che ad ogni fattispecie colposa corrisponde una fattispecie dolosa incentrata sui medesimi elementi costitutivi: la responsabilità colposa è dunque un fenomeno concentrico rispetto a quella dolosa e, dal punto di vista funzionalistico assume un carattere aggiuntivo ed estensivo rispetto alla tutela "ordinaria" apprestata dall'ordinamento[62].

Quanto all'omissione, è affermazione ormai ricorrente, già a livello manualistico, quella per cui il diritto penale è tradizionalmente un diritto repressivo-conservativo, fatto più di divieti che di comandi. In ossequio all'ideologia illuministico-liberale, dominante nel periodo che va dalla metà dell'Ottocento fino alla prima guerra mondiale, la libertà di agire del singolo va tutelata nella sua massima estensione: l'ordinamento può imporre ai consociati il solo limite di astenersi dall'aggredire la sfera dei diritti altrui, ma non può anche pretendere, se non in casi eccezionali, che il cittadino si attivi e intervenga positivamente per tutelare più efficacemente interessi dei quali non è titolare[63]. Il valore fondamentale

---

[61] Si discute se il carattere eccezionale della responsabilità per colpa e, soprattutto, una corretta applicazione del principio di legalità impongano di ritenere che "previsione espressa" sia sinonimo di "previsione esplicita". In senso affermativo, tra gli altri, M. ROMANO, *Art. 43*, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 425; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 356; Forti, 64; A. FIORELLA, *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla determinazione del concetto di «previsione espressa» della responsabilità per colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 1003 e ss.. Secondo l'opinione che pare preferibile, al contrario, il requisito della previsione espressa di cui all'art. 42, secondo comma c.p. può ritenersi adeguatamente soddisfatto anche in maniera implicita, purché inequivoca, e individuato in base a considerazioni di tipo sistematico: per tutti M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., p. 625, nota n. 3 e, con particolare riferimento alla preterintenzione, M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 280, in giurisprudenza Cass. pen., Sez. II, 13 novembre 1964, in *Giust. pen.*, 1965, II, p. 792; Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 1967, Snenghi, in *Giust. pen.*, 1968, II, p. 396.

[62] Pressoché letteralmente F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 353-354, il quale rileva che l'unica fattispecie per cui la corrispondenza tra responsabilità colposa e responsabilità dolosa sembrerebbe mancare è quella prevista dall'art. 451 c.p., che punisce l'omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro. Tuttavia, ritenere che la fattispecie in questione assuma rilevanza penale nella sola forma colposa significherebbe ammettere, in maniera inaccettabile, che per escluderne l'operatività sarebbe sufficiente ammettere di aver agito dolosamente. Sulla natura eccezionale della responsabilità per colpa v. anche, tra gli altri, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 64-65; F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi,* in *Boll. Univ. Pavia*, 1960-1961, pp. 89-127, ora *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 72; T. PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2008, p. 206.

[63] «Una persona può causare danno ad altri non solo per azione, ma anche per omissione, e in entrambi i casi ne deve giustamente render loro conto. È vero che il secondo casi richiede, in misura molto maggiore del primo, cautela nell'esercizio della coercizione. Rendere chiunque responsabile del male che fa ad altri è la regola; renderlo responsabile del male che non impedisce è, in termini relativi, l'eccezione. Tuttavia vi sono molti casi sufficientemente chiari e gravi da giustificarlo. […] La sola libertà che meriti questo nome è quella di perseguire il nostro bene a nostro modo, purché non cerchiamo di privare gli altri del loro o li ostacoliamo nella loro ricerca. Ciascuno è l'unico autentico

è costituito dall'individuo e dalla sua capacità di determinarsi per il raggiungimento di fini che lui stesso sceglie, liberamente e insindacabilmente; al diritto si richiede unicamente di fissare le regole del gioco e di garantirne il rispetto, non già di imporre o anche solo di suggerire ai singoli i fini da perseguire[64]. Il cardine del sistema che si intende contrapporre all'*ancien regime* di marca teocratica è costituito dal diritto soggettivo, espressione di uguaglianza (sebbene solo formale) e di libertà, anche nel suo aspetto passivo: l'obbligo giuridico è ammesso solo in quanto trovi il suo fondamento in un atto che esprime la volontà del singolo di sottoporsi al vincolo derivante dall'obbligo stesso[65].

Se da tutto ciò deriva, nel diritto privato, un'assoluta centralità del codice civile e degli ideali borghesi in esso consacrati in maniera tendenzialmente immutabile, quali il diritto di proprietà e la libertà contrattuale, o un sistema di responsabilità civile che traduce, sul piano giuridico, le direttive del *laissez faire*[66], nel diritto penale si assiste ad una sicura prevalenza delle norme di divieto rispetto a quelle di comando.

Sembrerebbe quindi che, ancora prima di interrogarsi sui requisiti costitutivi della colpa e dell'omissione, la loro natura eccezionale abbia imposto un'indagine relativa alla stessa legittimità (*de iure condito)* o all'opportunità (*de iure condendo*) di attribuire rilevanza a fatti colposi e/o omissivi. E tale legittimità, in ambito penale, è stata spesso rinvenuta proprio attraverso quell'opera di riconduzione dell'eccezione alla regola, che dal piano strutturale viene anticipata a quello della *ratio* giustificativa: la colpa viene plasmata sul modello del dolo[67] e nell'omissione si cercano di rinvenire profili comuni all'azione in senso stretto.

---

guardiano della propria salute, *sia* fisica *sia* mentale e spirituale. Gli uomini traggono maggior vantaggio dal permettere a ciascuno di vivere come gli sembra meglio che dal costringerlo a vivere come sembra meglio ad altri»: J. STUART MILL, *Saggio sulla libertà. Le origini del liberalismo contemporaneo*, Milano, Il Saggiatore, 2002, p. 14 e p. 16. Nella manualistica, in particolare, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna, Zanichelli, 2007, p. 574; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 127-128. V. anche G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, 1979, pp. 3 e ss. ID., voce *Omissione (diritto penale)*, pp. 549-550

[64] Per tutti, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, IV ed., Giuffrè, 1999, pp. 21-22.

[65] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 15-16.

[66] G. ALPA, in M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, Vol. IX, *Atto illecito e responsabilità civile*, a cura di G. Alpa, U. Ruffolo, V. Zeno Zencovich, VII ed., Milano, Giuffrè, 1994, p. 3. Anche nel sistema della responsabilità civile, del resto, la "colpa omissiva" è stata sempre oggetto di un certo scetticismo che l'ha relegata ai margini delle trattazioni in materia di colpa, proprio perché un'estensione della stessa a casi ulteriori rispetto a quelli già previsti in modo tipico da parte dell'ordinamento, appariva un'indebita limitazione della libertà dei singoli o, addirittura, un'operazione pregiudizievole per l'economia dei rapporti giuridici: P. TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 98; G. ALPA, *Colpa omissiva e principi di responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1979, c. 1367.

[67] Sui termini del dibattito intorno al fondamento giuridico della punibilità dei delitti colposi si rinvia a G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Unione Tipografico-Editrice, II ed., 1900, pp. 88-95 e a F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Vol. III, VI ed., Casa Editrice Libraia Fratelli Cammelli, 1910, pp. 66-73.

Gradualmente, e in particolare a partire dalla seconda metà del secolo scorso, il rapporto regola/eccezione che sembrava intercorrere tra il reato di azione e doloso da una parte ed il reato omissivo e colposo dall'altra, assume contorni peculiari. Si registra in effetti una progressiva ed incessante moltiplicazione tanto dei reati omissivi quanto di quelli colposi, e ciò avviene sia a livello di tipizzazione astratta delle fattispecie incriminatrici sia a livello prasseologico, come rivela un esame anche solo superficiale della casistica all'esame della giurisprudenza[68]. Evidentemente la sempre maggiore significatività "quantitativa" dell'eccezione accelera il processo di emancipazione rispetto alla regola, anche e soprattutto sotto il profilo della elaborazione scientifica in argomento: si afferma con chiarezza l'idea che il reato omissivo e quello colposo rappresentino modelli di illecito autonomi, per i quali i riferimenti ad una "quasi-dolo" o ad una "quasi-azione" si rivelano ormai insufficienti ed inadeguati.

Sono essenzialmente due i fattori che riescono a spiegare la progressiva rilevanza assunta dagli istituti dell'omissione e della colpa. In primo luogo va certamente segnalato il passaggio dallo Stato liberale allo Stato autoritario prima e quello dallo Stato liberale allo Stato sociale poi. Cambia il ruolo dello Stato, che da mero garante del rispetto delle regole del gioco diviene partecipante al gioco stesso: in campo economico la fiducia nella capacità di autoregolazione del mercato ad opera della "mano invisibile" teorizzata da Adam Smith lascia il posto alle politiche di intervento di marca Keynesiana e la logica dell'interventismo statale, lungi dal restare confinata al settore economico, si estende in maniera significativa anche alla disciplina dei rapporti giuridico-sociali[69]. Tra le conseguenze più evidenti del passaggio da un'uguaglianza solo formale ad un uguaglianza intesa in senso sostanziale va certo ricordato, sul piano delle fonti del diritto, il definitivo tramonto dell'ideale illuministico delle leggi poche, chiare, generali e tendenzialmente immutabili: si assiste viceversa ad un'"ansia di regolamentazione" e ad una invasione di leggi e leggine che perseguono l'obiettivo di disciplinare minuziosamente ogni aspetto della vita associata[70]-[71].

---

[68] Evidenziano l'aumento quantitativo dei reati colposi, tra i tanti, H. H. JESCHECK, *Struttura e trattamento della colpa nel mondo moderno*, in *Scuola pos.*, 1963, pp. 367-368; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 1 e ss..

[69] Per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 902, che distingue tra "stato liberale", inteso come uno stato limitato da norme secondarie negative, cioè da divieti rivolti ai suoi organi di potere, e "stato sociale", come stato vincolato da norme secondarie positive, cioè da comandi rivolti ai pubblici poteri.

[70] M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, Laterza, 2002, pp. 51 e ss.. Sull'introduzione di nuove leggi, non sempre propriamente "speciali", volte a disciplinare settori anche consistenti del diritto civile e sulla conseguente nascita di "micro-sistemi" spesso del tutto indipendenti dal codice civile, N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 25 ss.. Per un recente bilancio degli esiti cui ha condotto la tendenza in questione S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, *passim*, che avvia la discussione (p. 9) proprio con la constatazione che «viviamo ormai in una *law-saturated society*, in una società strapiena di diritto», di

A ciò si aggiunga che la straordinaria accelerazione subita dal progresso tecnologico e le sempre più complesse esigenze della società moderna hanno determinato una crescita esponenziale di attività che, sebbene intrinsecamente rischiose, vengono tuttavia autorizzate dall'ordinamento in quanto ritenute socialmente utili. Se già all'inizio del secolo scorso si prendeva atto che la delinquenza colposa era stata ingiustamente trascurata e relegata nell'angolo infecondo di una "delinquenza impropria", nonostante il numero delle vittime della «disattenzione» risultasse di gran lunga più elevato rispetto a quello delle vittime della «malvagità o d'altra passione criminosa»[72], è evidente che la preoccupazione si sia rivelata tanto più giustificata quando negli esempi della manualistica e nella casistica della giurisprudenza le automobili iniziano e prendere il posto delle carrozze e dei cavalli imbizzarriti. E se già sul finire dell'Ottocento si giudica «interessantissima» la ricerca relativa alla responsabilità per i danni recati nell'esercizio delle professioni, assumendo quale oggetto centrale dell'indagine l'attività medico-chiururgica e gli obblighi degli industriali verso operai e clienti[73], il grado di sviluppo delle tecnologie mediche e produttive, unito alla sempre più incisiva tutela dei diritti individuali, hanno fatto sì che intorno alla responsabilità del medico, del datore di lavoro e del produttore si siano costruiti altrettanti microsistemi, che svolgono il ruolo di veri e propri banchi di prova sui quali vagliare la solidità di alcune delle dottrine generali del reato: a partire proprio da quelle relative al reato omissivo colposo.

Il passaggio allo Stato sociale e, dunque, l'affiancarsi di istanze solidaristiche accanto a quelle più propriamente individualistico-liberali, ha notevolmente accentuato il carattere "propulsivo" del diritto penale. Accanto ai divieti fanno loro comparsa sempre più insistente i comandi, attraverso i quali l'ordinamento impone il compimento di determinate azioni individuali in vista del perseguimento di fini generali: «Non è dubbio, infatti, che il diritto si presenta in prima linea come un regolamento di confini, in quanto il più delle volte dice all'individuo: "fin qui e non oltre". Sennonché, nell'attuale periodo storico e secondo i principi costituzionali, l'ordinamento giuridico non si esaurisce in questa funzione: non si riduce ad un meccanismo di limiti e di freni. Esso ha anche un *compito organizzativo e propulsore*,

---

regole giuridiche di diversa provenienza e di tale quantità da suggerire che, più che di una reale necessità, esse siano espressione di un'inarrestabile deriva. Se il fenomeno dell'"ansia di regolamentazione" viene esaminato sotto il profilo della tecnica legislativa, gli effetti negativi che dalla stessa sono derivati sono efficacemente riassunti dalla coppia concettuale inflazione legislativa/inquinamento legislativo, nel senso di troppe leggi/ (sempre più spesso) mal formulate: R. PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, II ed., Milano, Giuffrè, 2001, pp. 7 e ss. e M. AINIS, *La legge oscura*, cit., *passim*.

[71] Per un documentato "spaccato cronologico" dei reati omissivi, che prende in considerazione anche il passaggio dallo Stato liberale a quello autoritario e, quindi, allo Stato sociale si rinvia a A. CADOPPI, Il *reato omissivo proprio*, Vol. I, cit., pp. 196 e ss..

[72] G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., p. 141.

[73] A. STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., pp. 238-248.

in quanto crea organismi di vario genere e promuove lo sviluppo della vita sociale. In altri termini, lo Stato moderno, lungi dal limitarsi alla funzione puramente negativa di armonizzare gli interessi degli individui e di dirimerne i conflitti, esplica un'azione eminentemente *attiva*, che è intesa a trasformare le condizioni di vita e anche la coscienza del popolo per assicurarne il progresso e spesso anche per indirizzarlo a determinate finalità. Lo Stato moderno, oltreché tutore dell'ordine pubblico, è e vuole essere maestro ed educatore del popolo»[74]. Non v'è dubbio che i rati omissivi rappresentino lo strumento per eccellenza attraverso il quale garantire non solo che il singolo non peggiori con il proprio comportamento lo stato di cose esistente, ma anche che si impegni positivamente, nei limiti delle proprie capacità, per un suo miglioramento[75].

A ben vedere anche il reato colposo, sebbene in maniera meno evidente, persegue in definitiva lo stesso obiettivo: attraverso l'introduzione sempre più massiccia di regole cautelari, l'ordinamento si preoccupa di individuare tanti "agenti-modello", sempre più "individualizzati" nella misura in cui le particolarità dell'attività in questione lo richiedano, e che pretendono di orientare il comportamento dei singoli in senso conforme agli *standard* di diligenza che l'ordinamento reputa adeguati. Anche in questo caso, dunque, non si tratta tanto di tenere o meno un certo comportamento, quanto piuttosto di agire "correttamente", uniformandosi al modello astratto preventivamente individuato.

L'ansia di regolamentazione tipica di uno Stato sociale, del resto, ha fatto sì che il significativo aumento delle ipotesi di reato colposo registrato negli ultimi decenni sia stato accompagnato da un'esponenziale positivizzazione delle regole di prudenza, proprio allo scopo di disciplinare le situazioni di pericolo più frequenti e più rilevanti[76]. A partire dall'inizio del secolo scorso, dunque, la forma predominante di colpa diviene quella per inosservanza di leggi, mentre la colpa generica assume soprattutto la funzione di valvola di sicurezza, alla quale ricorrere in quegli spazi che nessuna ansia di regolamentazione è in grado di riempire pienamente: gli esempi forse più evidenti sono quelli relativi alla normativa antinfortunistica o alle regole in tema di circolazione stradale. Si è tuttavia rilevato che la velocità del progresso tecnologico ha reso pressoché impossibile un tempestivo intervento (o adeguamento)

---

[74] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XV ed. aggiornata e integrata da L. Conti, Giuffrè, 1997, pp. 5-6.

[75] A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. I, cit., p. 28 e, spec., 374 e ss.. Cfr. F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.* 1999, fasc. n. 5, p. 624, il quale rileva come «la dogmatica dell'omissione […] non è una dogmatica ideologicamente neutra (ammesso che esista una dogmatica ideologicamente neutra); in essa l'opzione ideologica – intesa a considerare come prevalente l'impronta individualistica dei diritti di libertà o, all'opposto, la dimensione solidaristica della tutela penale – risulta particolarmente evidente, se non addirittura necessaria per superare le imperfezioni della dimensione codicistica».

[76] Per tutti, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 2.

della regolamentazione positiva, con la conseguenza che attualmente tra le due forme di colpa può ritenersi sussistente un sostanziale equilibrio[77].

La rilevanza assunta dal reato omissivo e da quello colposo non si misura del resto sul solo piano della loro accresciuta rilevanza statistica e, quindi, del loro più frequente utilizzo nella prassi giurisprudenziale. Anche a livello sistematico, in effetti, si registrano autentiche inversioni di tendenza rispetto al passato, che non solo ridimensionano il ruolo ancillare per molto tempo affidato alla colpa e all'omissione, ma ne fanno i modelli di riferimento per la stessa ricostruzione del reato commissivo doloso. Al riguardo merita menzione soprattutto la tendenza di certa parte della dottrina ad assumere il "pericolo", il "rischio", quale oggetto indifferenziato della funzione preventiva delle norme incriminatrici; con la conseguenza di fare «dell'illecito colposo il modello paradigmatico del reato, forzandovi – in vero e proprio letto di Procuste – il delitto colposo consumato»[78] e di sostituire il "rischio" all'"azione" nel nucleo centrale della dottrina del reato[79].

E anche sul versante della dicotomia omissione/azione in senso stretto, muovendosi nell'ottica di una selezione dei rischi di cui il soggetto può essere chiamato a rispondere mediante una delimitazione delle rispettive sfere di competenza, non si è mancato di rilevare (e di auspicare) una «progressiva tendenziale estensione del paradigma del ruolo di garante a modello anche per l'illecito penale commissivo»[80].

Non può che guardarsi con favore, al di là dei risultati cui pervengono i singoli percorsi ricostruttivi, al processo che ha condotto il reato omissivo colposo a dismettere i panni di "un'eccezione sistematica", che necessitava di una forzosa riconduzione alla regola. Nondimeno il carattere eccezionale della colpa e dell'omissione pare un aspetto che, anche a seguito dell'avvenuta emancipazione cui si è fatto cenno, dovrebbe rappresentare un costante punto di riferimento nella ricostruzione degli istituti in questione: non già nel senso di evidenziarne le pretese "difformità" rispetto al modello, ma piuttosto nel senso di richiamare l'attenzione su una rigorosa individuazione e, di conseguenza, su un rigoroso accertamento dei

---

[77] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., p. 167.

[78] A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 790. V. anche p. 800, dove l'Autore osserva che «richiedere la prevedibilità dell'evento nei delitti dolosi ha lo stesso non-senso che richiedere la volontà dell'evento nei delitti colposi. Ma, si sa, è ben difficile arrestare la forza unificatrice della dogmatica concettualista: come una volta si ricercava ad ogni costo la volontà dell'evento nel reato colposo, così oggi ci si sforza di introdurre la prevedibilità dell'evento nel reato doloso». Sulla "rivincita" del delitto colposo rispetto a quello doloso anche A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, Jovene, pp. 240 e ss.. Tra le indagini che hanno valorizzato la rilevanza sistematica della categoria del "rischio" si ricordano V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988 e M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006.

[79] A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 802.

[80] L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 331.

presupposti di operatività della responsabilità per omissione colposa, al fine di contenere tendenze espansive del modello in questione che spesso si pongono in evidente contrasto con i principi generali in materia di responsabilità penale.

4. Il carattere deontico-relazionale dell'omissione e della colpa e il rischio di una "fuga dal dato positivo".

In effetti, i rischi insiti nella pretesa "missione educatrice" del diritto penale, di cui il reato omissivo colposo parrebbe rappresentare l'arma più efficace, sono fin troppo evidenti: anche lo Stato totalitario, del resto, imponeva ai consociati molteplici e penetranti obblighi comportamentali in vista del perseguimento di superiori interessi sociali, giungendo in definitiva ad un'inammissibile limitazione delle libertà individuali. Non si vogliono con ciò paventare possibili degenerazioni verso un "diritto penale Leviatano", che attraverso il reato omissivo colposo riduca il singolo a mero strumento per il perseguimento di finalità ad esso eteronome. Del resto esistono a livello costituzionale barriere positive sufficientemente solide per evitare conclusioni di questo tipo. Il riferimento è innanzi tutto al principio personalistico, che, sebbene accanto a quello solidaristico, è uno dei motivi inspiratori dell'intera Carta costituzionale e, per ciò che attiene più specificamente al diritto penale, ai principi di personalità della responsabilità penale e di tassatività della fattispecie. La loro congiunta operatività impone che il singolo venga sempre considerato come fine in sé, mai come mezzo da asservire al raggiungimento di una non meglio precisata e precisabile utilità sociale; che l'obbligo giuridico di impedire l'evento e le regole di diligenza siano sempre sufficientemente determinate e riconoscibili da parte dei consociati; che la responsabilità omissiva continui a restare una forma di responsabilità "eccezionale", indicando con ciò, come già precisato, non già un modello secondario sotto il profilo qualitativo e quantitativo rispetto alla regola rappresentata dal reato commissivo, ma piuttosto uno schema di responsabilità applicabile solo a determinati soggetti preventivamente individuati e al verificarsi di tutte le condizioni richieste dall'ordinamento. Quest'ultima esigenza è ben espressa da chi sottolinea come il reato omissivo costituisca un'ipotesi di reato "proprio"[81]: in questo modo, infatti, si esclude, in negativo, che il reato omissivo possa essere commesso da chiunque e si richiede, in positivo, che si individuino con precisione gli elementi costitutivi della qualifica di "omittente".

L'imprescindibile riferimento, in tema di omissione, al carattere "giuridico" dell'obbligo di impedimento dell'evento, volto ad apprestare sicuri argini contro pericolosi straripamenti verso concezioni sostanzialistico-funzionali della c.d. posizione di garanzia, disancorate in tutto o in parte da riferimenti di tipo

[81] Sul punto diffusamente *infra*, Cap. II, § 2.1.

normativo, rappresenta l'esatto equivalente del principio per cui, in tema di colpa, le regole cautelari devono essere (ri)conoscibili dal soggetto agente, in quanto preesistenti e predeterminate rispetto alla condotta posta in essere: il giudice non può atteggiarsi a creatore di regole cautelari nuove, formulate sulla base di proprie convinzioni personali e soggettive, ma deve limitare il suo ruolo a quello di mero fruitore di regole cautelari già formate ed operanti nel contesto di riferimento[82].

Del resto, l'affrancamento più o meno evidente dal dato normativo nel reato omissivo ed in quello colposo, appare spesso un comodo espediente per assicurare la risposta penale anche a fronte di comportamenti che, pur mostrando una sicura contrarietà a doveri impeditivi di carattere etico-morale, stentano a trovare sicuro inquadramento entro la fattispecie normativamente predeterminata[83]. Se Petrocelli, avvertendo della infruttuosità di un'indagine giuridica che pretenda di ricostruire un istituto prescindendo del tutto dal suo significato "sociale", rilevava che il concetto di colpevolezza, prima ancora che giuridico, è essenzialmente etico, nel senso che richiede una valutazione dell'azione umana secondo l'ordine sociale e morale prima ancora che giuridico[84], si ha spesso la sensazione che l'insegnamento venga messo in pratica finanche con zelo eccessivo: sono proprio reazioni di "indignazione morale" che conducono a separare il "giusto" dall'"ingiusto", sulla base di criteri a volte istintivi e comunque non sempre motivabili e che condizionano a volte la risposta giurisprudenziale, anche a costo di un sostanziale svuotamento degli istituti coinvolti.

Non si ha certo la pretesa neppure di accennare ai complessi ed innegabili rapporti sussistenti tra diritto penale e morale[85]. Nondimeno, pare utile riportare alcune considerazioni che si leggono in proposito nel Trattato del Manzini: «l'elemento etico, rispetto al diritto penale, viene in considerazione in un momento pregiuridico, cioè in quello di preparazione della legge, mentre nei momenti successivi esso perde ogni efficienza, a meno che la legge richieda espressamente, in un determinato caso, una valutazione meramente etica da parte del giudice»[86].

---

[82] V. ancora *infra*, Cap. II, spec. § 7.1.

[83] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 157, nota n. 36 avverte che contro i pericoli di incontrollabili dilatazioni della responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, deve restare ben ferma la distinzione tra "obblighi giuridici" e "obblighi morali". Insiste sulla necessità di distinguere la sfera etica e religiosa da una parte e il diritto penale dall'altra anche G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 170-171.V. pure F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 253.

[84] B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., p. 31. V. anche G. BETTIOL, *Colpevolezza giuridica*, cit., il quale ritiene che, muovendo da una visione normativa della colpevolezza giuridica, tra quest'ultima e quella morale non c'è differenza alcuna, in quanto tutte e due sono atti di disobbedienza nei confronti di un comando.

[85] Valgano come efficace sintesi sulla separazione tra diritto e morale le considerazioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., Laterza, 2004, p. 10: «è solo per convenzione giuridica e non per intrinseca immoralità o anormalità, che un determinato comportamento costituisce reato; e non è un giudizio morale, né una diagnosi sulla natura abnorme o patologica del reo, la condanna di chi ne è provato responsabile».

[86] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 40.

Successivamente si ha cura di precisare che «la morale, […] come il diritto, giudica dalle scelte fatte dagli uomini, cioè dai fatti esteriori: ma essa, a differenza del diritto, si preoccupa più delle scelte possibili che di quelle attuali, concrete»[87].

In effetti, si è già avuto modo di rilevare come l'omissione sul piano dell'elemento oggettivo del reato e la colpa su quello dell'elemento soggettivo siano proprio i luoghi giuridici in cui le "scelte attuali" dell'agente acquistano rilievo giuridico solo se misurate alla stregua delle "scelte possibili": i predicati caratteristici tanto del comportamento omissivo quanto di quello colposo, quali, in particolare, "prevedibile", "evitabile" e, più generale "esigibile" e "dominabile" evidenziano chiaramente la natura deontico-relazionale di entrambi gli istituti. L'impiego sul suffisso aggettivale deverbale *-ibile*, del resto, mostra chiaramente, già sul piano linguistico, il riferimento ad un giudizio di "possibilità": più esattamente, a fronte della mancata attuazione del modello astratto di comportamento doveroso, si tratta di verificare se da *quel* soggetto si poteva pretendere la conformità rispetto al modello stesso.

La concreta praticabilità dell'accertamento della colpa e dell'omissione, in altri termini, riposa tutta sulla puntuale descrizione del modello di comportamento che avrebbe la pretesa di orientare l'agire del singolo e che, dunque, costituisce il termine di relazione rispetto al quale valutare la difformità del comportamento effettivamente tenuto; per contro, quanto più evanescente e/o generalizzante risulterà il termine di relazione "normativo", tanto più si aprirà all'intuizionismo del giudice, soprattutto in quei casi in cui esigenze "colpevoliste" di marca extragiuridica comportano, più o meno consapevolmente, il passaggio dal "fare ciò che si può-si deve" al "fare ciò che è giusto".

Va ricordato, del resto, che tra gli scopi perseguiti dalla concezione psicologica della colpevolezza, ma anche della teorica dell'*aliud facere*, non c'era solo la definizione di un superiore concetto di genere di cui servirsi a fini classificatori, ma anche la netta distinzione tra imputazione giuridica ed imputazione penale, tra reato e peccato, con la conseguente limitazione del primo ai soli fatti materiali, dannosi e riferibili alla volontà dell'agente; l'obbiettivo, in altri termini, era quello di edificare argini resistenti che, evitando ogni possibile sconfinamento nel foro interno dell'individuo, impedissero una responsabilità penale per un semplice modo di essere[88].

---

[87] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 41.

[88] In riferimento alla concezione psicologica della colpevolezza T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, cit., pp. 561-564. V. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 277. In tema di omissione A. CADOPPI, *Il reato omissivo*, Vol. I, cit., p. 153. Critico sugli effetti del positivismo giuridico e alle pretesa di attribuire alla competenza del diritto la solo sfera esteriore dell'agire umano, G. BETTIOL, *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 1011-1012. E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, cit., p. 8, assume quale premessa della propria ricostruzione proprio la decisa affermazione per cui «il reato non è mero vagheggiamento, o velleità, o desiderio di un evento antigiuridico, né sola determinazione, o tendenza, o impulso

Così, se indubbiamente l'uomo della strada non fa alcuna differenza tra la madre che avvelena il suo bambino e la madre che lo lascia morire di fame[89] o tra il medico che recide un'arteria nel corso di un intervento chirurgico e quello che omette di somministrare il farmaco necessario alla guarigione del paziente, e se a fronte dei destabilizzanti scenari che si aprono a seguito di un "disastro tecnologico"[90] o delle frequenti "morti bianche" sui luoghi di lavoro l'istanza di una "giustizia sostanziale" rischia di prendere il sopravvento rispetto a preoccupazioni di tipo giuridico-formali[91], è pur sempre necessario che il buon senso o l'indignazione morale ricevano sicure conferme dal dato positivo. La responsabilità penale, in altri termini, non potrà seguire alla mera presa d'atto che, poiché un risultato dannoso o pericoloso si è verificato, di certo "qualcuno non è stato come doveva essere". Occorrerà piuttosto accertare che il soggetto "non ha fatto ciò che doveva e poteva fare": il che significa muovere dall'individuazione di un modello astratto di comportamento e del suo destinatario, per poi verificare se, in concreto, quel modello poteva ricevere attuazione.

Proprio il passaggio dal piano astratto e generale a quello concreto ed individuale, insito del resto in quel concetto di "dominabilità" del quale si è già cercato di sottolineare la rilevanza, rappresenta il primo ed irrinunciabile strumento in grado di scongiurare il pericolo che «i bisogni di punizione, emergenti su larga scala di fronte a comportamenti palesemente "riprovevoli" (la verità materiale)» vengano «appagati con il ricorso a proposizioni giurisprudenziali "false", perché basate su false premesse giuridiche»[92]; e in grado di evitare che le difficoltà sul piano probatorio, innegabili quando, come nel caso della colpa, dell'omissione e della

---

all'evento medesimo: ma è volontà che si attua; impulso che si esteriorizza: pensiero che sbocca in una condotta. È *praxis*, comportamento, attività, esecuzione». Dimostrando quindi la indissociabilità all'interno del reato del momento fisico da quello psichico (pp. 26 e ss.), si perviene alla conclusione che, poiché non c'è azione senza volontà, e viceversa, e poiché la condotta è volontà che si esteriorizza, è giocoforza ammettere che anche nell'omissione è dato ravvisare un aspetto di fisicità, che funzioni quale indispensabile sostrato materiale dell'attributo della volontarietà (p. 55).

[89] F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 158.

[90] F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, *passim*.

[91] Cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per 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.*, 1999, p. 65, il quale sottolinea il «ruolo primario» di cui la magistratura si trova investita a fronte di «episodi di vittimizzazione di massa» che sollecitano richieste non solo di risarcimento, ma anche di responsabilizzazione penale "anticipata" rispetto al consolidarsi delle acquisizioni scientifiche in merito all'efficacia lesiva di certe sostanze o di determinate attività. V. anche F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 35: «Alla difficoltà di incasellare nelle rigide categorie penalistiche questa complessa realtà descritta nelle pagine precedenti si oppone la naturale comune reazione umana di fronte ad ogni disastro: dov'è il colpevole?».

[92] F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, 2003, p. 17.

causalità si tratta di ragionare con le categorie ipotetiche del "come se", vengano superate mediante una sostanziale «amputazione»[93] dei suddetti elementi del reato.

Ogni "presunzione" va dunque bandita in sede di accertamento. Se in passato si è evidenziata «la maggiore facilità con cui i concetti più spiccatamente normativi possono essere presunti»[94], giungendo in definitiva a ritenere ammissibili forme di *culpa in re ipsa*[95], sembra potersi affermare con una certa sicurezza che la riconducibilità dei giudizi di tipo ipotetico-normativo entro la cornice dei principi generali in materia di responsabilità penale sia condizionata, in primo luogo, proprio dalla riferibilità dei giudizi in questione alla "situazione concreta", che dia conferma alla generalizzante astrazione cui, per definzione, il legislatore deve arrestarsi in sede di formulazione del modello di comportamento doveroso.

Indubbiamente «l'impatto della modernità è stato violento»[96]; ogni tentativo di ricostruzione sistematica che neghi, ridimensioni o semplicemente ignori il fenomeno, rischierebbe di incorrere in un'autentica "miopia interpretativa": una visione "da vicino" del dato normativo, per quanto accurata e rigorosa, che tuttavia non sia accompagnata anche da uno sguardo "in profondità", volto a calare i principi di parte generale e le singole fattispecie incriminatrici nel contesto operativo di riferimento, impedirebbe di cogliere la reale consistenza dei problemi che più urgentemente necessitano di una soluzione. A patto, però, che la soluzione in questione venga rinvenuta entro i ben definiti confini del dato normativo, senza che la lente dei mutamenti scientifici e tecnologici costituisca la tacita premessa per degenerazioni di tipo sostanziale.

La sfida dell'interprete consiste proprio nell'impegno a fronteggiare l'"impatto della modernità" senza indulgere a pericolose "flessibilizzazioni" dello schema del diritto penale d'evento[97]. Può certo discutersi sull'opportunità di ricorrere anche a tecniche di tutela differenti rispetto a quelle offerte dal diritto penale, ma, *de lege lata*, occorre fuggire dalla tentazione di indulgere a pericolose generalizzazioni e, in definitiva, a vere e proprie presunzioni, tanto in relazione all'elemento oggettivo del reato, quanto in riferimento a quello soggettivo.

Federico Stella ha efficacemente evidenziato i rischi di una vera e propria "fuga dal dato positivo", osservando che «la percezione dei rischi legati alla "civilizzazione tecnica" – dei "grandi rischi" tecnologici-scientifici – ha determinato, negli ordinamenti dei Paesi del mondo occidentale, una sorta di "*shock* da modernità"; gli effetti di questo *shock* sono stati, per un verso, la creazione legislativa

---

[93] F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Giuffrè, 2005, p. 141.

[94] F. BRICOLA, Dolus in re ipsa. *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 30.

[95] F. BRICOLA, Dolus in re ipsa, cit., p. 34.

[96] F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 225.

[97] Rischio evidenziato da F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 224-225, con particolare riferimento al piano della causalità materiale.

di un nuovo modello di diritto penale, il diritto penale del comportamento [...] e, per l'altro verso, la creazione giurisprudenziale di un modello altrettanto nuovo – il modello del diritto penale della "causalità generale" – le cui radici vanno ricercate non più nello schema classico del diritto penale d'evento, ma nella spinta "esogena" esercitata da concetti elaborati – a fini diversi da quello della spiegazione di singoli eventi lesivi – da scienze giovani come l'epidemiologia, la tossicologia, la medicina del lavoro, la scienza della valutazione del rischio, la biologia animale»[98].

A distanza di circa un secolo, dunque, sembra riproporsi, sebbene in un contesto storico-culturale affatto differente, quello stato di crisi del diritto penale lucidamente denunciata da Arturo Rocco nella celebre Prolusione sassarese del 1910: anche in quell'occasione la «causa prossima» della crisi venne individuata nella illusione di costruire un diritto penale avulso, in tutto o in parte, dal diritto positivo, cedendo alle lusinghe di scienze come la psicologia, la sociologia e l'antropologia da una parte e a quelle della filosofia del diritto e della politica dall'altra[99]; e anche in quell'occasione la "cura" prescritta fu quella, tanto apparentemente banale quanto concretamente incisiva, di una sano ridimensionamento della scienza penalistica entro i confini del diritto positivo vigente[100]; se l'indirizzo in questione viene liberato dal peso di un'ideologia che innegabilmente ne ha condizionato il contenuto e, soprattutto, la finalità, l'esigenza di cui si fa portatore mostra chiaramente la sua modernità[101].

---

[98] F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 292-293.

[99] «Quale, in particolare, la causa prossima di un tale stato di cose? La diagnosi non pare difficile. L'unica scienza classica del diritto penale ignara, prima, dimentica, poi, degli insegnamenti della scuola *storica* del diritto, aveva preteso di studiare un diritto penale all'infuori del diritto positivo, si era illusa di potere, essa, foggiare un diritto penale diverso da quello consacrato nelle leggi positive dello Stato, un diritto penale di carattere assoluto, immutabile, universale, la cui origine andasse rintracciata nella divinità, o nella rivelazione dell'umana coscienza, o nelle leggi di natura o nelle leggi del pensiero e dell'idea»: ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, Vol. III, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1933, p. 268.

[100] «[...] o noi ci sbagliamo, o non c'altro rimedio che questo: rimedio semplicissimo, almeno ad enunciarlo: tenersi fermi, religiosamente e scrupolosamente attaccati allo studio del diritto. [...]. Ma qui vedo già sorgere all'orizzonte una capitale obiezione. Si dirà che una tale distinzione della scienza del diritto penale dalle scienze psicologica, antropologica e sociologica, da un lato, dalla filosofia del diritto e dalla politica, dall'altro, non è scientificamente e praticamente possibile. Si dirà che, in tal modo, si distrugge il diritto penale come scienza, che se ne fa un vuoto, quanto pericoloso, formalismo; che si riduce la scienza ad un puro esercizio scolastico di astrazioni teoriche; che si bandisce un isolamento cellulare fra le varie scienze criminologiche, quanto mai gravido di nefaste conseguenze pratiche per la società civile. Ma non è punto il nostro pensiero a giungere ad una tal conclusione, né essa è punto una conseguenza necessaria delle nostre affermazioni. Ciò che si vuole è soltanto che la scienza del diritto penale conformemente alla sua natura di scienza giuridica speciale limiti l'oggetto delle sue ricerche dirette, allo studio esclusivo del *diritto penale* e, conformemente ai suoi *mezzi*, dell'unico diritto penale che esista come dato dell'esperienza, cioè il diritto penale *positivo*»: ART. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., pp. 268 e 281-289. Per analoghe considerazioni relativamente al diritto pubblico V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1889, p. 113 e ss..

[101] Sulle potenzialità e sui limiti dell'indirizzo tecnico-giuridico, per tutti, P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, pp. 42-43.

In effetti le cause della malattia sono sicuramente differenti (almeno in parte) rispetto al passato; ma una consapevole terapia tecnico-giuridica sembra possa ancora produrre utili effetti, riconducendo il diritto penale entro i solidi argini dei principi costituzionali, primo fra tutti quello di personalità della responsabilità penale, e svelando l'evanescenza di ogni illusa fiducia in pretese capacità taumaturgiche del diritto penale: senza farsi spaventare dalle possibili accuse di "sterile garantismo", rinunciatario e ottusamente legato ai fondamenti di una veterodommatica incapace di affrontare i risolvere i problemi posti dalla moderna "società del rischio"[102].

4.1. Il c.d. principio di precauzione.

Le premesse in questione, a nostro avviso, sono le uniche che consentono di verificare, *cum grano salis*, la validità delle impostazioni (o mere suggestioni?[103]) secondo le quali anche nel diritto penale potrebbe e dovrebbe ritagliarsi un autonomo ambito applicativo per il c.d. principio di precauzione. Si tratta, come è noto, di un principio il cui "manifesto intellettuale" viene comunemente individuato[104] nelle opere di Ulrich Beck[105] e di Hans Jonas[106] e che, dall'ambito più propriamente antropologico e sociologico, è transitato gradualmente in quello giuridico, a partire dalla tutela dell'ambiente a livello comunitario[107]-[108]. Le linee

---

[102] Così L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 81.

[103] Significativo il titolo del contributo di F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227. Sui temi, strettamente correlati, della "società del rischio" e della logica della precauzione v. anche, nella dottrina penalistica, G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 155 e ss. e *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, Jovene, 2007, pp. 573 e ss.; C. 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*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1743 e ss.; F. CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dir. pen.* XXI sec., 2007, pp. 269 e ss.; D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. n. 2, spec. pp. 786-788; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, spec. pp. 1695-1696 e *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 6 e ss.; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., spec. pp. 11 e ss.; V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, spec. pp. 1276 e ss.; A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 155 e ss..

[104] Per tutti U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, Cedam, 2004, pp. 13 e ss..

[105] U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2007 (prima edizione italiana, 2000) e più di recente U. BECK, Conditio humana. *Il rischio nell'età globale*, Bari, Laterza, 2008.

[106] H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990.

[107] Per una ricostruzione storica della progressiva rilevanza giuridica riconosciuta al principio di precauzione si rinvia a U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., pp. 23 e ss.; L. MARINI,

guida del "precauzionismo", sebbene il principio abbia conosciuto formulazioni assai differenti tra loro, possono essere così sintetizzate: nel caso in cui sussistano pericoli per beni di rilevanza primaria, quali l'ambiente o la salute umana, devono essere adottate le cautele necessarie per evitare che il pericolo in questione si traduca in danno effettivo, fino ad arrivare all'astensione dallo svolgimento di una certa attività, anche quando il contesto di riferimento sia caratterizzato da una situazione di "incertezza scientifica", tale per cui le conoscenze disponibili non consentano di affermare con certezza la pericolosità di un'attività o di un prodotto, sussistendo il mero dubbio sui suoi possibili effetti dannosi.

Si tratta in definitiva di conferire dignità di chiave interpretativa della società moderna o, per quel che qui interessa, di ammantare di una veste giuridica, gli antichi insegnamenti di saggezza popolare secondo cui "prevenire è meglio che curare" e "la prudenza non è mai troppa": il principio di precauzione, quindi, si candida a divenire «una delle formule magiche dei nostri tempi, grazie alla quale si è pensato e si pensa di mettere a tacere le ansie poste dai rischi pervasivi che ci circondano»[109].

Con questo non si intende certo "desacralizzare" la portata del principio in questione o negare che il modello della "società del rischio" riesca a fotografare con mirabile nitidezza alcuni degli "effetti collaterali" determinati dall'incessante modernizzazione della società contemporanea e resi più "sconcertanti" dall'autentica capacità di annientamento che essi sono in grado di spiegare[110]. Non si può negare che la nuova fenomenologia dei rischi tecnologici possa condizionare un eventuale intervento legislativo in materia; ma se muovendo da queste premesse si pretende di

---

Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitari. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare, Padova, Cedam, 2004, pp. 41 e ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 1 e ss..

[108] Il principio di precauzione è menzionato, ma non definito, dall'art. 174 Trattato CE, secondo comma: «La politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"». V. anche la *Comunicazione della Commissione sul Principio di Precauzione*, COM (2000) 1 febbraio 2002, con la quale la Commissione tenta di chiarire a quali condizioni e con quali modalità possa trovare applicazione il principio di precauzione nell'ambito delle politiche comunitarie e in cui si chiarisce che: «Anche se nel Trattato il principio di precauzione viene menzionato esplicitamente solo nel settore dell'ambiente, il suo campo d'applicazione è molto più vasto. Esso comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute mana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto».

[109] G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio*, cit., p. 158.

[110] U. BECK, *La società del rischio*, cit., pp. 28-29 parla di rischi che «minacciano *la vita* sulla terra in *tutte* le sue forme», resi più temibili proprio dall'incalcolabilità delle conseguenze che sono in grado di produrre. Sulle nuove dimensioni del rischio insiste anche F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., pp. 11 e ss..

costruire un diritto penale con velleità di tipo antropologico o filosofico – l'attualità dell'insegnamento di Rocco è di nuovo ben visibile – che adatti (*rectius*: modifichi nella sostanza) la propria ossatura per soddisfare le esigenze che derivano dall'"euristica della paura", magari ergendosi a strumento che persegua una vera e propria moralizzazione della scienza, valgono le considerazioni già svolte in precedenza: compito dell'interprete sarà, al più, quello di verificare la capacità del sistema positivo vigente di sopportare l'impatto della modernità, non già quello di plasmarlo in vista del raggiungimento del risultato di volta in volta ritenuto "più giusto"[111].

Del resto, rifuggendo la tentazione di cedere con pressoché automatica disinvoltura alle mode (pseudo)dommatiche del momento, occorre anzi tutto verificare quanto effettivamente ci sia di nuovo nelle istanze portate avanti sotto il vessillo della "precauzione". Se infatti si vuole evidenziare l'esigenza di rafforzare la tutela penale mediante una sua anticipazione in riferimento ad attività dotate di un elevato (anche se non del tutto noto) potenziale lesivo, il principio in questione non fa altro che riproporre, sia pur sotto la veste di una nuova e suggestiva terminologia, l'annosa questione relativa all'ammissibilità o, addirittura, all'irrinunciabilità dei reati di pericolo presunto[112], non essendo consentito, secondo i principi generali, arretrare oltre tale soglia di rilevanza penale. Non è un caso che il principio di precauzione, tanto a livello comunitario quanto nel diritto interno[113], sia stato "codificato" innanzi tutto quale strumento di tutela dell'ambiente, dove è evidente che ad assumere rilevanza non è tanto la singola condotta inquinante, quanto piuttosto le aggressioni seriali al bene tutelato considerate nel loro effetto

---

[111] L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, cit., p. 80 va addirittura oltre, rilevando come neppure apportando significativi mutamenti alle categorie "tradizionali" del diritto penale, soprattutto sul piano della causalità e su quello della colpevolezza, la risposta penale riesce ad aumentare il proprio potenziale di efficacia, dimostrando l'illusorietà dell'alternativa – tanto consueta quanto fallace – tra garanzie e difesa sociale, nel senso che un sacrificio delle prime dovrebbe risolversi a tutto vantaggio delle seconde.

[112] Per un inquadramento della tematica dei reati di pericolo si rinvia alle differenti ricostruzioni di M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, pp. 1 e ss.; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, pp. 49 e ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e di reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, pp. 689 e ss.; M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1415 e ss.; F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1994, *passim*.

[113] Art. 178, comma terzo del d.lgs. n. 152 del 3 aprile 2006 (c.d. codice dell'ambiente): «La gestione dei rifiuti è effettuata conformemente ai principi di precauzione, di prevenzione, di proporzionalità, di responsabilizzazione e di cooperazione di tutti i soggetti coinvolti nella produzione, nella distribuzione, nell'utilizzo e nel consumo di beni da cui originano i rifiuti, nel rispetto dei principi dell'ordinamento nazionale e comunitario, con particolare riferimento al principio comunitario "chi inquina paga". A tal fine la gestione dei rifiuti è effettuata secondo criteri di efficacia, efficienza, economicità e trasparenza».

cumulativo[114], nella loro dannosità incrementale[115]: compito del precauzionismo, dunque, conformemente alla sua genesi di principio volto a preservare le generazioni future, è quello di prendere in considerazione pericoli anche molto lontani nel tempo e nello spazio e, dunque, di non certa verificazione. Le affinità con le argomentazioni comunemente portate "a difesa" dei reati di pericolo presunto sono fin troppo evidenti per essere ulteriormente rimarcate[116]. Anche la vicinanza semantica tra "rischio" e "pericolo" e i risultati poco convincenti (o comunque poco utili) cui si è pervenuti nel tentativo di distinguere strutturalmente i due concetti[117], confermano che la "società del rischio" impone al penalista una riflessione sui limiti di compatibilità dello schema del reato di pericolo con i principi fondamentali in materia penale in vista dell'introduzione di nuove fattispecie[118], che prendano atto tanto della maggiore incidenza statistica di attività in sé pericolose quanto della accentuata pervasività degli effetti dannosi che possono derivarne.

Ecco allora che l'enigmatico principio di precauzione, talmente vago da apparire a tratti inservibile, rivela il suo primo (e a nostro avviso più significativo) vólto: non già un elemento destinato a rivestire un ruolo autonomo e "nuovo" nella sistematica del reato, quanto piuttosto un mero criterio di politica legislativa[119], visto che in contesti caratterizzati da un'acquisizione scientifica *in fieri* «la prima decisione è *extra* e *pre*-penale; possiamo definirla di natura politica»[120]. È a questo livello, che ben può definirsi di "gestione del rischio", che, nella prospettiva troppo spesso negletta di un diritto penale come *extrema ratio* o, se si preferisce, di un diritto penale minimo[121], andrà valutata anche l'opportunità di ricorrere a strumenti di

---

[114] F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 231 e F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1116 e ss..

[115] G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio*, cit., pp. 177-178.

[116] Per tutti G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, cit., p. 63: «l'esperienza insegna che i danni all'ambiente oggi derivano in misura crescente dagli effetti "cumulativi" di azione della specie più diversa» con la conseguenza che «lo strumento più adeguato a soddisfare le esigenza di tutela dell'ambiente, sembra, dunque, essere offerto dal pur famigerato reato i pericolo astratto». Sul rapporto tra diritto penale e ambiente si rinvia a M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, Cedam, 1996, spec. pp. 119 e ss.. L'idea che in contesti di incertezza scientifica l'unica via percorribile sia quella di un rafforzamento dei reati di pericolo presunto si trova anche in L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, cit., p. 83 e F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 246.

[117] Nella dottrina civilistica v. U. IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, cit., pp. 506 e ss. e in quella penalistica V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., pp. 17-34.

[118] Sulla scarsa funzionalità delle vigenti figure di reati di pericolo v. D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, cit., p. 796.

[119] F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 229. Sul principio di precauzione come mero «criterio metodologico» anche D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, cit., p. 787.

[120] L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, cit., p. 83.

[121] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 325 e ss..

tutela alternativi rispetto a quello penale, da ricercarsi nel campo civile e amministrativo[122].

Va anche tenuto in considerazione che il «naturale destinatario» della regole cautelari che impongono di riconoscere i rischi connessi ad una certa attività e di attivarsi per contenerli o per azzerarli non è tanto (o non è solo) la persona fisica, quanto piuttosto quella giuridica[123]. Buoni risultati potrebbero derivare in questa prospettiva dall'impiego della "tecnica dell'ingiunzione alla persona giuridica", costruita secondo il seguente modello: «ti ingiungo di adottare la misura di sicurezza X che hai trascurato di adottare, e per ogni giorno che trascuri di adottarla, paghi un milione di euro, e se continui nell'inottemperanza dell'ingiunzione, aumenterà anche qualitativamente la reazione sanzionatoria»[124].

Se invece si abbandona la prospettiva *de iure condendo* e si pretende di attribuire efficacia costitutiva alla logica della precauzione già *de iure condito*, gli effetti più dirompenti si saggiano proprio sul terreno della responsabilità per colpa: il principio in questione, in effetti, rischia di condurre alla formulazione di regole cautelari "retroattive", volte a colmare possibili vuoti di responsabilità derivanti dall'incompletezza del sapere scientifico in determinati momenti storici e finisce per introdurre indebite astrazioni (presunzioni?) sul piano dell'elemento soggettivo del reato, per cui, dato il sospetto della generalizzata pericolosità di un'attività o di una sostanza, l'agente risponderà di tutte le conseguenze che derivano dalla mancata adozione delle cautele necessarie, anche se non conoscibili – e quindi non prevedibili – al momento della condotta tipica[125]; con evidente indebolimento di una delle architravi della responsabilità colposa, consistente nella predeterminazione della regola cautelare e, dunque, nella sua riconoscibilità da parte del soggetto agente. Ci si soffermerà più avanti su alcune delle applicazioni giurisprudenziali della logica

---

[122] Per tutti F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003, III ed., pp. 481 e ss.. G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio*, cit., pp. 183-184 si sofferma sulle peculiarità del diritto penale rispetto a quello civile e sulla compatibilità con quest'ultimo di una responsabilità "senza colpa", viceversa contrastante con i principi in materia penale .

[123] G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 56; D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, cit., p. 796; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., pp. 421 e ss.. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., pp. 305 e ss. evidenzia come la moderna realtà delle organizzazioni complesse sia caratterizzata da una frammentazione delle competenze e da una polverizzazione dei centri decisionali: la «*procedimentalizzazione della decisione*» che ne deriva rende assai difficoltoso l'adattamento del modello "individualistico", basato sul più lineare percorso informazione – scelta – azione-esecuzione.

[124] G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p. 57.

[125] C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., spec. pp. 1695-1697; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., pp. 241-242; L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, cit., p. 80; G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio*, cit., p. 192.

della precauzione, con particolare riferimento alla vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera, che ha ormai assunto la dignità di autentico *leading case* in materia[126].

Qui basti evidenziare che il "precauzionismo" si muove in una prospettiva esattamente antitetica a quella che, in ossequio ai canoni dell'ideologia liberale, relegava il reato omissivo colposo entro gli angusti confini di una forma di responsabilità "eccezionale", a tutto vantaggio della libertà di azione del singolo, intesa anche (o soprattutto) come libertà di iniziativa economica. Il principio di precauzione, viceversa, si fonda chiaramente su basi "anti-antropocentriche", che conducono inesorabilmente ad «una svalutazione del primato della libertà d'azione»[127], in un contesto in cui il reato omissivo colposo abbandona definitivamente le cautele che caratterizzano per definizione la sua natura di strumento eccezionale e diviene il perno attorno a cui ruota la risposta penale all'incertezza scientifico-tecnologica.

Del resto anche dal tenore della Comunicazione della Commissione europea del 2000 traspare chiaramente la preoccupazione di evitare che dalla combinazione dell'incertezza scientifica con il principio di precauzione derivino pastoie così strette da rivelarsi più "pericolose" del rischio al quale intendono far fronte: così non solo si precisa che a fronte di una situazione di incertezza scientifica e di richieste più o meno pressanti da parte dell'opinione pubblica la positiva adozione di misure non è l'unica via possibile, visto che «anche la decisione di non agire può costituire una risposta»[128]; ma si richiama più volte l'attenzione sull'accuratezza con cui va compiuta la valutazione dei rischi, operazione preliminare per l'attuazione di una strategia basata sul principio di precauzione, sottolineando l'esigenza di basarsi sempre (e solo) su una valutazione di tipo scientifico, che chiarisca la tipologia di rischi che viene in considerazione ed il suo grado di incertezza[129]. Come a dire: la "precauzione" nel ricorso al principio di precauzione sembra la prima linea guida da tener presente per raggiungere il punto di equilibrio, a volte assai incerto, tra la libertà degli individui, delle imprese e delle organizzazioni e l'esigenza di ridurre o eliminare il rischio di effetti negativi per l'ambiente o la salute umana[130].

Se dall'ambito di una generale definizione del principio ci si sposta sulle sue possibili ripercussioni penalistiche è proprio il reato omissivo colposo, si diceva, che il più delle volte la "precauzione" chiamerà in causa. È stato efficacemente rilevato che

---

[126] *Infra*, Cap. III, § 3.

[127] F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 231 il quale (p. 236) rileva che soprattutto le concezioni radicali del precauzionismo condurrebbero un'evidente rottura con la tradizione penalistica liberale.

[128] *Comunicazione della Commissione sul Principio di Precauzione*, COM (2000) 1 febbraio 2002, cit., punto 5.2.1.

[129] *Comunicazione della Commissione sul Principio di Precauzione*, COM (2000) 1 febbraio 2002, cit., punti 5.1.2 e 6.1. e Allegato III.

[130] *Comunicazione della Commissione sul Principio di Precauzione*, COM (2000) 1 febbraio 2002, cit., punto 1..

la nuova deontica di cui il precauzionismo si fa portatore attribuisce rilevanza ad una generale posizione di garanzia, che obbliga *ciascun* consociato ed esprime un dovere solidaristico di sicurezza volto alla tutela delle generazioni future e l'adeguamento rispetto alla quale va valutato secondo il parametro offerto dal sapere dello scienziato, in nome della massima prevenzione[131]. Non più, dunque, un obbligo giuridico di impedimento dell'evento che opera solo per alcuni soggetti preventivamente determinati; non più delle regole cautelari che contribuiscano a definire il modello astratto di comportamento che l'ordinamento pretende venga realizzato e che vadano oltre il generico dovere di "fare attenzione".

Anche e soprattutto nel diritto penale, tuttavia, vale l'ammonimento ad una "cauta" applicazione del principio di precauzione. Se infatti, come pare possibile (e doveroso), si tenta di individuare gli esatti confini entro cui può trovare spazio, nei contesti caratterizzati da una progressiva acquisizione delle conoscenze relative alla pericolosità di una certa attività, una responsabilità per colposa omissione di una condotta doverosa, sembra che l'attenzione vada focalizzata sui doveri di informazione = doveri di sapere configurabili in capo a chi svolge determinate attività[132]. Del resto se l'"incertezza", per quel che qui interessa, può essere genericamente definita come "mancata conoscenza di rapporti di derivazione causale", è evidente che l'unico rimedio in via preventiva che possa valere anche come criterio di imputazione penale è l'obbligo di acquisire tempestivamente le nuove informazioni disponibili, sulla base delle quali orientare poi il proprio comportamento.

In proposito va tenuto presente che la peculiarità dei casi nei quali il principio di precauzione sembrerebbe trovare fertile terreno di insediamento consiste non tanto in un'incertezza scientifica in quanto tale, ma piuttosto in un'incertezza scientifica destinata ad essere superata in tempi più o meno brevi: in vicende come quelle delle esposizioni dei lavoratori a sostanze cancerogene o del contagio avvenuto a seguito di trasfusioni di sangue infetto[133], gli effetti nocivi di una certa sostanza o una determinata patologia, prima non conosciuti, divengono, al momento del giudizio, patrimonio consolidato della scienza ufficiale. Dopo aver risolto positivamente il problema della riconducibilità causale dell'epatocarcinoma del lavoratore all'esposizione prolungata al cvm (cloruro di vinile monomero), si tratta

---

[131] F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 231-232.

[132] Sulla rilevanza assunta dal "dovere di sapere" per il controllo dei moderni rischi tecnologici v. G. FORTI, voce *Colpa (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 950-951 e, più diffusamente, G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio*, cit., pp. 192 e ss.. V. anche C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., p. 1762; D. PULITANÒ, *Gestione del rischio*, cit., p. 795-796 e, soprattutto, D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 821: «i *doveri di diligenza rilevanti per il diritto (non solo penale) sono innanzi tutto doveri di acquisizione di conoscenze e di "abilità"*; doveri di sapere e di saper fare, premssa necessaria dell'agire correttamente».

[133] *Infra*, Cap. III, § 4.

di verificare se il datore di lavoro poteva "conoscere" gli effetti cancerogeni del cvm o se, in ogni caso, sia stato sufficientemente prudente, "cauto", a fronte di sostanze di cui era nota una certa pericolosità, sebbene in riferimento a patologie diverse rispetto a quella tumorale.

Se non si vuole sconfinare in un'autentica responsabilità di posizione, rispondente all'antico adagio per cui *ubi commoda eius et incommoda*, occorrerà verificare, caso per caso, se il soggetto al quale viene imputato un *deficit* informativo avesse un obbligo giuridico di acquisire le informazioni relative alla pericolosità dell'attività svolta e se potesse (ri)conoscere il pericolo della cui concretizzazione è chiamato a rispondere[134].

Il nodo cruciale diviene quindi la rigorosa individuazione del momento a partire dal quale si può pretendere che l'agente riconosca i rischi connessi ad una certa attività e, quindi, si attivi per impedirne i possibili sviluppi lesivi; ciò al fine di evitare che, verificatosi l'evento lesivo, si definisca *ex post* il contenuto della regola cautelare cui l'agente avrebbe dovuto adeguarsi attribuendole in definitiva "efficacia retroattiva".

È evidente che – ma in questo modo si torna nell'ambito proprio di una prospettiva di riforma – un intervento legislativo sul punto potrebbe contribuire a fissare più sicuri punti di riferimento, tanto per il soggetto destinatario dell'obbligo di informazione, quanto per il giudice chiamato a verificarne la responsabilità: del resto non si è mancato di osservare che «l'obbligo di approfondimento e di aggiornamento scientifico costituisce una pretesa di diligenza ancora difficile da conciliare con il canone dell'esigibilità, per via della sua insanabile genericità»[135].

Sarebbe dunque auspicabile in primo luogo una puntuale individuazione dei soggetti tenuti all'"aggiornamento scientifico", anche sanzionando in via autonoma, non necessariamente per via penale, il mancato adempimento dell'obbligo in questione.

---

[134] Evidentemente potrebbe obbiettarsi che il «*mutamento nella genesi dei rischi*» renda assai difficoltoso il perseguimento di un simile obbiettivo: se i "tradizionali" rischi che hanno contraddistinto i primi duecento anni della società industriale erano caratterizzati da una regolarità e da una frequenza statisticamente calcolabile, quelli creati dall'incedere del progresso scientifico e tecnologico lasciano tracce poco visibili, sono difficilmente prevedibili e rendono ardua ogni strategia di contenimento: F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 13. È evidente, tuttavia, che si tratta di due piani di indagine che – come si cercato di chiarire finora – devono restare distinti: da una parte c'è la prospettiva *de iure condendo*, che obbliga il legislatore, in un'ottica preventiva, a fare i conti con attività pericolose prima sconosciute e con "potenziali di rischio" esponenzialmente aumentati rispetto al passato; dall'altra c'è la prospettiva *de iure condito*: di fronte ad un "disastro tecnologico" già verificatosi, se gli effetti che esso ha provocato non erano in alcun modo prevedibili al momento della condotta, non v'è dubbio che mancano le basi su cui fondare una responsabilità penale di chi ha svolto l'attività pericolosa, anche se si accerti che l'evento è derivato causalmente da quest'ultima.

[135] F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., pp. 242-243.

In secondo luogo andrebbe garantita una più decisa "partecipazione sociale" alla formazione della regola cautelare[136], che renda più agevole la circolazione delle informazioni rilevanti[137] e che doterebbe la regola cautelare di contorni meno slabbrati assicurandone una più agevole riconoscibilità.

Anche queste brevi riflessioni sull'autentica portata del principio di precauzione in materia penale servono a confermare la necessità di un accertamento individualizzato, che guardi all'agente concreto e a all'evento *hic et nunc*: accanto ad una causalità individuale deve porsi anche, e *a fortiori*, una colpa individuale, che assicuri l'effettiva riferibilità soggettiva di un certo risultato a colui che pure risulti esserne l'autore materiale. Nessuna concessione può derivare a questi principi, nemmeno per soddisfare le pretese colpevoliste che la "società del rischio" potrebbe avanzare.

5. La distinzione tra componenti oggettive e soggettive nel reato omissivo colposo.

Il giudizio di concretizzazione e di individualizzazione cui si è fatto cenno può tuttavia condurre a risultati appaganti solo a seguito di una corretta individuazione dell'oggetto del giudizio stesso e delle modalità attraverso le quali condurlo.

La via più semplice ed efficace da percorrere sembrerebbe quella di inquadrare gli elementi costitutivi del reato omissivo colposo in base ad una preliminare distinzione degli stessi, che si riveli il più netta e sicura possibile, in elementi oggettivi ed elementi soggettivi[138].

Non si nega che il criterio in questione, al quale si ritiene di poter riconoscere il ruolo di vera e propria premessa metodologica nello studio della materia *de qua*, sia

---

[136] F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 244.

[137] G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio*, cit., pp. 211 e ss., secondo il quale le imprese, specie se di grandi dimensioni, andrebbero responsabilizzate a diffondere le conoscenze possedute o acquisibili, introducendo così una vera e propria «responsabilità per omessa comunicazione di informazioni rilevanti per la gestione del rischio», espressione di una logica di necessaria democratizzazione dei processi di valutazione del rischio stesso. In un'ottica analoga va inquadrata anche la proposta di creare delle agenzie di regolamentazione e controllo dei rischi tecnologici, ispirate al modello americano delle agenzie federali cui è attribuito il compito di controllare il rischio nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente, della salute umana: F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 578 e ss. e, quindi, F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., pp. 400 e ss., il quale ritiene auspicabile la creazione di una vera e propria autorità indipendente per il controllo e la gestione dei rischi tecnologici, che avrebbe il compito di mettere ordine tra le opinioni spesso contrastanti in materia e di costituire l'interlocutore privilegiato con i vari operatori del settore.

[138] Critico sulla contrapposizione tra oggettivo e soggettivo, che anzi rappresenterebbe uno dei dogmi da superare per una più efficace ricostruzione sistematica del reato L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., pp. 50 e ss.. Per una particolare distinzione tra oggettivo e soggettivo M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 70 e ss..

influenzato dalla più generale predilezione per una classificazione degli elementi del reato secondo gli schemi propri della c.d. teoria bipartita[139].

La necessità di sistemare ogni elemento del reato omissivo colposo entro i due sottoinsiemi dell'elemento oggettivo e dell'elemento soggettivo, in ogni caso, può concepirsi anche prescindendo dalla più generale bipartizione degli elementi del reato. In effetti, la prospettiva deontico-relazionale, che caratterizza in maniera decisiva l'accertamento del reato omissivo colposo, e i giudizi di tipo ipotetico-normativo che la stessa comporta, assumono effettiva consistenza solo qualora si riescano ad isolare con sufficiente precisione l'oggetto del giudizio ed il parametro alla cui stregua condurlo. Proprio in riferimento al parametro del giudizio la contrapposizione oggettivo/soggettivo può produrre effetti significativi: allo stesso andranno necessariamente attribuite caratteristiche differenti a seconda che a venire in considerazione sia un elemento oggettivo o soggettivo e, al contempo, varierà il momento dell'accertamento (*ex ante*/*ex post*), soprattutto al fine di comprendere o di escludere le conoscenze di cui disponeva l'agente al momento della condotta. Si tenterà di dimostrare come proprio un'accurata differenziazione del parametro e del

[139] Non è certo questa la sede per esaminare le molteplici implicazioni sistematiche che derivano dalla teoria bipartita degli elementi del reato, né, tanto meno, per rendere conto delle obiezioni che le vengono mosse, anche perché l'oggetto della presente trattazione ne risulterebbe influenzato solo indirettamente. Senza dubbio la presenza nel nostro ordinamento della disposizione contenuta nell'art. 59, quarto comma c.p. rappresenta un argomento positivo sufficientemente convincente a sostegno dell'inquadramento sistematico delle cause di giustificazione come elementi oggettivi negativi del fatto di reato. Il rilievo non è tuttavia ritenuto decisivo da M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, *Artt. 1-84*, III ed., Giuffrè, 2004, p. 310. L'Autore (p. 311) evidenzia che l'unica conclusione davvero coerente con la teoria degli elementi negativi sarebbe quella, respinta da tutti, di ritenere che il dolo comprenda la consapevolezza dell'agente non solo degli elementi positivi, ma anche della mancanza di ciascuno dei c.d. elementi negativi. Condivisibile la replica di M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., p. 77: «il tipo descrittivo di un reato è […] composto, sul piano oggettivo, da elementi che debbono verificarsi meno elementi la cui mancanza è necessaria ai fini della tipicità penale; sul piano soggettivo, il dolo implica, corrispondentemente, la rappresentazione degli elementi positivi meno la supposizione degli elementi negativi del fatto. Dove è chiaro che, per tal modo, le cause di giustificazione non sono ricondotte nell'oggetto del dolo: è la loro rappresentazione che si pone quale limite negativo di quest'ultimo». Si è anche ritenuto improprio assimilare la teoria degli elementi negativi del fatto all'impostazione sistematica che, assumendo quale premessa la dicotomia di carrariana memoria tra forza fisica e forza morale, organizza poi la disciplina del reato attorno ai due poli dell'oggettivo e del soggettivo; mentre, infatti, l'orientamento che si fonda sulla scomposizione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo muoverebbe chiaramente da presupposti empirico-naturalistici, la teoria degli elementi negativi, come del resto quella tripartita, costruirebbe il concetto di reato su basi normativo-valutative: C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Vol. I, II ed., Utet, Torino, 2006, p. 120. L'osservazione, sebbene in sé condivisibile, non sembra però decisiva: la pretesa sistematica di collocare ciascun elemento del reato entro le due *species* dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo resta, a ben vedere, sostanzialmente inalterata, sebbene mutino i presupposti e gli strumenti in base ai quali si pretenda di effettuare la classificazione in questione. Ciò precisato, non può che condividersi l'avvertenza volta ad evidenziare il carattere convenzionale di ogni proposta di sistemazione degli elementi del reato (Tra gli altri M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 50; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 121; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 103), alla quale va riconosciuto l'innegabile merito di evitare deleterie esasperazioni della "guerra di religione" tra "bipartiti" e "tripartiti".

momento dell'accertamento rappresenti il primo strumento che consenta di evitare pericolose sovrapposizioni tra l'omissione e la colpa, soprattutto attraverso una distinzione dell'obbligo di impedire l'evento rispetto all'obbligo di garanzia.

La prospettiva dalla quale di ritiene di muovere, beninteso, non comporta la aprioristica ed immotivata collocazione dell'omissione nel solo elemento oggettivo e della colpa nel solo elemento soggettivo del reato, costruiti come due "luoghi sistematici" in rapporto di reciproca incomunicabilità. Si tratta, più precisamente, di isolare all'interno di ciascun istituto le componenti oggettive e quelle soggettive, verificarne le relazioni e, al tempo stesso, garantirne la distinzione, prima a livello sistematico poi sul piano dell'accertamento.

Che l'obbiettivo non sia rivolto solo a fini espositivi è fin troppo evidente[140]. Ribadire la necessità di una sicura distinzione tra componenti oggettive e componenti soggettive nello schema del reato omissivo colposo fornisce, a nostro avviso, più sicure coordinate di riferimento in sede di accertamento giudiziale. Del resto, posto che le premesse che si intenda individuare in sede di analisi del reato non muovono certo dall'intento di alimentare l'utopistica illusione di ciascun interprete di pervenire alla costruzione di un sistema del tutto privo di aporie e contraddizioni, rimane la costatazione che «lo scopo della dogmatica giuridica non può essere che pratico, perché il diritto è fatto esclusivamente per la pratica»[141]. La riflessione potrebbe apparire tanto pretenziosa quanto banale. Neppure necessita di dimostrazioni particolari il rilievo per cui una scomposizione analitica degli elementi del reato acquista senso solo a seguito di una ricomposizione sintetica dei risultati raggiunti: ciò consente di scongiurare il rischio di una visione atomistica del reato, esasperatamente parcellizzata, che non consenta di cogliere le necessarie interazioni sussistenti tra le "parti" e, dunque, di pervenire ad una più efficace comprensione del "tutto"[142].

---

[140] Sulle conseguenze derivanti dalla diversa formula terminativa della sentenza di assoluzione in caso di carenza dell'elemento oggettivo anziché soggettivo del reato, v. le lucide considerazioni svolte, in tema di *suitas*, da M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 69-71 e *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., pp. 5-7.

[141] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 5. Nello stesso senso A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 105.

[142] «L'esasperazione del procedimento analitico […] ha portato non solo a spezzare il reato in più parti, ma anche a considerare ciascuna di esse come un entità indipendente, come un *quid* dotato di vita autonoma. Per tal modo il reato è stato ravvisato quale una somma di elementi disparati ed eterogenei, questa concezione, che potrebbe dirsi meccanica od atomistica, si deve ritenere erronea, perché il reato è un tutto organico: è una specie di blocco monolitico, il quale può bensì presentare degli aspetti diversi, ma non è in alcun modo frazionabile. La vera essenza e – si potrebbe anche dire – la realtà del reato non è nei singoli componenti di esso e neppure nella loro addizione, ma nel tutto e nella sua intrinseca unità: solo guardando il reato sotto questo profilo, è possibile comprenderne il vero significato. Che il reato costituisca un'unità inscindibile, del resto, è dimostrato all'evidenza dal fatto che le sue note essenziale sono collegate tra loto in modo così indissolubile, che nessuna di esse può essere compresa a fondo, se non la considera in rapporto alle altre. Chi, pertanto, nello studio analitico del reato non voglia smarrire la "diritta via", non deve mai perdere di vista l'intima, profonda connessione che esiste tra i vari elementi che lo compongono; in altri termini, non deve mai

La preoccupazione di ribadire l'ovvio nasce tuttavia dalla constatazione che la giurisprudenza degli ultimi decenni ci ha abituato ad una continua e destabilizzante confusione di piani: talvolta per effettiva carenza di sicuri riferimenti sistematici negli istituti presi in considerazione, talaltra al fine di ottenere significative "semplificazioni" sul piano probatorio. È evidente come ciò avvenga al fine precipuo di rafforzare, per via giurisprudenziale, la tutela di beni che ne sono ritenuti particolarmente meritevoli; o, addirittura, al fine di portare avanti pretese istanze di responsabilizzazione di particolari categorie professionali (quali, *in primis*, quella medica) e di richiamare l'attenzione su vistose disfunzioni di sistemi complessi (quale, ancora una volta, quello sanitario)[143].

Proprio in tema di responsabilità professionale del medico, per esempio, può accadere che la condotta del sanitario presenti dei profili così macroscopicamente colposi da "compensare" possibili incertezze relative all'individuazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, all'accertamento del rapporto causale o a entrambi. Così, se nonostante sintomi eclatanti e inconfondibili, un'infezione tetanica viene confusa con una nevrosi *post partum*, poco importa se le probabilità di sopravvivenza in caso di diagnosi tempestiva siano stimate attorno al 30%[144]. Se una ragazzo affetto da infermità mentale uccide la madre e ferisce il padre, nell'accertamento della responsabilità penale del medico psichiatra, informato del progressivo peggioramento delle condizioni del paziente, l'individuazione in capo allo stesso di un obbligo di impedimento e la successiva verifica dell'effettiva capacità impeditiva della condotta doverosa sfumano di fronte alla constatazione che il medico non ha usato il «minimo della prudenza» necessario: «in altre parole [l'imputato] aveva l'obbligo giuridico di tenere una condotta prudente e diligente: non tenere una tale condotta significa colpa e, quindi, responsabilità»[145]. Se, infine, un paziente decede

---

dimenticare che il reato costituisce una entità essenzialmente unitaria e organicamente omogenea. L'analisi quindi non deve essere fine a se stessa, ma va considerata soltanto come uno strumento per meglio perseguire l'indagine di questa unitaria entità»: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 206-207. V. anche E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, cit., pp. 128-129; B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, cit., p. 90; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 100; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 308; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 115; G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1938, pp. 513 ss..

[143] I. GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, c. 366, nota a Sez. IV, 12 luglio 1991 (dep. 17 gennaio 1992), Silvestri.

[144] Sez. IV, 12 luglio 1991 (dep. 17 gennaio 1992), Silvestri, cit., c. 363.

[145] App. Perugia, 9 novembre 1984, Bondioli, in *Foro it.*, 1988, II, cc. 125-126, con note di G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra* e di A. MANACORDA, *Responsabilità dello psichiatra per fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*. Lo stesso A. MANACORDA, *Responsabilità dello psichiatra*, cit., c. 121 sembra cadere nell'equivoco, quando, nell'indicare i problemi posti da casi simili a quelli cui si è fatto riferimento nel testo, fa precedere logicamente l'accertamento della colpa a quello dell'obbligo di impedimento dell'evento. Esclude la responsabilità dello psichiatra per omicidio colposo Sez. IV pen., 5 maggio 1985, Bondioli, in *Foro it.*, 1988, II, cc. 109 e ss., sebbene con una motivazione non pienamente convincente (v. le considerazioni critiche di G. FIANDACA, *Problemi e limiti*, cit., cc. 113-114). Sulla responsabilità del medico psichiatra

dopo che, a seguito di un intervento particolarmente delicato, medici e infermieri non si curano di verificare le condizioni dello stesso durante il decorso *post*-operatorio, è sufficiente rilevare, riproponendo tralaticiamente massime passate, che «medici e paramedici sono tutti *ex lege* portatori di una posizione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto *ex* artt. 2 e 32 Cost., nei confronti dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità; e l'obbligo di protezione perdura per l'intero turno di lavoro»[146-147].

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza si è spesso mostrata assai incline a cedere alle lusinghe derivanti dalle semplificazioni probatorie, o addirittura dalle vere e proprie presunzioni, insite nella logica del *post hoc, ergo propter hoc*: se un evento si è verificato significa che una regola cautelare è stata violata, con la conseguenza che gli accertamenti relativi alla prevedibilità e all'evitabilità

---

v. anche Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2003 (dep. 4 marzo 2004), Guida, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 1854 e ss., con nota di M. ZANCHETTI, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*; di recente, Cass. pen., 14 novembre 2007 (dep. 11 marzo 2008), Pozzi, in *Cass. pen.*, 2008, fasc. 12, pp. 4622 e ss., con nota di M. BARALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*.

[146] Sez. IV, 1 dicembre 2004 (dep. 11 marzo 2005), Dilonardo, *Cass. pen.*, 2006, pp. 2156, nella cui motivazione viene ripetuto quasi ossessivamente il principio riportato nel testo (per cui v. anche Sez. IV, 2 marzo 2000 (dep. 13 settembre 2000), Troiano, in *Cass. pen.*, 2002, p. 574 (solo massima), con nota di A. CAVALLO). A. ROIATI, *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2159 e ss., annotando criticamente la presente pronuncia, dopo aver sottolineato l'approccio «empirico ed emozionale» che caratterizza spesso le decisioni in tema di "responsabilità medica", denuncia i limiti della tendenza metodologica che confina l'accertamento della colpa esclusivamente nell'ambito dell'elemento soggettivo del reato, svalutando la funzione tipizzante svolta dalla violazione del dovere oggettivo di diligenza e, in definitiva, tralasciando l'accertamento degli elementi caratterizzanti la colpa penale. In realtà l'impressione sembrerebbe esattamente contraria. È proprio l'evidente trascuratezza nei confronti del paziente e, dunque, l'inosservanza di basilari regole cautelari (per esempio: mancata effettuazione degli esami post-operatori e della terapia farmacologica, mancato controllo di polso, pressione e temperatura) che assume spesso rilevanza decisiva: l'individuazione della condotta nei reati omissivi, tuttavia, avviene non solo attraverso il riferimento alla regola di diligenza, ma, ancor prima, per mezzo di una rigorosa verifica relativa alla sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento; è proprio quest'ultimo accertamento a risultare troppo spesso assorbito in quello proprio della colpa, accontentandosi spesso di individuare la fonte dell'obbligo nella relazione terapeutica tra medico e paziente: così anche Cass. pen., Sez. IV, 28 ottobre 2004, Ardizzone, in *Resp. e risarc.*, 2005, fasc. 1, p. 80 e, sia pur in riferimento ad un caso peculiare, Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre 2000, Avallone, in *CED Cass.*, Rv. 217904. Di recente, invece, in Cass. pen., Sez. IV, 2 dicembre 2008 (dep. 19 gennaio 2009), n. 1866, *inedita*, si trova la condivisibile precisazione per cui la posizione di garanzia che deriva dalla relazione terapeutica tra medico e paziente non può assumere una dimensione astratta ed irrealistica, quasi che l'obbligo in questione abbia un'estensione illimitata; essa necessita piuttosto di un'apposita delimitazione che, muovendo dai principi di autoresponsabilità, affidamento e gerarchia, circoscriva in maniera puntuale le competenze proprie di ciascun sanitario nell'ambito di organizzazioni complesse.

[147] Sulla necessità che l'accertamento della colpa segua alla preventiva di un obbligo giuridico di impedire l'evento v., invece, Cass. pen., Sez. IV, 27 febbraio 2004 (dep. 26 maggio 2004), Bodini, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 1235 e ss.; Cass. pen., Sez. IV, 19 febbraio 2008, Gualano, in *CED Cass.*, Rv. 239900; Cass. pen., Sez. IV, 9 maggio 2006, Piccioli, in *Foro it.*, 2008, II, c. 101; Cass. pen., Sez. IV, 25 maggio 2001, Parma, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1025.

dell'evento sfumano inevitabilmente nell'accertamento del nesso di causalità materiale. Al fenomeno in questione è stata attribuita una rilevanza tale che Gaetano Contento, commentando la proposta di riforma volta ad eliminare dal nostro ordinamento le ipotesi di responsabilità oggettiva a favore di una responsabilità almeno per colpa, temeva che il rimedio in questione avrebbe potuto, paradossalmente, rivelarsi maggiore del male cui intendeva far fronte: fino a quando l'applicazione giurisprudenziale andrà nel senso di una svalutazione del requisito della colpa, introdurre quest'ultima come condizione minima di imputazione soggettiva si rivelerebbe un intervento del tutto inadeguato che, anzi, potrebbe condurre ad un più deciso orientamento della prassi verso la totale identificazione tra colpa e responsabilità oggettiva[148].

Va comunque chiarito che la relazione tra colpa e nesso di causalità, talmente stretta da condurre in certi casi ad una vera e propria sovrapposizione di piani, non è certo una peculiarità che contraddistingue la sola giurisprudenza degli ultimi decenni. Emblematica da questo punto di vista la ricostruzione proposta dallo Stoppato che espone la nota teoria della c.d. causalità efficiente proprio in riferimento al reato colposo[149], schema all'interno del quale si presentavano le questioni più complesse in tema di nesso causale: con il rischio per cui i problemi di imputazione di risultati che, per definizione, non sono stati previsti da parte del soggetto, finivano spesso per "retroagire" in sede di accertamento causale[150].

Se a ciò si aggiunge che la tematica dell'omissione, per le ragioni che si è cercato di chiarire, risulta legata a filo doppio a quella della causalità, si comprendono agevolmente anche le ragioni "storiche" della difficoltosa distinzione tra oggettivo e soggettivo cui più volte si è fatto riferimento.

6. Delimitazione dell'oggetto di indagine: i reati omissivi impropri e la "fattispecie omissiva eventuale".

Le considerazioni svolte finora, pur riguardando le generali caratteristiche del reato omissivo colposo, attengono in maniera particolare ai c.d. "reati omissivi

---

[148] G. CONTENTO, *La responsabilità senza colpevolezza nell'applicazione giurisprudenziale*, in AA.VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., pp. 517-519.

[149] A. STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., *passim*. V. anche lo scritto di F. CARRARA, titolato *Omicidio colposo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, VI ed., Vol. III, Prato, Casa Editrice Libraia "Fratelli Cammelli", 1910, pp. 7 e ss., in cui i profili della colpa e quelli della causalità materiale risultano inscindibilmente connessi. O. VANNINI, che pure muove dall'intento di mantenere distinto l'emento oggettivo dall'elemento soggettivo del reato, affronta il problema del nesso di causalità proprio nell'esercitazione dedicata all'Omicidio colposo (in *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*, Ristampa inalterata delle XII esercitazioni, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 405 e ss..

[150] G. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli, in Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, studi coordinati da S. VINCIGUERRA, Padova, Cedam, 1999, pp. 414-420.

impropri", riferendo tale denominazione a quelli che si caratterizzano per l'assenza di una previsione espressa e per la loro sanzionabilità attraverso la clausola generale dell'art. 40, secondo comma c.p.; al contrario, secondo il criterio distintivo che si ritiene di accogliere, la categoria dei "reati omissivi propri" comprende reati omissivi tipizzati direttamente da parte del legislatore[151].

Se, dunque, la definizione "reati omissivi impropri" deriva storicamente dall'idea che i reati in questione sarebbero, in fondo, dei reati commissivi (idea ancor più evidente in espressioni quali "reati commissivi mediante omissione"), essa mantiene ancora oggi una propria utilità, richiamando l'attenzione sui meccanismi che presiedono all'operatività della clausola generale[152].

Se il legislatore ha optato relativamente alla colpa per il modello della definizione unitaria, introducendo cioè un'unica definizione di delitto colposo nella parte generale del codice penale[153], il medesimo schema viene impiegato, in tema di omissione, in riferimento alle fattispecie incriminatrici descritte in termini di reati commissivi. Condizione di operatività della "definizione generale" è, nel caso della colpa, il richiamo espresso da parte del legislatore; nel caso dell'omissione, la compatibilità della singola fattispecie con la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma, c.p..

Al fine di chiarire gli effetti che derivano dalla particolare tecnica di incriminazione impiegata dal legislatore, sembra utile precisare che dalla combinazione dell'art. 40, secondo comma c.p. con le singole fattispecie commissive di parte speciale deriva una nuova fattispecie omissiva, caratterizzata da una nuova tipicità, del tutto indipendente da quella originaria. Come la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale in tema di concorso di persone nel reato ha chiaramente evidenziato l'errore metodologico insito nella pretesa di costruire la teoria del concorso di persone mediante una meccanica trasposizione degli schemi propri del reato monosoggettivo[154], allo stesso modo la ricostruzione della fattispecie omissiva

---

[151] G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, 1983, pp. 9-10; G. FIANDACA, voce *Omissione (diritto penale)*, p. 549; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 578. Un differente criterio distintivo, come è noto, è quello che fa riferimento non alla tecnica di tipizzazione dei reati omissivi, ma alla struttura della fattispecie: i reati omissivi "propri" sarebbero quelli che si esauriscono nel mancato compimento dell'azione doverosa, mentre i reati omissivi "impropri" consisterebbero nel mancato impedimento di un evento materiale e richiederebbero quindi che dall'omissione derivi un evento in senso naturalistico. Per tutti A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. I, cit., spec. pp. 111 e ss. e, nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2007, p. 129.

[152] G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 11.

[153] Il codice Zanardelli, al contrario, affidava alla parte speciale il compito di individuare le caratteristiche della colpa, in relazione alle singole fattispecie incriminatrici (c.d. definizione differenziata): in argomento D. CASTRONUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 497-498.

[154] R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1956, spec. pp. 75 e ss. e M. GALLO, *Lineamenti una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. Pp. 7 e ss. e *Appunti di diritto penale*, Vol. III, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 135 e ss..

impropria secondo premesse analoghe a quelle impiegate per l'art. 110 c.p. contribuisce a ribadire l'autonomia sistematica del reato omissivo improprio rispetto alla corrispondente fattispecie commissiva. Per evitare ogni fraintendimento, dunque, non pare del tutto corretto affermare che l'art. 40, secondo comma, c.p. estenda la tipicità della originaria fattispecie commissiva: se dall'incontro dello stesso con le disposizioni di parte speciale sorge una nuova fattispecie, significa anche che la tipicità originaria della fattispecie che viene in considerazione resta inalterata. L'effetto estensivo andrà quindi riferito piuttosto all'intero ordinamento, ampliato da tutte le nuove fattispecie ottenute attraverso l'accostamento della disposizione di parte generale ad una disposizione di parte speciale[155].

Le conclusioni sono sostanzialmente analoghe a quelle cui perviene chi, nel criticare le letture restrittive dell'art. 40, secondo comma c.p. che vorrebbero limitarne l'operatività al solo ambito della causalità, sostiene che la disposizione in questione si muova piuttosto sul piano della costruzione della fattispecie, "assimilando"[156] (*rectius*: affiancando) ad ogni fattispecie commissiva (che con la stessa risulti compatibile) una nuova fattispecie imperniata sul mancato impedimento dell'evento[157].

Più in particolare, se si ritiene che l'evento cui fa riferimento l'art. 40 c.p., tanto nel primo quanto nel secondo comma, sia da intendersi nell'accezione di evento in senso naturalistico, è proprio questo l'unico elemento che la fattispecie omissiva impropria presenterà in comune rispetto a quella commissiva. Quanto alla condotta, la sua individuazione ruota tutta attorno alla corretta individuazione dell'obbligo di impedimento dell'evento. In riferimento, infine, al rapporto di causalità, sembra sia preferibile, in ragione di una maggiore precisione non solo terminologica, ma esegetica e sistematica, parlare di "equivalente tipico della causalità": ciò serve in particolare, senza la pretesa di addentrarsi nella disputa "epistemologica" relativa all'effettivo valore causale dell'omissione, a sottolineare la scelta operata dal legislatore mediante l'inserimento dell'art. 40, secondo comma c.p..

Non sembra invece pienamente convincente la giustificazione addotta al riguardo da Grasso che, almeno in Italia, è tra coloro che hanno avuto il merito di

---

[155] Per analoghe considerazioni in riferimento all'art. 110 c.p. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, pp. 144-145.

[156] L'espressione è di F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 2, 26, 38, 47-48 e, in particolare, p. 82: «è il famoso procedimento di "*assimilazione*", la legittimazione della cui operatività si trova, nel nostro sistema, nell'art. 40 cpv c.p.: in base ad esso, appunto, ad una fattispecie (prevista dalla legge) impostata in termini naturalistici, ne viene affiancata interpretativamente un'altra, impostata in termini normativi. L'elemento in comune fra fattispecie naturalistica-base e fattispecie normativa "assimilata" è dato dall'evento naturalistico: l'equivalenza fra condotta naturalistica di causazione e condotta normativa si ha – ex art. 40 cpv c.p. – quando la condotta normativa si presenta come inosservanza di un obbligo giuridico di attivarsi per impedire l'evento naturalistico *de quo*». Evidenziano l'autonomia della "nuova" fattispecie incentrata sul mancato impedimento dell'evento anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 547.

[157] G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 125-131.

sostenere la necessità di una lettura "allargata" dell'art. 40, secondo comma c.p.. Si è sostenuto, infatti, che «nei reati commissivi è la causalità l'elemento sul quale si impernia la struttura della fattispecie e che consente l'individuazione della stessa condotta tipica: l'azione conforme alla fattispecie è quella che risulta legata all'evento lesivo dal nesso eziologico. Nelle fattispecie omissive improprie invece è la situazione di garanzia […] che assume quel ruolo di "filtro" che nelle corrispondenti fattispecie commissive è attribuito alla causalità». Proprio questo diverso ruolo svolto dal rapporto di causalità renderebbe opportuno l'impiego dell'espressione "equivalente tipico della causalità" in relazione ai reati omissivi impropri[158].

Il ruolo di filtro attribuito in via esclusiva al rapporto di causalità nei reati commissivi è, a ben vedere, una peculiarità propria dei soli reati dolosi a forma libera. Anche a voler ammettere che la clausola di equivalenza tra il non impedire e il cagionare possa operare solo in riferimento a fattispecie commissive causalmente orientate[159], nel caso in cui la fattispecie in questione non sia dolosa ma colposa, il nesso causale perde il ruolo di unico elemento di selezione della condotta penalmente rilevante. Nei reati colposi, infatti, l'individuazione della condotta necessita anche del riferimento alla regola cautelare che si assume sia stata violata, tanto che si tratti di una regola generica (di diligenza, prudenza, perizia) quanto che si tratti di c.d. colpa specifica[160]. La regola cautelare svolge dunque, già nei reati commissivi, un ruolo perfettamente simmetrico a quello correttamente attribuito al c.d. obbligo di garanzia nelle fattispecie costruite mediante il riferimento all'art. 40, secondo comma c.p.. Del resto, come già accennato, è proprio la possibile sovrapposizione tra l'obbligo di garanzia (*rectius*: di impedimento dell'evento) e quello di diligenza che impone di chiarire se, semplicemente, l'uno si risolva interamente nell'altro o se, piuttosto, sia opportuno mantenere distinti i due piani, a fini tanto sistematici quanto di accertamento.

Si tratta a questo punto di precisare i limiti entro cui, per il tramite dell'art. 40, secondo comma c.p., può pervenirsi alla costruzione di una nuova "fattispecie omissiva eventuale"[161]. Al riguardo sembra sussistere sufficiente concordia sull'esclusione dell'operatività della clausola di equivalenza tanto in riferimento ai reati di mera condotta quanto a quelli c.d. di mano propria. Più discussa è invece l'ammissibilità di una realizzazione "per omissione" di reati abituali o di reati a forma vincolata.

---

[158] G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 116-117.

[159] G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 154 e ss..

[160] Lo stesso G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 370 concorda del resto sulla funzione tipizzante svolta dalla "diligenza obiettiva" nelle fattispecie omissive improprie.

[161] Sul punto v. G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 33-48; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 137-163; F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 99-114; M. ROMANO, *Art. 40*, *Commentario sistematico*, cit., pp. 379-381; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 583.

Quanto ai reati abituali, ad emblema della disputa sorta al riguardo può assumersi la fattispecie di maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.)[162]. A fronte del dato letterale e naturalistico, il quale suggerisce che si possa "trattar male" anche per mezzo di atti a contenuto negativo e a fronte della giurisprudenza che ammette la realizzazione della fattispecie in questione anche mediante omissione[163], una conclusione di questo tipo potrebbe suscitare delle perplessità, proprio in considerazione del carattere abituale del reato in questione. È necessario chiarire che, in ogni caso, la questione ha senso solo se riferita ai casi di "esecuzione monosoggettiva" e non anche a quelli in cui a venire in considerazione è piuttosto il mancato impedimento di un reato di maltrattamenti commesso da altri[164]: in queste ultime ipotesi, in effetti, non pare sussistano particolari difficoltà ad intendere l'evento di cui all'art. 40, secondo comma c.p. come "reato commesso da altri", senza che quest'ultimo incontri i limiti di operatività tradizionalmente individuati in riferimento alla generale clausola di equivalenza tra il non impedire e il cagionare[165].

Quanto ai reati a forma vincolata, il paradigma delle incertezze sulla possibile operatività del cpv. dell'art. 40 c.p. va certamente individuato nel delitto di truffa, specie per il consolidarsi di orientamenti giurisprudenziali che tendono ad attribuire rilevanza, in maniera pressoché automatica, al "silenzio maliziosamente serbato" su circostanze che si aveva l'obbligo di riferire[166].

Al di là delle peculiarità proprie di ciascuna fattispecie, sembra ravvisabile un equivoco nel ricondurre ogni caso in cui si discuta della rilevanza penale di una condotta omissiva entro i confini dell'art. 40, secondo comma c.p. e, dunque, dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Quest'ultimo, in effetti, è destinato ad operare nei soli casi in cui la fattispecie di parte speciale sia descritta unicamente in termini "commissivi" (e ciò avviene anzitutto mediante l'impiego del verbo "cagionare" o di altri concetti allo stesso equivalenti). Ma come il legislatore può descrivere la fattispecie di parte speciale nei termini di un'omissione propria, allo stesso modo è ipotizzabile che individui modalità di descrizione della condotta già

---

[162] Tra gli altri T. VITARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 179 e ss.; F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, p. 263; G. D. PISAPIA, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VII, Torino, Utet, 1993, p. 524.

[163] Per tutte Cass. pen., Sez. VI, 18 marzo 1996 (dep. 16 maggio 1996), Cambria, in *Cass. pen.*, 1997, pp. 29 e ss., con nota di S. LARIZZA, *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei messi di correzione*.

[164] Il riferimento è alla casistica relativa alla responsabilità per la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. dei responsabili di una struttura di assistenza e di cura, su cui v. Cass. pen., Sez. VI, 30 maggio 1990 (dep. 16 gennaio 1991), in *Cass. pen.*, 1992, pp. 1505 e ss.; Cass. pen., Sez. VI, 17 ottobre 1994 (dep. 19 novembre 1994), Fiorillo, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 511 e ss., con nota di R. BLAIOTTA, *Maltrattamenti nelle istituzioni e dovere costituzionale di solidarietà*.

[165] Sul punto più diffusamente *infra*, Cap. III, § 3.

[166] Tra le tante Cass. pen., Sez. VI, 10 aprile 2000, Salerno, in *Cass. pen.*, 2002, p. 610; Cass. pen., Sez. VI, 3 aprile 1998, Perina, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1825; Cass. pen., Sez. II, 13 novembre 1997, Fascini, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1140; Cass. pen., Sez. II, 18 dicembre 1995, Capra, in Giust. pen., 1996, II, c. 731; Cass. pen., Sez. II, 19 aprile 1991, Salvalaio, in *Riv. pen.*, 1992, pp. 473 e ss..

compatibili con una realizzazione "per omissione", senza la necessità di passare per il tramite della "fattispecie omissiva eventuale" costruita attraverso il riferimento all'art. 40, secondo comma c.p.[167]. Questo pare per l'appunto il caso dei maltrattamenti in famiglia (art. 572 c.p.), della violazione degli obblighi di assistenza familiare (art. 570 c.p.), del patrocinio o della consulenza infedele (art. 380 c.p.).

Analoghe considerazioni sembra possano valere anche per la truffa (art. 640 c.p.), sebbene non si nega che in questo caso le indicazioni legislative non siano dotate di evidente univocità. Tuttavia, una volta che la fattispecie venga liberata dal peso della tradizione che richiedeva un'autentica *mise en scene*, al fine di distinguere l'artifizio dalla mera menzogna[168] e che si vada oltre la derivazione etimologica dell'artifizio dal verbo *facere*, pare potersi affermare che anche il mero silenzio può concretare un artificio o un raggiro tali da determinare un'induzione in errore[169]. La poco condivisibile conversione del delitto di truffa in una fattispecie a forma libera, che vanifica la selezione operata dal legislatore delle condotte penalmente rilevanti e alla quale perviene quella giurisprudenza che ricava la sussistenza di artifizi e raggiri "idonei" dal solo verificarsi dell'induzione in errore[170], può essere evitata non tanto negando la configurabilità di una "truffa per omissione", ma piuttosto valorizzando le note di disvalore, in termini di idoneità, che la condotta deve possedere in riferimento agli eventi descritti dall'art. 640 c.p.[171]-[172]. La circostanza sulla quale si

---

[167] M. ROMANO, *Art. 40*, *Commentario sistematico*, cit., p. 381.

[168] Per tutti F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, *Parte speciale*, Vol. IV, VII ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1904, pp. 517-520, che così riassume la teorica, di derivazione francese, della *mise en scene*: «la menzogna non è delitto perché nessuno deve creder di facile alle parole altrui; e se vi crede ne imputi se medesimo: e attenda (se cade in acconcio) dai tribunali civili la riparazione dei propri danni. Ma l'*artifizio*, quando non volge alla sola beffa innocente, ma ad un ingiusti profitto, adegua le condizioni obiettive del *delitto*: e ad avere l'*artifizio* non basta il solo discorso eloquente, studiato e persuadente, se oltre alle mendaci parole non si è posto in essere una qualche cosa comprovante i falsi asserti» (corsivi originali).

[169] M. ROMANO, *Art. 40*, *Commentario sistematico*, cit., p. 381. *Contra* G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 586; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 36, nota n. 6. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 158-160, secondo il quale il silenzio può assumere rilevanza solo in quanto assuma un concreto valore concludente tale da circonvenire la vittima: in questi casi solo apparentemente si dà rilievo ad un comportamento omissivo, trattandosi piuttosto di una condotta attiva, sebbene arricchita nel suo significato dall'eventuale reticenza; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia, Vol. IX, *Delitti contro il patrimonio,* Torino, Utet, 1981, pp. 689-695; E. MEZZETTI, voce *Truffa e frode (delitti di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Vol. VI, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 6047-6048.

[170] Tra le tante Cass. pen., Sez. II, 27 febbraio 1990, Casella, in *Riv. pen.*, 1991, p. 575; Cass. pen., Sez. I, 11 luglio 1990, Ricci Petitone, in *Riv. pen.*, 1991, p. 383; Cass. pen., Sez. II, 23 giugno 1987, Agostoni, in *Giust. pen.*, 1988, II, c. 493; Cass. pen., Sez. II, 1 marzo 1986, Rapisarda, in *Cass. pen.* 1987, p. 2137; Cass. pen., Sez. II, 6 febbraio 1984, Paparo, in *Giust. pen.*, 1984, II, p. 721. In dottrina F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, XV ed. a cura di C. F. Grosso, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 368-369.

[171] Per tutti G. MARINI, voce *Truffa*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XIV., Torino, Utet, 1999, pp. 366 e C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 226 e ss..

[172] Per questa via, tra l'altro, si giunge a recuperare la funzione selettiva dell'antico insegnamento, sotteso alla stessa *mise en scene*, per cui *vigilantibus, non dormientibus iura soccurrunt*.

intende richiamare l'attenzione è quella per cui se si accede ad una "lettura ampia" della condotta di artifizi o raggiri, non ha alcun senso ricercare l'esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento *ex* art. 40, secondo comma c.p. di fronte ad un contegno omissivo del soggetto, trattandosi di una condotta rilevante già ai sensi dell'art. 640 c.p. (e non della nuova fattispecie omissiva derivante da art. 640 c.p. + art. 40, secondo comma c.p.). Per contro, qualora si ritenga che mediante l'introduzione della coppia concettuale "artifizi o raggiri" il legislatore abbia inteso attribuire rilievo unicamente a condotte "attive", la selezione operata nella descrizione della fattispecie a livello di condotta e, dunque, di decorso causale, impedisce l'individuazione di una nuova fattispecie omissiva eventuale, ipotizzabile unicamente a fronte di un *iter* causale che, già nella fattispecie commissiva, risulti descritto solo in funzione dell'evento[173].

Provando a generalizzare: nei reati abituali o a forma vincolata, la mancata previsione di un evento in senso naturalistico non pare possa assumere da sola efficacia dirimente circa l'irrilevanza penale di una condotta omissiva: si tratta piuttosto di verificare caso per caso se il legislatore, già nella fattispecie di parte speciale, abbia voluto attribuire rilevanza anche a condotte omissive.

Solo quando la fattispecie di parte speciale risulti tipizzata in modo tale che la stessa risulti realizzabile unicamente attraverso una condotta attiva, può (e deve) porsi il problema della possibile costruzione della "fattispecie omissiva eventuale". E a questo proposito pare difficilmente contestabile la conclusione per cui la clausola di equivalenza può operare solo in presenza di reati a forma libera e con evento naturalistico[174], restando per contro impraticabile in tutti i casi in cui manchi un evento naturalistico e la condotta sia descritta per note interne compatibili unicamente con un comportamento positivo (per restare agli esempi più evidenti: furto, rapina, evasione).

Sulla necessità di valutare in concreto l'idoneità della condotta, tenendo conto, anzi tutto, delle "condizioni personali" del soggetto cui l'inganno è diretto, v. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore*, cit., p. 240.

[173] A ben vedere si tratta di un'argomentazione per molti aspetti coincidente a quella che porta a negare ogni possibile rilevanza della c.d. *aberratio causae* in riferimento ai reati a forma vincolata: in tutti i casi in cui il legislatore non si limita a richiedere la mera causazione dell'evento, ma descrive per note interne la condotta e, quindi, il processo causale, se l'accadimento concreto non può essere ricondotto al modello di attività descritto dalla norma farebbe difetto, prima ancora che il dolo, lo stesso nesso di causalità materiale (in argomento, per tutti, M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 16). Se dunque la descrizione della condotta per note interne esclude la possibilità che l'*iter* causale segua un percorso differente da quello tipizzato dal legislatore, *a fortiori* deve negarsi che possa trovare applicazione la clausola di equivalenza contenuta nell'art. 40, secondo comma c.p..

[174] Va ricordato che i reati causalmente orientati non sono necessariamente reati ad evento naturalistico: esistono in effetti anche reati di mera condotta causalmente orientati, come talune fattispecie di "attentato" (esempio: artt. 286 e 432 c.p.) in cui la condotta non è descritta per note interne, ma solo in termini di idoneità rispetto ad un risultato meramente virtuale: M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., pp. 86-87.

CAPITOLO II

AD IMPOSSIBILIA NEMO TENETUR: LA "DOMINABILITÀ" NELL'OMISSIONE E LA "DOMINABILITÀ" NELLA COLPA

Sommario: 1. L'esigenza di un'indagine parallela di colpa ed omissione nel segno della dominabilità. 2. La dominabilità nell'omissione. A) La predeterminazione della fonte dell'obbligo di impedire l'evento. 2.1 (Segue) Reato proprio e potere-dovere (= obbligo) giuridico di impedire l'evento. 2.2. L'obbligo di impedire l'evento tra potere giuridico e potere materiale di intervento. 3. B) La possibilità di agire diversamente. La *suitas* dell'azione e dell'omissione colpose: colpa dell'atto e colpa per il fatto. 3.1. La natura giuridica del "fattore necessitante" per cui il soggetto *non agit sed agitur*: la "forza maggiore fortuita". 4. C) La possibilità di agire utilmente. La causalità dell'omissione. Rinvio. 5. Componenti oggettive e soggettive nel giudizio di colpa. 6. La distinzione tra la responsabilità personale e la responsabilità per colpa. 7. La "doppia funzione" della colpa. 7.1. A) La funzione oggettiva della colpa. L'*homo eiusdem professionis et condicionis*: l'agente-tipo nella situazione-tipo 7.2. B) La funzione soggettiva della colpa. L'agente concreto. 8. A) La predeterminazione della regola cautelare. Il c.d. momento omissivo della colpa; regola cautelare, obbligo di diligenza e obbligo di impedire l'evento; le regole cautelari come regole "modali". 7.1. L'"incertezza scientifica" e il progressivo adeguamento delle regole cautelari.

1. L'esigenza di un'indagine parallela di colpa ed omissione nel segno della dominabilità.

«Tra i buoni risultati della tecnica giuridica credo che si possa annoverare quello di aver posto in luce che il dovere presuppone sempre nel soggetto che se ne afferma titolare un potere di fatto sul risultato che da lui si attende, perché a rigore non si deve se non ciò che si può: in diritto dovere l'impossibile è assurdo»[1].

Le considerazioni in questione, efficacemente riassunte dall'insegnamento per cui *ad impossibilia nemo tenetur*, svolgono un'insostituibile funzione di orientamento e, al contempo, di limite, nello studio dell'omissione e della colpa. Come già anticipato, in effetti, se gli istituti in questione risultano modellati, rispettivamente, attorno all'obbligo giuridico di impedire l'evento e all'obbligo di diligenza, la loro ricostruzione autonoma e il loro coordinamento reciproco passano attraverso la ricostruzione di un fitto reticolo di poteri (in senso giuridico e in senso naturalistico) e di doveri, la cui esatta definizione consente di riempire di contenuto l'altrimenti inconcludente requisito della "dominabilità".

A tal fine, e considerate le indiscutibili affinità riscontrabili sul piano dell'evoluzione storica e su quello della ricostruzione sistematica tra condotta omissiva e colpa, sembra utile condurre un'indagine simmetricamente parallela dei due istituti che ne evidenzi i segmenti comuni ma soprattutto la diversa struttura,

---

[1] M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 460.

per poi pervenire ad una loro efficace ricomposizione unitaria all'interno dello schema del reato omissivo colposo.

La finalità che si intende perseguire è dunque duplice: da un lato si tratta di evidenziare le tematiche comuni alla colpa e all'omissione, anche al fine di isolare i punti in cui il confine tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo diviene di più incerta definizione; dall'altro si tratta di evitare che dall'indiscutibile vicinanza di piani derivi un'inammissibile confusione sul piano sistematico che apra il varco, come necessaria conseguenza, a delle vere e proprie "semplificazioni" (*rectius*: "amputazioni") sul versante probatorio.

Un'indagine parallela, in definitiva, che non mira a trasferire sul piano della colpa i risultati interpretativi raggiunti in tema di omissione (o viceversa[2]), ma, piuttosto, che cerchi di individuare i casi in cui il sistema impone di pervenire a soluzioni differenziate, anche quando la ricostruzione e l'accertamento di colpa ed omissione si "sommano" entro i confini del reato omissivo colposo.

Il "filo di Arianna" al quale sembra si possa fare valido affidamento in una simile ricerca è– come anticipato – quello della "dominabilità", da parte dell'omittente, della situazione da cui deriva il risultato vietato dall'ordinamento e, quindi, del risultato stesso.

Nell'ambito di un tentativo di ricostruzione sostanzialistico-funzionale della c.d. posizione di garanzia nei reati omissivi impropri, si è autorevolmente ritenuto che, comunque si intenda individuare la fonte della *Garantenstellung*, essa richiede pur sempre «un potere di signoria su alcune condizioni essenziali del verificarsi dell'evento tipico»[3]. Di più: «tanto nel caso dell'agire che in quello dell'omettere, il fondamento dell'imputazione (obiettiva) consiste, a ben vedere, nella signoria del soggetto su alcune condizioni che concorrono alla produzione del risultato»[4].

Si è obbiettato che il concetto di "signoria dell'uomo su alcune condizioni essenziali del verificarsi dell'evento tipico" sarebbe troppo generico per poter assurgere al ruolo di *Oberbegriff* al quale ricondurre tanto la causazione di un evento quanto il suo mancato impedimento[5]; con particolare riferimento ai reati omissivi impropri, poi, il concetto in questione riuscirebbe a dar conto solo delle posizioni di garanzia che si sostanziano nel controllo di una fonte di pericolo, non anche di quelle

---

[2] Si veda per esempio la ricostruzione proposta da F . SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., *passim*, su cui *infra*, § 2.

[3] G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 162.

[4] Con la sola differenza per cui in caso di condotta attiva l'agente padroneggia la catena causale che si sprigiona dal movimento del proprio corpo, mentre in caso di condotta omissiva il soggetto influenza processi casuali che traggono origine da forze esterne, naturali facenti capo ad diverso soggetto: G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 167.

[5] G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 240, il quale fa in proposito l'esempio del padre che non impedisce l'aggressione e l'uccisione del proprio figlio da parte di un terzo: tanto il genitore quanto l'aggressore sarebbero titolari di un potere di signoria sulle condizioni dell'evento, ma la stessa espressione verrebbe utilizzata in due significati completamente differenti.

che hanno ad oggetto la protezione di un interesse o l'impedimento di reati da parte di terzi. A sostegno di quest'ultimo rilievo si porta il seguente esempio: se un bambino che non sa nuotare cade in piscina, le posizioni del padre, del bagnino e di un estraneo sarebbero perfettamente equivalenti quanto alla signoria sulla catena causale, anche se solo in capo al padre e al bagnino l'ordinamento individua una posizione di garanzia e, dunque, un obbligo di impedimento dell'evento[6].

A ben vedere, tuttavia, proprio la sua genericità rende il "potere di signoria" perfettamente idoneo allo scopo di funzionare quale concetto di genere o, *rectius*, quale filo conduttore in grado di guidare un'indagine che attraversi trasversalmente l'elemento oggettivo e quello soggettivo del reato. Anzi. Se una critica può essere mossa alla ricostruzione cui in precedenza si è fatto cenno, essa dovrebbe riguardare, a nostro avviso, non l'ampiezza eccessiva del concetto di "signoria", ma al contrario, la sua limitazione al mero "potere di fatto" e nei soli confini dell'equivalenza tra il non impedire e il cagionare[7]; per contro, si ripete, la sfera di signoria dell'uomo sugli accadimenti del mondo esterno ha un significato più ampio, che si estende anche all'elemento soggettivo del reato, con particolare riferimento, per quel che qui interessa, a quella particolare forma di elemento soggettivo rappresentata dalla colpa.

Posto che il concetto di "potere di signoria" o quello, equivalente, di "dominabilità" sono in grado di tracciare la via da seguire nella ricostruzione del reato omissivo colposo, si tratta di ricavare dal genere tutte le sue possibili specificazioni, proprio per evitare semplificazioni e fraintendimenti. Si è già chiarito che il concetto di "dominabilità" è un concetto di sintesi, la cui pratica servibilità a fini di ricostruzione sistematica dipende dalla possibilità di specificarne il contenuto in relazione all'elemento del reato che di volta venga in considerazione.

---

[6] G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 241.

[7] Tra le applicazioni del concetto di "sfera di signoria" che più hanno avuto successo nella nostra letteratura non può non ricordarsi la teorizzazione della "causalità umana" proposta da F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., spec. pp. 209 e ss. e, dunque, l'impiego del criterio in questione a fini risolutori della questione giuridica del rapporto di causalità penalmente rilevante: «l'uomo ha un campo in cui può dominare in forza dei suoi poteri conoscitivi e volitivi. Esiste indubbiamente *una sfera di signoria dell'uomo*, la quale si estende sul mondo esteriore, abbracciando un notevole numero di elementi che ivi si trovano» (corsivo originale). Lo stesso Antolisei mette in relazione il concetto di "dominabilità" a fini di imputazione causale con quello di "conoscibilità" («il dominio dell'uomo sui fattori esterni si può verificare i due modi: arrestando o deviando il corso causale, oppure sottraendosi all'efficacia dei fattori stessi. In un caso e nell'altro è presupposta la possibilità di conoscere la presenza dell'elemento o di prevederne il concorso, poiché, se questa possibilità manca, l'uomo non è in grado di singoreggiarlo»): del resto la commistione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo diventerà un autentico *topos* nelle critiche alla causalità umana che, peraltro, il suo stesso propositore non aveva mancato di prevedere (*infra*, Cap. III, nota n. 95). Al di là del merito della questione, ciò che in questa sede si vuole sottolineare è che il concetto di "dominabilità" si presta, verrebbe da dire "strutturalmente", ad essere impiegato in riferimento tanto all'elemento oggettivo quanto a quello soggettivo del reato; anche se la sua concreta praticabilità deriva dalla possibilità di andare oltre le mere clausole di stile e di individuare, in riferimento ad ogni elemento del reato, in cosa la "dominabilità" effettivamente si sostanzi.

Con particolare riferimento alla tematica dell'omissione, si torni per un momento all'esempio del bambino che cade in piscina e necessita di salvataggio. Le posizioni del padre, del bagnino e del terzo estraneo, posto che tutti e tre sappiano nuotare, risultano equivalenti solo se messe a confronto sotto il profilo del "potere naturalistico" di intervento: dal punto di vista più strettamente "giuridico", al contrario, la posizione dei tre soggetti appare perfettamente diversificabile[8]. Il concetto di dominabilità, in altri termini, si sviluppa attraverso una fitta rete di poteri e di doveri, tanto giuridici quanto naturalistici, la cui esatta definizione è in grado di fornire i punti fermi attorno ai quali ricostruire gli istituti dell'omissione e della colpa[9].

Prima però di ritenere che la dominabilità rappresenti il canale d'accesso per l'accoglimento di criteri "sostanziali", in grado di correggere possibili eccessi di tipo "formale" (emblematico in tema di omissione il ricorso alla c.d. posizione di garanzia), è necessario verificare se già nel dato positivo siano ravvisabili strumenti che assicurino una riferibilità oggettiva e soggettiva del fatto al soggetto attivo.

2. La dominabilità nell'omissione. A) La predeterminazione della fonte dell'obbligo di impedire l'evento.

Ogni trattazione in tema di reato omissivo contiene lunghe e tormentate considerazioni intorno all'esatta individuazione delle fonti da cui può legittimamente ricavarsi l'obbligo giuridico di impedire l'evento richiesto dall'art. 40, secondo comma c.p.. I termini della *querelle* sorta al riguardo, che ha visto opposti i sostenitori di una "teoria formale" a quelli di una "teoria sostanzialistico-funzionale", sono troppo noti per essere riassunti[10]. In questa sede si può solo rilevare che, almeno in certi casi, la netta contrapposizione tra indirizzi formali ed indirizzi sostanziali rischia di rivelarsi più apparente che reale.

Si pensi per esempio all'originale impostazione proposta da Sgubbi. L'Autore assume quale premessa il deciso rifiuto dei capisaldi della teoria "formale", incapace di delimitare in modo soddisfacente i limiti della responsabilità per omesso impedimento dell'evento[11]. Il ricorso ad un criterio sostanziale di individuazione delle regole comportamentali non troverebbe alcun ostacolo neppure nella richiesta

---

[8] Sul punto I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 72, nota 17.

[9] Cfr. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 90, il quale sottolinea che «sul binomio potere (Können) – dovere (Sollen) è imperniata tutta la problematica del "microcosmo" della colpa»; ma analoghe, considerazioni valgono, a ben vedere, anche in riferimento alla condotta omissiva guardata nel solo aspetto oggettivo.

[10] Si rinvia sul punto a F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., spec., pp. 118 e ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 1 e ss. e 129 e ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., pp. 184 e ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi,* cit., spec., pp. 180 e ss..

[11] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 123-127.

"giuridicità" dell'obbligo di impedimento: il requisito in questione, infatti, potrebbe essere inteso anche nel senso di un rinvio a regole che la legge considera giuridicamente vincolanti, a prescindere dalla loro fonte e dal loro procedimento di formazione[12]. L'elemento decisivo della ricostruzione *de qua* è rappresentato dal riferimento all'art. 43, terzo comma c.p., che contiene la definizione di delitto colposo: la disposizione in questione dimostrerebbe chiaramente che quando il legislatore ha voluto descrivere una fattispecie in cui si incontrano un dato normativo, costituito dalla trasgressione di una regola comportamentale (negligenza, imprudenza, imperizia), ed un dato naturalistico, rappresentato dall'evento, ha attribuito rilevanza decisiva non tanto alla fonte della regola e, dunque, alla sua giuridicità formale, quanto piuttosto al fine di prevenzione che caratterizza la regola medesima, individuata mediante i due criteri della prevedibilità e della evitabilità[13]. I medesimi criteri di individuazione della regola di comportamento devono valere anche in riferimento all'art. 40, secondo comma c.p.: se infatti si ritenesse che quest'ultima disposizione imponga di attenersi ad un criterio di mera giuridicità formale, ne deriverebbe un'inammissibile discrepanza tra fatto commissivo mediante omissione e fatto colposo: poiché, infatti, l'accertamento di un'omissione risulterebbe di regola più complesso rispetto a quello della colpa, per un soggetto incerto sulla sua posizione di destinatario di un obbligo giuridico di impedire l'evento, la scelta più conveniente risulterebbe quella di restare inattivo, per non incorrere in una responsabilità per reato colposo di azione[14]. *Ergo*: gli artt. 43, terzo comma c.p. e 40, secondo comma c.p. dovrebbero avere i medesimi presupposti fattuali di operatività, rappresentati dallo svolgimento di un'attività positiva pericolosa o dall'investitura di una posizione di garanzia; ed entrambe le tipologie di regole cautelari andrebbero

---

[12] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 135. Del resto, si osserva, le norme comportamentali la cui trasgressione integra una fattispecie omissiva prevista espressamente dalla legge, non presentano alcun carattere comune, neppure relativamente alla fonte da cui hanno origine; di conseguenza, al «al famoso carattere di "giuridicità" della norma d'obbligo» contenuto nell'art. 40, secondo comma c.p. e tradizionalmente interpretato come un rinvio a fonti di tipo formale, «*non può essere attribuito alcun ruolo generale, nel nostro sistema, nel definire la categoria "omissione", ma soltanto un ruolo specifico, in ordine al procedimento di assimilazione*, in ordine – cioè – alla creazione interpretativa della fattispecie del "reato commissivo mediante omissione» (p. 94, corsivo dell'Autore).

[13] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 130.

[14] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 131-132. Critico sul punto G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 103, che rileva come nel caso in cui il soggetto si attivi, ma realizzi un atto di salvataggio maldestro che non riesca nell'intento di impedire l'evento, l'eventuale rimprovero a titolo di colpa avverrà pur sempre in riferimento ad una condotta omissiva, a nulla rilevando il mero dato naturalistico dell'avvenuta "attivazione" da parte del soggetto obbligato. Come si cercherà di chiarire in seguito (Cap. III, § 1), la "convenienza" a restare inattivi piuttosto che avventurarsi in un tentativo di salvataggio con scarse possibilità di successo, potrebbe derivare non tanto dalla diversa fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento rispetto a quello di diligenza, ma piuttosto dai diversi criteri che presiedono all'accertamento del rapporto di causalità in presenza di una condotta omissiva rispetto a quelli che operano a fronte di un'azione in senso stretto.

individuate secondo i parametri della prevedibilità e dell'evitabilità[15]. Ma le cadenze caratteristiche della teoria formale, sebbene cacciate dalla porta principale, trovano sempre un ingresso secondario per fare rientro. Così, si ha cura di precisare che nel momento genetico della posizione di garanzia ("fenomenologia della creazione in astratto di una posizione di garanzia") è pur sempre alla legge (o alla Costituzione) che dovrà farsi riferimento per rintracciare quella relazione di vincolo tra un soggetto ed un bene tale per cui il "garante" è reso funzionale alla tutela del bene stesso[16]. Ed anche al contratto viene assicurato un ruolo importante, sebbene il suo intervento sia "limitato" alla "fenomenologia della disciplina in concreto" di una posizione di garanzia già creata, trasferita dal garante originario ad un soggetto delegato[17].

Analoghe considerazioni valgono in riferimento all'indagine svolta da Fiandaca, che pure ha tentato una ricostruzione dei reati omissivi costruiti mediante il riferimento all'art. 40, secondo comma c.p. su basi sostanziali. Per una corretta individuazione delle "posizioni di protezione" di un certo bene da tutti i pericoli che possano minacciarne l'integrità, si ritiene indispensabile, in maniera ineccepibilmente conforme alle premesse da cui si muove, la presenza congiunta di due requisiti: l'incapacità, totale o parziale, del soggetto titolare del bene protetto di provvedere autonomamente alla tutela del bene stesso, e la sussistenza di un rapporto di protezione tra il "garante" e il "garantito". Ma la ricerca della "relazione di protezione" posta a fondamento della posizione di garanzia in questione avviene, in ogni caso, assumendo quali punti di riferimento la legge e il contratto (*rectius*: l'atto di "assunzione consensuale" da parte del garante)[18].

La realtà è che, in un ordinamento retto dal principio di stretta legalità in materia penale, i criteri sostanziali non possono, per la contraddizion che nol consente, assumere il ruolo di autentiche alternative rispetto ai criteri formali nell'individuazione dell'obbligo di impedimento dell'evento. Essi possono funzionare, al più, come "correttivi", ai quali ricorrere per evitare che la giuridicità formale degeneri in formalismo cieco.

A ben vedere è piuttosto consueto rivenire all'interno dell'ordinamento "meccanismi di difesa" contro possibili degenerazioni formalistiche, che, in particolare, intervengono laddove, pur realizzandosi tutti i requisiti necessari per l'applicazione di una particolare disciplina, non risulti superata una certa "soglia di rilevanza".

---

[15] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., p. 161.

[16] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., spec. pp. 199-201.

[17] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 190-198. L'Autore ritiene decisiva la distinzione tra la *fenomenologia della creazione in astratto* di una posizione di garanzia, alla quale riconduce gli atti o fatti che costituiscono *ex novo* una posizione di garanzia, e la *fenomenologia della disciplina in concreto* di una posizione di garanzia, che attiene invece alla trasferibilità della stessa dal garante originario ad altro soggetto.

[18] G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit. pp. 172 e ss..

In diritto penale il meccanismo "antiformalistico" per antonomasia emerge chiaramente in quelle ricostruzioni che, sia pur in vario modo, valorizzano il momento sostanziale dell'offesa all'interesse tutelato[19]. Il caso di scuola, divenuto ormai proverbiale, del "furto" del chiodo arrugginito riassume egregiamente l'ordine di considerazioni cui si fa riferimento: perché un fatto costituisca reato è necessaria, ma da sola non sufficiente, la corrispondenza allo schema descritto dal tipo astratto, la quale deve risultare completata dal requisito "sostanziale" rappresentato dall'offesa all'interesse tutelato. Anzi: a voler essere fino in fondo coerenti con le (condivisibili) premesse rapidamente riassunte, dovrebbe concludersi che l'offesa rappresenti un autentico elemento costitutivo del fatto oggettivo di reato, che non solo deve trovare perfetta corrispondenza nell'oggetto del dolo, ma che contribuisce già alla stessa definizione di tipicità del fatto. Non pare quindi corretto evidenziare un possibile scarto tra "tipicità" ed "offesa", dovendosi forse più correttamente ritenere che il fatto "inoffensivo" è già per questo "non tipico".

Analoghe preoccupazioni di tipo "antiformalistico", evidentemente, stanno alla base delle istanze sostanzialistico-funzionali in tema di obbligo di impedimento dell'evento: le espressioni di derivazione tedesca "obbligo di garanzia" e "posizione di garanzia", che nel linguaggio scientifico hanno ormai sostituito quella codicistica di "obbligo giuridico di impedire l'evento"[20], intendono ribadire, già a livello terminologico, l'insufficienza del dato "astratto" della giuridicità formale dell'obbligo e l'esigenza di considerare anche gli elementi che caratterizzano il fatto "concreto".

Si faccia riferimento, ad esempio, ai casi, ormai divenuti di scuola, relativi a possibili obblighi di impedimento derivanti da contratto. Per quanto possa apparire giustificata la preoccupazione secondo la quale mediante la rilevanza attribuita al contratto quale fonte dell'obbligo di impedimento si consentirebbe, in definitiva, che l'autonomia privata estenda in maniera incontrollabile l'ambito della responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, non sembra possa seriamente dubitarsi che in seguito al contratto concluso tra un escursionista ed una guardia alpina, sussista, in capo a quest'ultima, un obbligo giuridico di impedimento rilevante *ex*

---

[19] Senza alcuna pretesa di completezza si rinvia a M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., pp. 19 e ss.; G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XI, Torino, Utet, 1996, pp. 259 e ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1973, ora in *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 731 e ss., G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, III ed., Milano, Giuffrè, 2001, pp. 449 e ss.; A. FIORELLA, *voce Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 789 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 179 e ss.; S. VINCIGUERRA, *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – E. Paliero, Vol. II, pp. 2077 e ss. ; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, pp. 3 e ss..

[20] Si tratta per la verità di una terminologia che ha ormai trovato esplicito riconoscimento anche a livello normativo: di "posizioni di garanzia" parla ad esempio l'art. 299 del nuovo testo unico in materia di sicurezza sul lavoro (d.lgs. n. 81 del 2008).

art. 40, secondo comma c.p.. Ma da una rigida applicazione dell'equazione contratto = obbligo di impedimento dell'evento possono derivare conclusioni assai discutibili. Si pensi alla ormai celeberrima *baby-sitter* che, concluso un contratto valido con i genitori del bambino da accudire, non si presenti all'appuntamento lasciando il piccolo solo in casa; o che, al contrario, prenda in affidamento il bambino, ma sulla base di un contratto invalido. Accanto ad un formalismo che conduce a peccare "per eccesso", dunque, c'è anche il rischio di un formalismo da cui derivino soluzioni viziate "per difetto".

Come colmare il possibile scarto tra il piano astratto individuato dalla giuridicità formale dell'obbligo e quello concreto che tenga conto delle peculiarità del caso singolo? Il ricorso al concetto di "garante" non pare pienamente convincente.

L'incapacità del titolare del bene di difendersi autonomamente e, quindi, il rapporto di protezione-dipendenza che viene ad istaurarsi tra garante e bene tutelato[21], anche quando vengano impiegati "in aggiunta a" e non "in luogo di" criteri di derivazione formale[22], rappresentano, a ben vedere, meri indici dai quali desumere la *ratio* della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, ma che non assumono una reale portata euristica nell'individuazione della c.d. posizione di garanzia. Ciò che conta è unicamente la predeterminazione[23] dell'obbligo; circostanza dalla quale, se si vuole, si ricava che un certo bene è stato "affidato" a colui che ne diviene "garante" in un momento precedente rispetto all'insorgere della situazione di pericolo che attualizza l'obbligo stesso; ciò che, come già precisato, consente di spiegare, ma non di fondare la responsabilità per omesso impedimento dell'evento.

2.1. (Segue) Reato proprio e potere-dovere (= obbligo) giuridico di impedire l'evento.

Le considerazioni che precedono, a ben vedere, sono riferibili già al c.d. reato proprio[24], *genus* al quale appartiene la *species* rappresentata dal reato omissivo improprio. Sono infatti frequenti, nella definizione del reato proprio, considerazioni volte ad evidenziare la particolare relazione ravvisabile tra il "soggetto qualificato" e

[21] Sulla rilevanza dei requisiti in questione nell'individuazione della posizione di garanzia, per tutti, G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 130 e ss..

[22] G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 257.

[23] Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 76, la quale individua quale requisito implicito della posizione di garanzia proprio la preesistenza di quest'ultima rispetto al verificarsi del presupposto che rende attuale l'obbligo di impedire l'evento.

[24] Per una rassegna delle varie espressioni impiegate per definire i reati caratterizzati, secondo l'indicazione fornita dall'art. 117 c.p., da particolari "condizioni personali" richieste in capo al soggetto attivo, A. FIORELLA, voce *Reo*, in *Enc. giur.*, Vol. XXVI, Roma, Treccani, p. 3.

il bene giuridico tutelato. Così, quasi assegnando una preponderanza logica al bene rispetto alla qualifica[25], si ricerca nelle peculiari caratteristiche dell'interesse tutelato la "ragion d'essere" dell'introduzione, da parte del legislatore, di fattispecie a soggettività ristretta[26].

Di certo è difficilmente contestabile la sussistenza di un particolare rapporto tra il soggetto qualificato e il bene tutelato, tale per cui il primo si trovi nella condizione di poter offendere esso solo il bene stesso, o di offenderlo in condizioni del tutto peculiari o più favorevoli rispetto al soggetto sfornito della qualifica. Ma, si ripete, si tratta di una valutazione che, consentendo di individuare la *ratio* di un reato proprio, segue logicamente alla sua individuazione, senza contribuire ad essa in alcun modo. Al più la relazione in questione potrà venire in considerazione per valutare la compatibilità della scelta effettuata dal legislatore con il principio di uguaglianza/ragionevolezza[27], inteso – come è noto – non solo come uguale trattamento dell'uguale, ma anche come ragionevolmente diversificato trattamento del diverso. Se, volendo (e)semplificare, il legislatore sanzionasse penalmente "chiunque, avendo gli occhi verdi, cagioni la morte di un uomo" ci troveremmo pur sempre in presenza di un reato proprio, per l'individuazione del quale sarebbe sufficiente rilevare che "gli occhi verdi" costituiscono una caratteristica dell'agente,

---

[25] G. P. DEMURO, *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 864, al quale si rinvia per una completa rassegna delle opinioni relative alla "essenza" del reato proprio. In argomento v. anche la recente indagine di A. GULLO, *Il reato proprio*, Milano, Giuffrè, 2005, spec. pp. 1-120.

[26] G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 20: «Destinatari del comando che scaturisce dalla disposizione di legge che ipotizza un reato proprio, sono quindi coloro che si trovano con il soggetto passivo o con il bene tutelato nella posizione voluta dalla legge» (v. anche pp. 33 e 47); G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 18: «nella categoria che ci interessa sono state comprese tutte le fattispecie nelle quali il soggetto agente per effetto di qualità, stati, condizioni o situazioni che siano richiamati, esplicitamente o implicitamente quali elementi essenziali dalla norma incriminatrice, si trova in una particolare posizione – giuridica o di fatto – in confronto dell'interesse penalmente protetto». V. anche A. FIORELLA, voce *Reo*, cit., p. 5, il quale, pur avvertendo dei limiti insiti nella diffusa opinione secondo la quale andrebbe individuato un «collegamento privilegiato» tra la particolare condizione personale e il bene giuridico tutelato, ritiene corretto affermare che l'obbligo, cui spesso fa riferimento la condizione personale, si fondi su una specifica relazione di affidamento del bene al soggetto che versi in quella condizione. Nella manualistica: G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 158 i quali rilevano che l'etichetta di "reato proprio" serve a «sottolineare lo stretto rapporto intercorrente tra la speciale qualifica soggettiva rivestita dal soggetto, e il bene giuridico assunto a oggetto di protezione penale»; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 165-165, secondo i quali nel reato proprio «assume una specifica rilevanza la qualità o posizione del soggetto attivo, che vale a porlo in una particolare relazione con il *bene* protetto dalla norma»; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 94, per cui il reato proprio "dipende" da un particolare rapporto tra la qualifica soggettiva e l'interesse protetto dalla norma; M. RONCO, in AA.VV., *Il reato*, I vol., opera diretta da M. Ronco, Bologna, Zanichelli, 2007, p. 143, secondo cui «i reati propri postulano una relazione particolare tra una categoria di soggetti e i beni o interessi che entrano nella sfera di azione, protezione, o controllo della loro attività, focalizzando la violazione di un dovere funzionale».

[27] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 109 rileva che i reati propri non contrastano con il principio di uguaglianza se ed in quanto tutelino interessi tali da giustificare "ragionevolmente" la posizione più sfavorevole attribuita ai soggetti qualificati.

di tipo naturalistico, che preesiste rispetto al fatto di "cagionare la morte di un uomo", a nulla rilevando che la caratteristica in questione ponga il soggetto attivo in un rapporto particolare rispetto al bene giuridico tutelato. Nondimeno si tratterebbe di una fattispecie costituzionalmente illegittima, vista l'irragionevolezza del criterio impiegato dal legislatore per la selezione dei soggetti attivi del reato[28].

Dunque: *prima* si chiarisce se il legislatore ha introdotto o meno un reato "proprio"; *poi* ci si interroga sul suo fondamento giustificativo. E nel procedimento di individuazione del reato proprio l'elemento determinante è costituito dalla preesistenza della qualifica giuridica o naturalistica rispetto alla norma incriminatrice[29] (*rectius*: rispetto al verificarsi degli altri elementi da cui dipende l'applicabilità della fattispecie), attraverso la cui introduzione il legislatore ha operato una selezione tra i possibili soggetti attivi del reato. È dunque la **preesistenza della qualifica in funzione di limite dei possibili soggetti attivi** che costituisce il più sicuro criterio distintivo tra reati propri e reati comuni, capace di andare oltre le indicazioni meramente letterali.

Così, ad esempio, non sono riconducibili alla categoria del reato proprio né l'omissione di soccorso (art. 593 c.p.)[30] né l'appropriazione di cose smarrite o di tesoro di cui all'art. 647 numeri 1 e 2 c.p.[31], in quanto la pretesa qualifica di "ritrovatore" di una persona che versi in una delle situazioni descritte dall'art. 593 c.p. o di cose smarrite o di un tesoro si attualizza solo al momento dell'avvenuto ritrovamento. Nei reati di evasione (art. 385 c.p.) o di falsa testimonianza (art. 372

---

[28] Cfr. A. FIORELLA, voce *Reo*, cit., p. 4, il quale ritiene che, in generale, l'esistenza di elementi di fattispecie c.d. neutri quanto al valore è astrattamente concepibile, per quanto «la norma giuridica non dovrebbe esser posta per mero capriccio» e, quindi, dovrebbe selezionare e regolare i fatti in base ad un plausibile fondamento di ordine contenutistico. In ogni caso, con particolare riferimento alle condizioni personali, la completa neutralità di questi elementi si troverebbe inevitabilmente a constratare con l'art. 3, primo comma Cost..

[29] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 109. Rimarca il requisito della necessaria preesistenza della qualifica soggettiva anche M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 143.

[30] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 109, proprio argomentando dalla necessaria preesistenza della qualifica, esclude la natura di "reato proprio" del rato di omissione di soccorso: la pretesa qualifica di "ritrovatore di una persona pericolante", infatti, non preesiste alla norma dell'art. 593 c.p., «ma si acquisisce quale mero e concomitante riflesso del verificarsi del "ritrovamento", presupposto della condotta, e, quindi, con il e al momento del fatto tipico, onde detta norma si riferisce non ad una preesistente ed autonoma categoria di soggetti, ma a chiunque venga casualmente a trovarsi in tale situazione di fatto». Analoghe considerazioni in I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 58. Alla medesima conclusione perviene anche F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 238-239, sebbene sulla base dell'equivoco criterio per cui la qualifica soggettiva deve "aggiungersi" agli altri elementi del reato. *Contra*, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, *Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 167, il quale distingue tra «reati propri a struttura diretta», legati direttamente al possesso della qualifica normativa (per esempio: militare o cittadino) e «reati propri a struttura inversa», nei quali è da una determinata situazione di fatto, quale, appunto, quella descritta dall'art. 593 c.p., che deriva un obbligo particolare in capo a determinati soggetti.

[31] *Contra*, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933, p. 124 e, seppur ritenendo che non si tratti di una posizione di mero fatto, ma di una posizione giuridica, G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., p. 74.

c.p.), che secondo la nota classificazione carneluttiana rappresenterebbero ipotesi di "pseudolegittimazione"[32], la condizione di "arrestato o detenuto" e quella di "testimone", in effetti, preesistono rispetto alle condotte di "evasione" e di "falsa testimonianza"; manca però l'ulteriore requisito individuato in precedenza: la condizione personale, in queste ipotesi, non funziona da limite rispetto al possibile novero dei soggetti attivi, trattandosi di condotte che, naturalisticamente, possono essere realizzate solo da chi sia in possesso della qualifica[33].

Sebbene sia ormai pacifica l'affermazione per cui i reati omissivi costruiti mediante il ricorso alla clausola generale di cui all'art. 40, secondo comma c.p. rappresentino altrettante ipotesi di reati propri[34] (anche per salvaguardarne la natura di fattispecie "eccezionali") non sembra che dall'affermazione in questione si traggano sempre le necessarie conseguenze.

In effetti la preesistenza dell'obbligo e, dunque, il particolare rapporto tra omittente e bene tutelato, lungi dal rappresentare un correttivo sostanziale cui ricorrere per attenuare il rigidità di criteri giuridico-formali, è, al contrario, requisito ricavabile già dalla lettura dell'art. 40, secondo comma c.p.: non impedire un evento equivale a cagionarlo, ma *solo se* si aveva l'obbligo giuridico di farlo. Del resto, indipendentemente dalla soluzione che si ritenga di fornire all'annosa questione dell'effettiva efficacia causale di una condotta omissiva[35], non si è mancato di

---

[32] F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 119.

[33] Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. I, *La legge penale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 202, il quale ritiene che di "capacità speciale", in riferimento ai reati propri, può parlarsi solo per quei fatti giuridici rispetto ai quali una certa qualifica è necessaria per la rilevanza di ciò che naturalisticamente può essere realizzato anche da chi non possiede la qualifica medesima. Sembrerebbero del resto queste le ipotesi cui si riferisce F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 118-120, quando afferma che solo in certi casi la posizione dell'agente è isolabile dalla forma, «nel senso che la azione può essere compiuta tanto da chi si trovi quanto da chi non si trovi in quella posizione»: questo sarebbe, per esempio, il caso del reato di bigamia (art. 556 c.p.), visto che un matrimonio può essere contratto tanto da chi sia quanto da chi non sia unito in matrimonio. Nelle altre ipotesi la posizione non è indipendente dalla forma dell'atto, ma *inest in re*: così, appunto, non vi può essere evasione se non da chi sia arrestato o detenuto.

[34] Tra gli altri: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 130; G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 257; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impres*a, Firenze, Nardini, 1985, p. 37, nota n. 11; M. RONCO, in AA.VV., *Il reato*, cit., p. 143. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 60 e 80: L'Autrice (pp. 11-14), precisa come all'equivalenza tra reati omissivi e reati propri non possa essere attribuita rilevanza generalizzata che, in particolare, si estenda a ricomprendere anche i reati omissivi propri "comuni": nessun dubbio, tuttavia, sulla circostanza per cui l'equivalenza in questione valga per tutte le fattispecie di omesso impedimento dell'evento derivanti dall'applicazione dell'art. 40, secondo comma c.p.. *Contra*, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 253, secondo il quale l'obbligo giuridico richiesto dall'art. 40 cpv. può essere non solo professionale o d'ufficio (valevole solo per una classe o una categoria di persone) oppure speciale (valevole per un dato individuo), ma anche generale, in quanto valevole per tutti i cittadini.

[35] V. *infra*, cap. III, § 1.

rilevare il ruolo di "criterio selettivo" affidato dal legislatore all'elemento dell'obbligo giuridico di impedire l'evento[36].

Si tratta, a ben vedere, solo di un'ulteriore implicazione della natura normativa dell'omissione impropria, che impone il riferimento ad una norma diversa da quella incriminatrice dalla quale ricavare la sussistenza, in capo a particolari soggetti, di un obbligo giuridico di impedimento: ogni qual volta l'operazione in questione non sia richiesta dalla struttura della fattispecie incriminatrice siamo fuori dall'ambito applicativo dell'art. 40, secondo comma, c.p..

La preesistenza della qualifica soggettiva e, per essa, la selezione operata dal legislatore a livello di soggetto attivo del reato, possono riscontrarsi anche in alcuni reati omissivi propri: si pensi all'obbligo di denuncia del reato da parte del pubblico ufficiale (art. 361 c.p.) o dell'incaricato di pubblico servizio (art. 362 c.p.), oppure all'obbligo di referto per gli esercenti una professione sanitaria (art. 365 c.p.). Ma nei reati omissivi tipizzati direttamente dal legislatore mediante apposite fattispecie di reato questa caratteristica è solo eventuale, sebbene gli obblighi di attivarsi rivolti alla generalità dei consociati siano quantitativamente poco rilevanti[37]: la fattispecie tipo è rappresentata dal reato di omissione di soccorso (art. 593 c.p.), la quale, imponendo un obbligo solidaristico di soccorso a carico della generalità dei soggetti, rafforza la tutela di beni primari quali la vita e l'incolumità individuale e rappresenta la più paradigmatica ipotesi di "delitto omissivo naturale" (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla parabola del buon samaritano)[38]. Nei reati omissivi impropri, al contrario, la "soggettività ristretta" costituisce un elemento indefettibile e la preesistenza del rapporto che lega il soggetto qualificato al bene

---

[36] F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 168-169; F. CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, pp. 4-5. Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. VII, *Testo del nuovo codice penale con la Relazione a sua Maestà il Re del Guardasigilli (Rocco)*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1930, p. 84: «Sul riconoscimento di una tale figura di causalità indiretta [la causalità in presenza di una condotta omissiva: aggiunta nostra] vivo è il dibattito, ed il Progetto, tra le opposte teoriche, ha seguìto quella, che ritiene sussistente il rapporto di causalità; ma agli effetti penali ha limitato il valore di tale riconoscimento, dichiarando giuridicamente rilevante la sola ipotesi di non impedimento, che sia legata alla inosservanza di un obbligo giuridico».

[37] Sul punto I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 59-63, la quale opera una distinzione tra obblighi di garanzia, rilevanti *ex* art. 40, secondo comma c.p., e meri obblighi di attivarsi, caratterizzati dalla circostanza per cui i loro destinatari non sono forniti di poteri giuridici "impeditivi" di eventi lesivi e, inoltre, per il fatto che tra soggetto obbligato e bene tutelato non sussiste alcun preesistente e specifico rapporto giuridico: il soggetto è chiamato ad attivarsi per fronteggiare una situazione occasionale di pericolo per il bene. Sulla distinzione tra illecito omissivo attinente alla trasgressione di un obbligo di attivarsi rivolto a qualsiasi soggetto ed illecito omissivo in cui l'obbligo di attivarsi ha come destinatari solo soggetti qualificati, in una prospettiva storico-dommatica, F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 61-69. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. II, *Profili dogmatici, comparatistici e* de lege ferenda, Padova, Cedam, 1988, p. 767, riprendendo sul punto l'opinione di Nuvolone, ritiene invece che ogni reato omissivo proprio, compresa l'omissione di soccorso, può essere compiuti solo da determinati soggetti: anche quando non si tratta di reati propri in senso stretto, si tratta pur sempre di reati a numero di soggetti circoscritto.

[38] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Delitti contro la persona*, Padova, Cedam, 1995, pp. 223 e ss. riconduce l'omissione di soccorso alla categoria dei «delitti di omessa solidarietà».

tutelato costituisce la necessaria conseguenza del particolare obbligo individuato dall'art. 40, secondo comma c.p.: non un mero obbligo di attivarsi al verificarsi di certi presupposti (il medico deve stilare referto se presta la propria assistenza od opera in casi che possono presentare i caratteri di un delitto per il quale si debba procedere d'ufficio), ma un vero e proprio obbligo di tenere una condotta che il legislatore ritiene astrattamente in grado di "impedire" l'evento[39] (il bagnino deve impedire il verificarsi di eventi lesivi a carico dei bagnanti).

In conclusione: non è una peculiare connotazione "sostanziale" della situazione di garanzia, consistente nella sussistenza di un particolare rapporto di protezione tra il garante e il bene, che consente di qualificare come "propri" i reati omissivi impropri[40], ma, più esattamente, è la necessaria preesistenza dell'obbligo di impedimento dell'evento, quale si ricava dall'art. 40, secondo comma c.p., l'elemento che restringe il novero dei soggetti "omittenti" entro i limiti della soggettività ristretta.

In tema di reato proprio si distingue spesso tra "posizioni giuridiche" e "posizioni di fatto": le prime individuerebbero una situazione già regolata dal diritto, che attribuisce al soggetto un complesso di obblighi e di poteri; le seconde, al contrario, derivano da una situazione presa in considerazione unicamente dalla norma penale (non regolata altrimenti dal diritto), con la conseguenza che ad esse è del tutto estraneo ogni possibile problema di integrazione ad opera di norme differenti[41].

Ciò che accomuna la madre, soggettivo attivo del delitto di infanticidio, e il pubblico ufficiale è, ancora una volta, la preesistenza della qualifica soggettiva in funzione di limite. Ma, indubbiamente, ricorrere nella descrizione della fattispecie ad elementi normativi, pone problemi affatto peculiari. Per quel che qui interessa la qualifica soggettiva di tipo normativo rimanda, come già anticipato, ad un complesso di doveri e poteri che l'ordinamento attribuisce ad un particolare soggetto, in ragione del "ruolo" che lo stesso riveste e, quindi, della "funzione" che è chiamato a svolgere.

Si tratta indubbiamente di un dato significativo e caratterizzante la particolare categoria di reati propri di cui si sta trattando: lo dimostra il fatto che, con particolare riferimento al diritto penale dell'impresa, si è posta con sempre

---

[39] Sottolineano la "pregnanza semantica" del verbo "impedire", tra gli altri, O. VANNINI, *Quid iuris?*, cit., p. 560; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., pp. 200-201.

[40] Così, invece, G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., p. 257. L'Autore, indicando i criteri sostanziali in base ai quali è possibile selezionare, tra tutti i possibili obblighi di impedimento dell'evento, i soli che assumono il significato di obblighi di garanzia, pur rimarcando il carattere "speciale" dell'obbligo stesso, nel senso che deve gravare solo su alcuni soggetti e non sulla generalità dei consociati (p. 258) e, quindi, confermando che i reati omissivi impropri sono realizzabili solo da soggetti qualificati, attribuisce rilevanza decisiva proprio all'«esistenza di un particolare *rapporto di protezione* tra un soggetto (il garante) e un bene (o alcuni beni)» (corsivo originale).

[41] G. MAIANI, *In tema di reato proprio*, cit., spec. pp. 66 e ss..

maggiore evidenza la problematica relativa al riconoscimento dei c.d. soggetti di fatto, di coloro cioè che, pur sprovvisti di una valida investitura sul piano civilistico, esercitino una funzione (= complesso di doveri e soprattutto di poteri) corrispondente a quella di un soggetto qualificato[42].

Al riguardo, muovendo dall'idea che il reato proprio rappresenti un vero e proprio "reato funzionale", si è ritenuto che il soggetto qualificato è colui che, in un determinato momento che di solito corrisponde a quello del fatto di reato, eserciti la funzione tipica *in quanto titolare dei doveri e poteri specifici* la cui violazione e/o abuso rappresenta un elemento essenziale di una certa fattispecie, indipendentemente dalla qualifica formale rivestita[43]. Ciò consentirebbe di non cedere agli eccessi delle c.d. "teorie riduzionistiche" che, pretendendo di individuare i soggetti obbligati sulla base di un lato principio di "effettività", attribuiscono rilievo alla mera circostanza delle esercizio "fattuale" di certe attività[44]; giungendo per tal via ad individuare una posizione di garanzia anche a carico del soggetto che, seppur in pensione, continuava a frequentare il cantiere e a dare disposizioni agli operai[45] o in capo al carabiniere che, sebbene in licenza, non abbia impedito una violenza privata commessa in sua presenza[46].

In effetti, prescindere del tutto da un'indicazione formale della qualifica, valorizzando, ancora una volta, la particolare "capacità offensiva" della condotta rispetto al bene giuridico tutelato, comporterebbe, a tacer d'altro, un possibile contrasto con il principio di legalità in materia penale; ma accontentarsi, come requisito necessario e sufficiente, della presenza di una qualifica intesa in senso meramente formale riproporrebbe quell'alternativa tra "formalità" e "formalismo" cui si è fatto cenno in precedenza. La soluzione secondo la quale, rifacendosi alla lettera dell'art. 2639 c.c., va attribuita rilevanza all'esercizio di «poteri tipici» da parte del soggetto attivo sembrerebbe dunque assicurare la conformità del modello

---

[42] Sul punto, a seguito dell'introduzione dell'art. 2639 c.c., I. MERENDA, *«Esercizio di poteri tipici» e amministrazione "di fatto" nel nuovo diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, pp. 925 e ss. e I. MERENDA, *Art. 2639*, in *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, a cura di M. Ronco e S. Ardizzone, Torino, Utet, 2007, pp. 1982 e ss., con ampie citazioni bibliografiche.

[43] A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 115: da questa premessa deriverebbe che in caso di un lecito trasferimento di funzioni, del reato commesso dovrebbe rispondere il solo incaricato che, seppur sprovvisto della qualifica soggettiva extrapenalistica, risulta l'effettivo titolare dell'esercizio della funzione avente penalistico rilievo. Dello stesso Autore anche A. FIORELLA, *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in L. Conti (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, XXV vol. del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, Cedam, 2001, p. 39. Per un'analoga impostazione N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 121 e ss..

[44] S.U. pen., 1 luglio 1992, in *Riv. pen.*, 1993, pp. 177 e ss.. Per un'ampia rassegna della giurisprudenza che ha fatto applicazione del c.d. principio di effettività si rinvia a T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 22-28.

[45] Cass. pen., Sez. IV, 16 giugno 2004, in *Riv. pen.*, 2005, pp. 1264 e ss..

[46] Cass. pen., Sez. I, 5 maggio 1950, in *Giust. pen.*, 1950, I, cc. 872 e ss..

rispetto al principio di legalità, evitando, al contempo, degenerazioni formalistiche, con particolare riferimento a possibili patologie dell'atto di attribuzione della qualifica soggettiva[47].

Si tratta di una costruzione che sembra aver ricevuto significative conferme in materia di sicurezza sul lavoro, specie a seguito del riordino della materia effettuato dal d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008. Degna di segnalazione, ai fini del presente discorso, è l'introduzione della clausola di chiusura contenuta nell'art. 299 del testo unico che, sebbene rubricata "Esercizio di fatto di poteri direttivi" (a conferma, sembrerebbe, della persistente confusione tra le concezioni che valorizzano il mero esercizio di fatto di una certa attività e quelle che richiedono pur sempre un titolo giuridico che fondi l'esercizio di determinati poteri) dispone, con cadenze analoghe a quelle del già citato art. 2639 c.c., che le posizioni di garanzia individuate dall'art. 2 dello stesso decreto in capo al datore di lavoro[48], al dirigente[49] e al preposto[50] «gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare qualifica, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti»[51].

Tornando alla specifica tematica del reato omissivo improprio, si tratta, come ormai ampiamente chiarito, di un reato proprio in cui la "posizione" del soggetto attivo è disciplinata "altrimenti dal diritto". Anche in questo caso, dunque, la presenza di "poteri tipici" assume rilevanza decisiva. Se si considera la "posizione" complessiva assegnata dall'ordinamento al soggetto omittente, essa, per le considerazioni svolte in precedenza, risulterà costruita attorno ad una fitta trama di doveri e poteri giuridici, dalla quale, in definitiva, è possibile ricavare la posizione, o, se si vuole, il ruolo, assegnati ad un determinato soggetto: si pensi al complesso di doveri e poteri che l'ordinamento attribuisce ai genitori nei confronti dei figli. È all'interno di questa trama che deve trovare collocazione l'obbligo di impedimento dell'evento, il quale acquista una sua fisionomia non solo attraverso il riferimento al tipo di evento da evitare, ma anche al complesso di poteri e doveri impeditivi,

---

[47] Cfr. A. FIORELLA, *I principi generali*, cit., pp. 65-69.

[48] Art. 2, lettera b): «"datore di lavoro": il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa».

[49] Art. 2, lettera d): «"dirigente": persona che in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa».

[50] Art. 2, lettera e): «"preposto": persona che in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa».

[51] Sulle novità introdotte dal d.lgs. n. 81 del 2008 v. *Il commento* di N. PISANI, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 7, pp. 827 e ss..

consistenti in particolare nel **potere-dovere giuridico**, e non naturalistico, di vigilare sull'insorgenza del pericolo e di intervenire sulla situazione di pericolo in atto[52].

Il concetto di potere-dovere in senso giuridico sembra possa essere efficacemente chiarito mediante il richiamo alle elaborazioni civilistiche in tema di "potestà". La potestà è quella particolare situazione giuridica soggettiva caratterizzata dalla mancata coincidenza tra il soggetto che esercita un certo diritto e il soggetto titolare dell'interesse perseguito. Non a caso l'esempio tipico è costituito proprio dal rapporto intercorrente tra genitori e figli. Poiché il titolare della potestà esercita un diritto che non è proprio, non è libero nella propria iniziativa, ma deve costantemente perseguire l'interesse altrui. «Se dunque da un lato questa situazione giuridica soggettiva è senza dubbio attiva perché comporta l'attribuzione di un potere, dall'altro presenta un vincolo di fondo che spiega il motivo per il quale essa sia comunemente denominata *potere-dovere*: potere di esercitare l'altrui diritto ma dovere di esercitarlo avendo sempre come finalità la realizzazione dell'altrui interesse». E ancora. I poteri in questione possono essere più o meno intensi e, specie nel caso in cui la potestà derivi dalla legge, è possibile ravvisare un vero e proprio obbligo a carico del titolare di esercitare il potere al fine di perseguire determinati interessi altrui[53].

Mutatis mutandis e tornando al soggetto obbligato ai sensi dell'art. 40, secondo comma c.p.: il genitore, il medico, il bagnino, la guida alpina sono dotati dall'ordinamento di poteri giuridici che consentono loro di intervenire attivamente nella sfera giuridica altrui; la *ratio* di una simile attribuzione va ravvisata nelle particolarità che caratterizzano o il bene tutelato o il suo titolare. Non si tratta tuttavia di un potere che rileva in quanto tale, per il solo fatto della sua attribuzione, e che può liberamente essere esercitato da parte del suo titolare; esso, piuttosto, rileva solo in quanto elemento costitutivo di un vero e proprio obbligo impeditivo in capo al soggetto "garante".

Di conseguenza, ancora una volta, non si tratta del requisito costitutivo di una pretesa *Garantestellung*, più ampia rispetto al mero obbligo di impedire l'evento di cui all'art. 40 cpv. c.p. e fondata su presupposti di tipo sostanziale; si tratta piuttosto di un requisito di carattere giuridico-formale ricavabile già in via sistematica da una corretta analisi della categoria più generale dei reati propri e che

---

[52] Per un eplicito riferimento al concetto di potere-dovere quale fondamento della responsabilità omissiva nella giurisprudenza recente v. Sez. IV pen., 29 settembre 2005 (dep. 23 dicembre 2005), Sciortino, in *Cass. pen.*, 2007, spec. p. 149, con nota di G. IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*.

[53] F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, pp. 68-69.

consente di evitare quelle possibili degenerazioni formalistiche cui le teorie sostanziali hanno tentato di porre rimedio[54].

Semplificando: "si deve in quanto si può". Il potere giuridico, in altri termini, svolge una funzione strumentale rispetto all'obbligo di impedire l'evento, assicurando al contempo quel particolare aspetto della dominabilità che si è ritenuto di dover individuare nella predeterminazione dell'obbligo di impedimento e, si aggiunge ora, nella astratta possibilità per il soggetto agente di adempiere all'obbligo medesimo, proprio in quanto titolare del relativo potere giuridico.

2.2. L'obbligo di impedire l'evento tra potere giuridico e potere materiale di intervento.

Si è più volte precisato, anche se soltanto *per incidens*, che il potere cui occorre riferirsi nell'individuazione dell'obbligo di impedire l'evento è costituito, in primo luogo, da un potere in senso giuridico, inteso come astratto potere-dovere di intervento e di impedimento. Si tratta di una valutazione che, in altri termini, non prende ancora in considerazione il soggetto concreto e le concrete condizioni nelle quali lo stesso si è trovato ad operare e che, di conseguenza, va tenuta chiaramente distinta da quella relativa al potere naturalistico di intervento e di impedimento del soggetto astrattamente obbligato[55].

Proprio la confusione dei due piani sembrerebbero è stata spesso alla base di orientamenti rigoristici da parte della giurisprudenza in tema di reato omissivo colposo. Si ha infatti l'impressione che in molte pronunce il principio "si deve in quanto si può (giuridicamente)" è convertito in quello "si può (naturalisticamente), quindi si deve". Sembra la trasposizione, sul piano della responsabilità penale, logica del "superoe": "Da grandi poteri (naturalistici) derivano grandi responsabilità"[56]. Si

---

[54] Cfr. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., spec. pp. 74-79, la quale il ammette il riferimento terminologico alla "posizione di garanzia", a condizione però che la stessa venga ricondotta al principio di legalità formale: in questa prospettiva si conclude che l'obbligo di garanzia, per poter rilevare ai sensi dell'art. 40, secondo comma c.p., deve comportare, già in astratto, l'attribuzione al garante di specifici poteri giuridici di vigilanza e di intervento sulla situazione di pericolo, preesistenti al verificarsi della stessa. In questo modo si garantisce che non solo l'obbligo, ma anche il preteso vincolo di tutela che lega il garante al bene tutelato abbia natura giuridica.

[55] Per la distinzione tra potere giuridico e potere naturalistico-fattuale, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., spec. pp. 202 e ss.; v. anche p. 294, dove si sottolinea che valorizzare il potere naturalistico di intervento a tutela di un certo bene (attraverso il criterio della c.d. signoria sul fatto) significherebbe, in definitiva, attribuire rilievo ad una mera posizione di doverosità "morale", disattendendo in questo modo l'indicazione letterale fornita dall'art. 40, secondo comma c.p. mediante il requisito della giuridicità dell'obbligo di impedimento. Sul punto anche I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 75-78.

[56] Cfr. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 202, il quale rileva che «Altro è il potere, però, altro è rispondere per non averlo utilizzato. Solo per la violazione della norma etica si può ripetere incondizionatamente, secondo la vecchia massima del Loysel "*Qui peut et n'empêche, pêche*". Per la norma giuridica, invece, è essenziale che si stabilisca, adducendo eventualmente ulteriori argomenti, che essa abbia imposto effettivamente l'uso di quel potere a salvaguardia del bene».

è già rilevato, del resto, che a fronte di una negligenza del preteso omittente tanto evidente da divenire assorbente e da "compensare" eventuali incertezze in merito all'accertamento dell'elemento oggettivo del reato (obbligo giuridico di impedire l'evento e/o rapporto causale)[57], la circostanza che, ad esempio, il medico poteva, di fatto, effettuare la diagnosi corretta o somministrare la terapia adeguata o, comunque, "intervenire in qualche modo", fa passare in secondo piano l'indagine relativa al potere-dovere dello stesso medico di impedire un certo evento e, quindi, all'esatta definizione della condotta doverosa e all'efficacia impeditiva di quest'ultima. E si anche fatto cenno alla tendenza, specie giurisprudenziale che, nell'ambito del diritto penale dell'impresa, esasperando una logica "fattuale", attribuisce rilievo alla mera ed occasionale ingerenza del soggetto privo della qualifica formale[58].

Con ciò, beninteso, non si intende negare *tout court* rilevanza al potere di fatto di intervenire e, quindi, di impedire l'evento. La sua valutazione, tuttavia, va tenuta distinta dall'individuazione del potere-dovere giuridico di intervento, presupposto primo ed irrinunciabile per fondare la responsabilità per omesso impedimento dell'evento.

A tal proposito si è ritenuto di dover distinguere tra le ipotesi in cui il soggetto sia titolare dell'obbligo giuridico di impedimento a titolo originario, in quanto lo stesso deriva direttamente dalla legge, e i casi in cui il soggetto sia titolare dell'obbligo giuridico di impedimento solo a titolo derivato, in quanto lo stesso gli è stato trasferito tramite contratto[59].

Nel caso di c.d. garante a titolo originario la distinzione tra poteri impeditivi giuridici e materiali non rileverebbe sul piano dell'individuazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. I poteri impeditivi, infatti, sono attribuiti unitariamente dalla legge, nel senso che l'obbligo di impedimento dell'evento comporta, ancor prima, l'obbligo di mettersi nella condizione (materiale) di esercitare il potere-dovere in questione[60]. Il mancato esercizio dei poteri di fatto, dunque, rileverebbe al più sul piano dell'elemento psicologico del reato, potendo in particolare escludere la colpa dell'omittente per mancata evitabilità dell'evento dannoso o pericoloso. Così, se un bambino è vittima di un incidente in casa, nessun dubbio sussiste sulla configurabilità in capo al genitore di un obbligo giuridico di

---

[57] *Retro*, Cap. I, § 5.

[58] V. *supra*, § precedente.

[59] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., pp. 190 e ss., nell'esame delle fonti da cui può derivare una posizione di garanzia penalmente rilevante, attribuisce rilievo fondamentale alla distinzione tra la *fenomenologia della creazione in astratto* di una posizione di garanzia, alla quale riconduce gli atti e i fatti che danno vita ad una posizione di garanzia, nell'istante in cui si realizzano certe condizioni tipicizzate nell'atto normativo ovvero si manifestano certe realtà; e *fenomenologia della disciplina in concreto* della stessa posizione, che attiene invece alla trasferibilità dei poteri e dei compiti riguardanti il soggetto originariamente garante da costui ad altra persona (v. anche *supra*, nota n. 17).

[60] V. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 267.

impedire l'evento, indipendentemente dal fatto che questi fosse o meno in casa al verificarsi dell'incidente (a meno che non manchi addirittura la coscienza e volontà della condotta[61]). Sarà poi in sede di valutazione della colpa che occorrerà accertare la prevedibilità e, soprattutto, l'evitabilità dell'evento da parte del soggetto omittente.

Diversamente nell'ipotesi di c.d. garante a titolo derivato. In questo caso, infatti, potrebbe ipotizzarsi una scissione tra titolarità astratta del potere giuridico di intervento e possibilità materiale di impedire eventi di un certo tipo. O meglio: la materiale possibilità di intervento diverrebbe condizione di perfezionamento del trasferimento dell'obbligo e, quindi, della sua operatività. Così, se i genitori escono di casa nonostante la *baby sitter* incaricata non si sia presentata all'orario concordato, la mancata assunzione di una "signoria di fatto", impedisce che si realizzi il trasferimento dell'obbligo e, quindi, che dell'obbligo stesso divenga titolare la *baby sitter* con conseguente effetto liberatorio per i genitori[62].

La distinzione in questione, in realtà, non sembra pienamente convincente. A ben vedere ciò che rileva non è tanto che il "garante" sia obbligato a titolo originario o delegato, ma, piuttosto, che dalla ricostruzione del potere-dovere giuridico di intervento possa ricavarsi anche l'obbligo di porsi nella condizione materiale di adempiere o se, piuttosto, la "signoria di fatto" rappresenti la condizione cui sono subordinati il perfezionamento o la concreta operatività dell'obbligo di impedimento[63].

---

[61] *Infra*, § successivo.

[62] I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 268-269, precisa che l'effettivo trasferimento dei poteri non coincide necessariamente con il crearsi di una situazione di vicinanza anche fisica tra il soggetto obbligato e il bene tutelato: l'esempio è quello dell'infermiere contrattualmente obbligato, previa consegna da parte dei parenti delle chiavi dell'appartamento, a recarsi in orari predeterminati presso l'anziano infermo per somministrargli i medicinali necessari.

[63] La stessa I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 138, a proposito della responsabilità degli appartenenti alle forze dell'ordine per mancato impedimento di un reato commesso da altri (si tratta dunque di "garanti a titolo originario"), osserva come «il problema della configurabilità del concorso omissivo nel reato non impedito si pone […] unicamente con riferimento a situazioni di fatto, rispetto alle quali l'obbligato abbia la capacità effettiva di intervenire. Peraltro, ciò non riguarda la configurabilità in astratto dell'obbligo di garanzia, bensì il profilo concreto della "possibilità (materiale) di impedire l'evento"». Non distingue tra "garante" originario e "garante" a titolo derivato A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 203, che individua, in generale, nel non-poter impedire in concreto l'evento del reato un limite interno alla concreta operatività dell'obbligo di intervento pur astrattamente configuratosi. Nei casi in questione, a ben vedere, non ha molto senso parlare di un obbligo di impedimento che, pur configuratosi in astratto, sarebbe tuttavia privo di concreta operatività: più corretto, sembrerebbe, ritenere *tout court* che il potere materiale di intervento in relazione alla situazione concreta rappresenti un elemento che contribuisce alla stessa individuazione dell'obbligo di impedimento.

3. B) La possibilità di agire diversamente. La suitas *dell'azione e dell'omissione colpose: colpa dell'atto e colpa per il fatto.*

La rilevanza di un potere "materiale" del preteso "garante" potrebbe in realtà porsi anche su un piano differente nell'individuazione della condotta omissiva e più esattamente quando si tratti di verificare il requisito della coscienza e volontà della condotta richiesto dall'art. 42, primo comma c.p.. In effetti, quale secondo aspetto della dominabilità nell'omissione si è ritenuto di individuare proprio la "possibilità di agire diversamente" che consiste nella possibilità per il soggetto di tenere una condotta conforme al modello di comportamento predisposto dal legislatore.

È opinione ormai comune quella per cui ai fini dell'integrazione del requisito in questione non è necessario che la coscienza e volontà siano "attuali", che consistano cioè in un impulso cosciente della volontà diretto, nel caso dell'omissione, a conservare lo stato di inerzia; ma è sufficiente che la coscienza e volontà siano "potenziali", con la conseguenza che sono attribuibili al soggetto anche quelle condotte che, appunto, potevano essere dominate mediante l'attivazione di poteri di impulso e di inibizione[64]. Risultato al quale si è pervenuti soprattutto per risolvere le problematiche poste dalla colpa in generale e dall'omissione colposa in particolare, nelle quali manca il più delle volte un atto volontario nel senso psicologico del termine: si pensi alla ben nota disputa sorta attorno al fondamento della rilevanza penale degli atti c.d. automatici o delle omissioni dovute a dimenticanza.

«"Domina*bilità*" invece di "dominio" della volontà, "calcola*bilità*" invece di "coscienza" in atto, "*potenziale*" coefficacia delle energie mentali-spirituali invece di "partecipazione della psiche": ecco dunque, in sintesi, in che cosa dovrebbe essere visto, *oggi*, il "presupposto minimo" del concetto di azione, nella sua funzione di spartiacque tra ciò che possiede il "decisivo momento umano" e il "carattere" di azione, e ciò che invece appartiene solo al "pre o sub-umano"»[65]. Nuovi predicati deontico-relazionali, dunque, che vanno ad arricchire di ulteriori giudizi di tipo ipotetico-normativo lo schema del reato omissivo colposo. Del resto, come già precisato, è stato proprio lo studio della colpa che ha contribuito in maniera rilevante alla sostituzione della equazione "illecito penale = atto volontario" con quella "illecito = atto dominabile dalla coscienza e volontà"[66].

Anche nel reato commissivo e/o doloso, del resto, alla c.d. *suitas* va riconosciuto il fondamentale ruolo di cerniera tra elemento oggettivo ed elemento

---

[64] Per un corretto inquadramento della problematica dell'"elemento interiore o morale" dell'azione restano fondamentali le pagine di F. ANTOLISEI, *Sul concetto di azione nel reato*, in *Riv. pen.* 1925, I, pp. 505 e ss., *L'azione e l'evento*, cit., pp. 33-71, *La volontà nel reato*, cit., pp. 233 e ss.., *Manuale di diritto penale*, cit., p. 338. V. anche M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., pp. 80-81; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 297; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 421; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. II, cit., pp. 987 e ss..

[65] G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., p. 193.

[66] G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 194-199.

soggettivo del reato[67], come conferma la stessa collocazione topografica dell'art. 42 c.p., tra la disciplina del rapporto di causalità e quella dell'elemento soggettivo. Particolarmente convincente risulta in proposito l'opinione di chi, senza negare che, sul piano dell'analisi strutturale, la coscienza e volontà rappresentino il segmento iniziale tanto della condotta dolosa quanto di quella colposa o preterintenzionale, nega che l'art. 42, primo comma c.p. sia disposizione meramente riassuntiva di requisiti dell'elemento soggettivo già ricavabili *aliunde*[68]: sul piano sistematico, infatti, la *suitas* non appartiene all'elemento psicologico del reato, ma, piuttosto, al fatto oggettivo, perché «se manca la coscienza e volontà, l'atto non è riferibile al soggetto come persona umana», con la conseguenza che «se si giunge ad una conclusione negativa sull'esistenza della coscienza e volontà, ogni indagine successiva sulla presenza del dolo o della colpa è assolutamente superflua»[69].

In effetti, la formulazione dell'art. 42, primo comma c.p. pare sufficientemente chiara, almeno riguardo all'elemento del reato cui riferire l'accertamento della coscienza e volontà. Se infatti «Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà», è evidente che l'accertamento della c.d. *suitas* deve essere preceduta dall'individuazione della condotta tipica o, meglio, del comportamento del quale si pretende di verificare la tipicità[70].

Nei reati commissivi causalmente orientati è necessario in proposito distinguere tra fattispecie dolose e fattispecie colpose: nelle prime, infatti, l'atto tipico rispetto al quale la coscienza e volontà vanno accertate è l'ultimo prima del quale si attivi un processo causale non più controllabile da parte del soggetto agente[71]; nelle seconde, invece, l'atto che dovrebbe essere sorretto da coscienza e

---

[67] Tra i tanti A. NAPPI, *Guida al codice penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 199. Del resto la rilevanza attribuita al "fine" già in sede di individuazione dell'azione penalmente rilevante, ad opera del finalismo di derivazione tedesca o, in Italia, del teleologismo di Bettiol, deriva proprio dalla presa d'atto che la condotta, in quanto, "umana", non possa prescindere da considerazioni di tipo "soggettivo" che valgano a differenziarla da un mero accadimento naturale: si rinvia sul punto all'indagine critica di A. DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente*, cit., pp. 20 e ss., il quale perviene alla conclusione per cui la *contaminatio* fra il concetto di "condotta" e quello di "colpevolezza" conduce ad un autentico stravolgimento del sistema.

[68] Secondo F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 296 l'art. 42, primo comma c.p. non introduce un requisito autonomo (riferito alla condotta), ma un elemento che rientra nella colpevolezza; e, coerentemente con le premesse, sostiene, in una prospettiva *de iure condendo*, l'opportunità di una sua soppressione accompagnata da più esaurienti definizioni di dolo, colpa e, eventualmente, preterintenzione.

[69] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 68 e *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., p. 5. L'Autore perviene a queste conclusioni a seguito di un *iter* piuttosto "travagliato", le cui fasi fondamentali sono efficacemente riassunte da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 91-112.

[70] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 67 rileva in proposito che «la coscienza e volontà è l'elemento psicologico che deve sorreggere non l'intero fatto di reato, ma soltanto quella parte di esso necessaria per la riferibilità dell'atto al soggetto agente».

[71] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., pp. 73-74.

volontà sarebbe quello immediatamente precedente al momento in cui era possibile la rimozione di quanto rendeva l'evento prevedibile ed evitabile[72]: la coscienza e volontà, quindi, andrebbero accertate nel primo momento in cui sia possibile muovere al soggetto un rimprovero di negligenza o di imprudenza con riferimento concreto al tipo di evento che si è verificato[73]. Quest'ultima precisazione renderebbe facilmente inquadrabili i classici esempi del guidatore che si mette al volante senza controllare l'impianto frenante, nonostante già in precedenza avesse dato segni di deficienze nel funzionamento, ed investe un passante perché l'auto non risponde alla frenata; del guidatore che provoca un incidente a seguito di un malore di cui già aveva avuto manifestazioni evidenti; della madre che, nonostante sia a conoscenza del suo sonno agitato, dorme con accanto il suo bambino determinandone la morte per soffocamento[74]. La corretta individuazione del momento dell'*iter crimins* in cui va accertata la presenza della coscienza e volontà dimostrerebbe secondo alcuni l'inesattezza dell'assunto ormai tradizionale per cui il coefficiente psichico minimo dell'azione penalmente rilevante non consisterebbe in uno stato psichico "reale" ma solo "potenziale": assunto che si tradurrebbe in un'evidente forzatura del dato letterale e in un'inammissibile interpretazione analogica della norma penale[75].

Se il ruolo svolto dalla coscienza e volontà non pone di fronte a problemi di particolare rilievo per ciò che attiene ai reati commissivi dolosi, gli esempi proposti in tema di **reato commissivo colposo** e la soluzione degli stessi sulla base della formulazione della art. 42, primo comma c.p. evidenziano chiaramente i termini della questione: sebbene la premessa, di stampo hegeliano, per cui "azione è volontà che si realizza" abbia dimostrato la sua inconsistenza, almeno a fini penalistici, resta

---

[72] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., pp. 74-76.

[73] M. RONCO, in AA.VV., *Il reato*, cit., p. 117. G. MARINI, voce *Condotta*, cit., p. 22 parla più genericamente di «primo atto costitutivo della condotta», mentre A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 343 riferisce la coscienza e volontà ad un momento anteriore rispetto all'atteggiamento corporeo da cui deriva l'attivazione della catena causale che conduce poi all'evento, consistente nel momento in cui «il soggetto proietta nel mondo esterno quella volontà che risulta negligente, imprudente o imperita».

[74] Perviene sostanzialmente alle medesime conclusioni F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 298, il quale, pur senza distinguere tra fattispecie dolose e fattispecie colpose, rileva che nei reati commissivi è tipico non solo l'ultimo atto necessario ad attivare il processo causale senza che occorra un intervento ulteriore del soggetto, ma anche il primo degli atti causalmente orientati, come avviene proprio negli esempi del malore alla guida e della madre che soffre di sonno agitato.

[75] M. RONCO, in AA.VV., *Il reato*, cit., pp. 116-117 che, tuttavia, non sembra riuscire del tutto nell'intento di evitare quella confusione tra coscienza e volontà, da un lato, e colpa, dall'altro, che secondo l'Autore costituisce uno dei limiti più evidenti dell'impostazione tradizionale. La tesi era stata già sostenuta da M. SPASARI, voce *Condotta (dir. pen.)*, cit., p. 842, secondo il quale tra l'interpretazione letterale dell'art. 42, primo comma c.p. e la c.d. teoria della *suitas* non esisterebbe in realtà un'antitesi inconciliabile: esse, in effetti, sarebbero solo la conseguenza di un diverso modo di individuare «il momento più significativo dell'atto tipico: e mentre da alcuni si sottolinea quest'ultimo frammento della condotta, che talvolta non è cosciente e volontario, da altri si richiama l'attenzione sull'aspetto del comportamento che ha un più ricco significato sociale ed umano e più veramente esprime la consapevole personalità del soggetto. Se si coglie con esattezza il momento in cui esse funzionano, si noterà che la coscienza e la volontà della condotta non mancano mai».

irrinunciabile l'esigenza di definire quella "caratterizzazione soggettiva minima" che rende una condotta "umana" penalmente rilevante: la qualifica di azione od omissione può essere attribuita solo a quei "comportamenti" che si svolgono entro la sfera che il soggetto è in grado di dominare con i suoi poteri di impulso e di inibizione, ma l'indagine relativa al coefficiente psichico dell'azione va tenuta rigorosamente distinta da quella che riguarda più propriamente l'elemento soggettivo del reato[76].

È innegabile però che nel passaggio dall'affermazione di principio alla concreta definizione della linea di confine tra *suitas* e colpa le difficoltà si fanno evidenti. In particolare si tratta di riempire di contenuto il concetto di dominabilità che, come si è cercato di chiarire finora, rappresenta un contenitore destinato a restare privo di contenuto fino a quando non si chiarisca cosa deve essere dominabile (oggetto del giudizio) e alla stregua di chi deve esserlo (parametro del giudizio)[77].

In assenza di sicure prese di posizione al riguardo, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, sembra che un buon punto di partenza possa essere offerto dall'esame della casistica solitamente proposta in riferimento all'art. 42, primo comma c.p.. Se si pensa all'operaio che spinto giù da un'impalcatura da una folata di vento travolge un passante, all'automobilista che provoca un incidente a seguito del mancato funzionamento dell'impianto frenante o perché colto da un malore, o, infine, alla madre che soffoca nel sonno il suo bambino, sembrerebbe doversi concordare con chi ritiene che, nell'individuare i rapporti tra *suitas* e colpa in condizioni di reciproca autonomia, prima si ricerca un "poter essere", inteso, in senso naturalistico, come mera non-necessità della condotta tipica (*suitas*); poi si ricerca un

---

[76] Chiaro sul punto F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento*, cit., p. 34. V. anche M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 457; G. MARINI, voce *Condotta*, cit., p. 22; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 205.

[77] Pare quindi solo apparentemente condivisibile l'opinione di chi, come N. SELVAGGI, *Dominabilità dell'atto e comportamento colposo. Osservazioni su un rapporto non sempre chiaro*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 1221 e ss., muovendo dal presupposto della necessaria distinzione tra il piano della coscienza e volontà della condotta e quello della colpa, conclude che solo dopo aver riferito il fatto all'agente, accertandone l'ascrivibilità al medesimo in virtù della dominabilità del fatto, è necessario verificare se sussista anche «un coefficiente psicologico "personalizzante" che assicuri la "piena" dominabilità, sancendo la "definitiva" personalità dell'imputazione e della responsabilità penale». Come già chiarito nel testo, il rischio è quello di arrestarsi al livello di una mera affermazione di principio, priva degli strumenti che ne assicurino la concreta operatività e che consentano, in definitiva, di chiarire il significato del pur corretto riferimento al requisito della dominabilità. Per considerazioni analoghe v. anche M. GALLO, *La teoria dello azione "finalistica"*, cit., p. 238, secondo il quale, in sede di prima approssimazione, ben può dirsi che il requisito della coscienza e volontà sta a significare che l'agente poteva dominare la propria condotta; ma quando si intenda chiarire il significato di quest'espressione ci si accorge che dietro la sua apparente unitarietà si nascondono una serie di fatti giuridici, ciascuno autonomo rispetto all'altro e che si collocano tutti tra due estremi, costituiti rispettivamente dall'intenzionalità dell'atto e da una situazione di potere-dovere; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 89-90, che richiama l'attenzione sulla necessità di rispondere al quesito fondamentale: «a quali condizioni cioè l'ordinamento ritenga *possibile* (e doverosa) una volizione che l'agente, in realtà, non ha avuto» (corsivo originale).

non coincidente "poter essere", inteso, stavolta in senso giuridico, come capacità del singolo soggetto, valutata in riferimento ad un "dover essere" consistente nella contrarietà alla regola di diligenza oggettiva (colpa)[78].

Se tuttavia si procede con le possibili specificazioni della casistica appena ricordata, cui già in precedenza si è fatto cenno, è unanime la distinzione tra, ad esempio, il malore che coglie il guidatore in modo "improvviso ed inaspettato" e lo stesso malore preceduto da chiari sintomi premonitori[79]. In altri termini, la assoluta impossibilità di agire diversamente, valutata su un piano naturalistico, non pare da sola sufficiente: come correttamente evidenziato, la circostanza che colui che si pone alla guida sappia o non sappia di andare soggetto a svenimenti improvvisi non muta certo il dato naturalistico per cui, verificatosi lo svenimento, il soggetto resta privo di coscienza; quel che muta è solo la rilevanza giuridica del malore, la cui insorgenza durante la guida può essere rimproverata al soggetto solo nel caso in cui non fosse "improvvisa". Con la conseguenza che l'elemento decisivo ai fini della sussistenza del requisito richiesto dall'art. 42, primo comma c.p. è rappresentato non da un dato naturalistico (la perdita di coscienza), ma, piuttosto, dalla valutazione dello stesso in base ad un parametro normativo (la possibilità di impedire che la perdita di coscienza si verifichi nel corso della guida)[80]; con conseguente spostamento del giudizio su un piano squisitamente normativo.

Le considerazioni in questione, pur ampiamente condivisibili, non sembra possano essere generalizzate fino al punto di condurre ad una completa svalutazione del dato naturalistico[81]. Con ciò, si badi, non si intende affermare che i concetti di

---

[78] M. ROMANO, *Art. 42*, *Commentario sistematico*, cit., pp. 457 e 422.

[79] S.U. pen., 14 giugno 1980 (dep. 17 novembre 1980), Felloni, in *Cass. pen.*, 1981, p. 172 e p. 496, con nota di T. PADOVANI, *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo*. La Suprema Corte ha ritenuto che il (solo) malore improvviso, inteso come malore che insorge repentinamente e senza alcun segno premonitore e che determina la perdita o il grave perturbamento della coscienza, priva la condotta dell'agente dei caratteri tipici richiesti dall'art. 42, primo comma c.p.. Quest'ultima disposizione, precisa la pronuncia in questione, si distingue dall'ipotesi di caso fortuito presa in considerazione dall'art. 45 c.p., la quale fa riferimento ad una fattispecie in cui l'uomo, pur essendosi verificato un fatto a lui riferibile sia materialmente che psicologicamente, non ne risponde per l'intervento di un fattore causale imprevedibile. Neppure il malore improvviso potrebbe classificarsi come causa di esclusione della capacità di intendere e di volere del soggetto, la quale si riferisce piuttosto alla sua maturità psichica e alla sua sanità mentale. *Contra*, di recente, Cass. pen., Sez. IV, 20 maggio 2004, O., in *Cass. pen.*, 2005, p. 3847, secondo la quale il malore improvviso rappresenterebbe uno stato morboso, sebbene transitorio, riconducibile alla previsione dell'art. 88 c.p.; nello stesso senso Cass. pen., Sez. IV, 30 ottobre 2001, Bonanno, in *Riv. pen.*, 2002, p. 203. Per la giurisprudenza in materia di malore "improvviso" alla guida anche Cass. pen., Sez. IV, 2 ottobre 1984, Puleo, in *Cass. pen.*, 1986, p. 353; Cass. pen., Sez. IV, 27 aprile 1987, Boldrini, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1514; Cass. pen., Sez. IV, 5 dicembre 1988, in *Cass. pen.*, 1990, p. 485; Cass. pen., Sez. IV, 25 marzo 1988, Germani, in *Cass. pen.*, 1990, p. 297; Cass. pen., Sez. IV, 9 novembre 1989, Clemente, in *Cass. pen.*, 1991, p. 471; Cass. pen., Sez. IV, 7 luglio 1999, Scilipoti, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3299; Cass. pen., Sez. IV, 30 ottobre 1990, Lo Nigro, in *Cass. pen.*, 1992, p. 364;

[80] T. PADOVANI, *Una rimeditazione giurisprudenziale*, cit., p. 497.

[81] V. le osservazioni, di carattere generale, di G. MARINI, voce *Condotta*, cit., pp. 16-17 il quale, dopo aver rilevato che la concezione c.d. normativa della condotta è senz'altro quella da preferire,

"coscienza" e di "volontà" vadano intesi in senso rigorosamente psicologico. L'espressione impiegata dal legislatore e riferita all'azione e all'omissione sembrerebbe richiedere quale presupposto di imputazione la "libertà" dell'agente, materiale prima ancora che psicologica, di agire diversamente[82]: una *libertas a necessitate* che, dunque, va valutata anzitutto sulla base di coefficienti di tipo naturalistico-materiale e, ma solo eventualmente, integrata poi da coefficienti di tipo normativo.

Più precisamente, nell'ipotesi di reato commissivo colposo causalmente orientato, pur dovendosi ammettere che il collegamento soggettivo tra l'agente e la condotta sia integralmente normativo, il necessario punto di partenza per la sua esatta individuazione resta pur sempre la condotta inosservante che si pone sotto il profilo causale quale "antecedente decisivo" dell'evento e che, a ben vedere, è, proprio come nei reati dolosi, l'ultimo atto prima del quale viene avviato un processo causale non più controllabile da parte del soggetto. Solo quest'operazione preliminare, infatti, consente di verificare se la condotta inosservante sia stata o meno "necessitata" e, in caso di risposta positiva, di isolare il fattore "necessitante" (il malore, la folata di vento, il brusco movimento durante il sonno). A questo punto, al di là delle enunciazioni più o meno esplicite, è chiaro che la coscienza e volontà nei reati colposi vengono pressoché unanimemente ritenute sussistenti ogniqualvolta la (sola) insorgenza del fattore necessitante, che determina causalmente la condotta contraria alla regola cautelare, risulti prevedibile dall'agente concreto o, *rectius*, dall'agente che operava nella situazione concreta. Attraverso questa verifica ulteriore, infatti, è possibile individuare un seconda regola di condotta, diversa da quella che ha determinato causalmente l'evento lesivo, la cui inosservanza risultava evitabile da parte dell'agente proprio sulla base della prevedibilità dell'insorgenza del fattore stesso.

Esemplificando, ancora in riferimento al caso del guidatore che colto da malore durante la guida investe un passante. L'evento dannoso (investimento del passante) deriva causalmente dalla condotta consistente nel mancato arresto tempestivo del veicolo; la condotta in questione, tuttavia, si rivela materialmente necessitata, in quanto, a seguito della perdita di coscienza, il guidatore, come si ripete comunemente, *non agit sed agitur*; isolato il "fattore necessitante" (il malore) si tratta di verificare se la sua insorgenza era o meno prevedibile da parte dell'agente e,

---

precisa che essa presuppone necessariamente, quale dato di partenza cui applicare la qualifica, il momento naturalistico: l'azione e l'omissione che interessano al penalista, quindi, «sono esclusivamente quelle aventi "fisica avvertibilità" *ab externo* e "conformate" secondo gli schemi prefissati dal legislatore».

[82] Sia pure nell'ambito di ricostruzioni non del tutto coincidenti, evidenziano il collegamento tra la *suitas* e la possibilità materiale di agire diversamente sia M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica"*, cit., pp. 236-237 e *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 81 che G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 110-111.

quindi, se la condotta diligente antecedente (mettersi alla guida) era evitabile o meno (a seconda che ci fossero stati o meno sintomi premonitori).

Se, assumendo quale riferimento i risultati ottenuti dall'esame della casistica più frequentemente presa in considerazione, si tenta di enunciare una regola generale potrebbe concludersi che: nei reati commissivi colposi causalmente orientati, ogniqualvolta la condotta che vìola una regola cautelare e dalla quale deriva causalmente l'evento si riveli "materialmente necessitata", nel senso che il soggetto, in base ad una valutazione meramente naturalistica, non aveva alcuna possibilità di agire altrimenti, si tratterà poi di verificare se il fattore che ha reso "materialmente necessitata" la condotta fosse o meno prevedibile dal soggetto agente e, quindi, se fosse evitabile l'inosservanza antecedente.

Molti dei casi critici individuati in passato, muovendo da un'accezione psicologica del requisito della coscienza e volontà, non presentano quindi profili problematici: gli atti c.d. automatici (e, si può anticipare, le omissioni dovute a dimenticanza) sono coscienti e volontari per il solo fatto di non essere necessitati sotto il profilo naturalistico. In tutti in cui, viceversa, nel decorso causale che conduce al risultato vietato dall'ordinamento interviene un fattore necessitante, la prevedibilità del fattore stesso e l'evitabilità dell'inosservanza antecedente[83] sembrerebbero, come si è gi cercato di chiarire, i due elementi attorno a cui ruota il requisito della *suitas* nei reati commissivi colposi. La coscienza e volontà, confermando la natura di requisito ibrido cui è affidato la delicata funzione di raccordo tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato, viene in definitiva a coincidere «con la colpa dell'atto, che costituisce il primo gradino perché si possa parlare di colpa per il fatto, cioè per l'azione più l'evento»[84].

Si conferma in questo modo la sostanziale correttezza dei tentativi che, in presenza di una condotta "involontaria", vanno alla ricerca di un "comportamento volontario precedente". Non pare quindi pienamente condivisibile l'opinione per cui, modellandosi sullo schema logico dell'*actio libera in causa*, «la "fuga" verso l'atto volontario che precede quello privo di ogni sostrato psicologico, non ha fatto fare un

[83] La distinzione tra "evitabilità del fatto" ed "evitabilità dell'inosservanza" è evidenziata, seppur a fini differenti rispetto a quelli chiariti nel testo, da T. PADOVANI, *Una rimeditazione giurisprudenziale*, cit., p. 499. L'Autore, cercando di chiarire l'inquadramento sistematico del caso fortuito, ritiene che esso produca i suoi effetti proprio sul piano dell'evitabilità, elemento da cui dipende l'accertamento tanto della colpa generica quanto di quella specifica. Più esattamente sarebbe «proprio in rapporto al giudizio sull'evitabilità o inevitabilità dell'inosservanza che sembra emergere la rilevanza del fortuito», al quale andrebbero ricondotte tutte quelle circostanze interne all'agente "anormali", caratterizzate cioè dal loro manifestarsi improvviso ed imprevedibile e la cui presenza renda necessitata un'azione inosservante di una regola di diligenza obiettiva.

[84] M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica*, cit., p. 240, il quale però conclude in questo modo solo in riferimento agli atti automatici e alle omissioni dovute a dimenticanza. Ipotesi dalle quali in realtà, come detto nel testo, non sembrerebbero derivare imbarazzi particolari sotto il profilo della possibilità materiale di agire diversamente.

solo passo avanti al problema che intendeva risolvere»[85]. Il problema è piuttosto che il passo, spesso, è stato compiuto solo a metà; per cui, cedendo alla logica del "caso per caso", si è rinunciato all'individuazione dei criteri che consentissero di: a) chiarire se e quando la ricerca di un comportamento antecedente si rende necessaria; b) circoscrivere i contorni del comportamento antecedente penalmente rilevante; c) chiarire a quali condizioni l'ordinamento ritiene possibile e doveroso da parte dell'agente un comportamento diverso rispetto a quello tenuto.

L'*iter* logico-giuridico precedentemente proposto si pone proprio l'obbiettivo di esplicitare questi passaggi intermedi e, soprattutto, di chiarire che la presenza del coefficiente soggettivo dell'azione colposa va accertata mediante un giudizio che, muovendo dal dato naturalistico della "necessità" della condotta da cui causalmente è derivato l'evento, si sposti poi sul piano normativo, prendendo in considerazione anche le conoscenze dell'agente concreto.

A questo punto si tratta di verificare in cosa consista quella linea di confine tra la colpa, da un lato, e la coscienza e volontà, dall'altro, alla quale spesso si fa riferimento ma che raramente ha trovato precisa definizione[86]. La considerazione per cui «nelle fattispecie costruite in senso causale la tipicità dell'azione fa corpo con la sua colpevolezza»[87], infatti, è condivisibile nel senso che la forma di colpevolezza che viene in considerazione "retroagisce" sulla determinazione del coefficiente soggettivo della condotta, ma non anche, sembra, nel senso di ritenere che il coefficiente in questione coincida, per quel che qui interessa, con la colpa del soggetto agente.

In base alle considerazioni che precedono, e insistendo sulla distinzione tra "colpa dell'atto" e "colpa per il fatto", deve concludersi che la fondamentale differenza rispetto al giudizio che preside all'accertamento della colpa risiede non tanto nel parametro quanto piuttosto nell'oggetto del giudizio stesso. Nella *suitas*, infatti, il giudizio di prevedibilità riguarda il solo fattore necessitante, mentre quello di evitabilità si riferisce all'inosservanza antecedente. Nella colpa, invece, la prevedibilità e l'evitabilità vanno riferite all'intero fatto di reato: si pensi al noto esempio dell'automobilista che, superando i limiti di velocità, cagioni la morte di un ciclista ubriaco: la condotta è certamente cosciente e volontaria, ma non colpevole, se si accerta che l'evento si sarebbe comunque verificato anche osservando i limiti prescritti dal codice della strada.

È evidente che quando, come nell'esempio appena ricordato, la condotta contraria ad una regola di diligenza da cui è derivato causalmente l'evento non

---

[85] G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 54.

[86] Ovviamente la questione è stata risolta anche nel senso di ritenere che nessun regolamento di confini sia in realtà necessario tra la c.d. *suitas* e la colpa: v. per tutti, le osservazioni di G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., spec. pp. 108-109 e le conclusioni di G. Fiandaca – E. Musco, Diritto penale, cit., p. 563, per i quali «azione e colpa *stanno e cadono insieme*» (corsivo originale).

[87] M. GALLO, *La teoria dell'azione finalistica*, cit., p. 230.

risulti materialmente necessitata, *nulla quaestio*: i piani della *suitas* e della colpa appaiono sufficientemente distinti e distinguibili, in quanto viene rimandata interamente all'accertamento dell'elemento soggettivo propriamente detto la valutazione normativa del fatto di reato mediante i giudizi di prevedibilità e di evitabilità. Ma anche l'ipotesi, esattamente opposta, in cui la condotta si rivela materialmente necessitata risultando parimenti imprevedibile ed inevitabile il fattore "necessitante" non presenta difficoltà particolari: nonostante l'agente abbia violato una regola oggettiva di diligenza, la non dominabilità della condotta impedisce di procedere oltre nell'accertamento del reato e, più esattamente, di verificare la sussistenza della misura soggettiva della colpa. È invece nell'ipotesi intermedia che i rischi di sovrapposizione divengono più evidenti: se, infatti, la condotta risulta materialmente necessitata ma il fattore necessitante rientra nella sfera della prevedibilità del soggetto agente, con conseguente evitabilità dell'inosservanza antecedente, sembrerebbe che ciò esaurisca anche l'accertamento della colpa. Come già precisato, tuttavia, l'oggetto del giudizio di prevedibilità e di evitabilità caratteristico della colpa è più ampio, riguardando l'intero fatto di reato. Così, prevedibile dovrà risultare non il singolo "fattore necessitante", ma l'evento dannoso o pericoloso che si è materialmente cagionato il quale, tra l'altro, dovrà risultare del tipo di quelli che la regola cautelare mirava ad evitare; allo stesso modo dovrà accertarsi non che l'agente potesse evitare di mettersi nella situazione che ha poi reso materialmente necessitata la propria condotta, ma piuttosto, che il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito il verificarsi dell'evento. Un caso limite potrebbe essere il seguente: un soggetto, dopo aver guidato ininterrottamente per svariate ore, investe un ciclista a seguito di una perdita di coscienza; nonostante la condotta possa ritenesi cosciente e volontaria, l'evento potrebbe o non essere prevedibile, perché l'agente si trovava all'interno della sua proprietà privata, di solito deserta, nella quale il ciclista si era introdotto abusivamente; o non era evitabile, in quanto il ciclista è stato investito a seguito di una manovra tale che neppure in condizioni di coscienza avrebbe consentito un tempestivo arresto del veicolo. Fuori dagli esempi di scuola ciò che si intende sottolineare è che nel caso in cui, malgrado l'intervento di un "fattore necessitante", la condotta dell'agente risulti cosciente e volontaria, ai fini dell'affermazione di una responsabilità per colpa sarà pur sempre necessario procedere all'accertamento della prevedibilità e dell'evitabilità riferite all'intero fatto di reato.

Le considerazioni svolte in tema di condotta attiva sono riferibili anche all'**omissione colposa**. In quest'ultima ipotesi i contorni della condotta rispetto alla quale valutare l'incidenza del fattore necessitante vengono definiti, ancor prima che dalla regola di diligenza, dall'obbligo giuridico di impedire l'evento. Il ferroviere aveva l'obbligo di azionare il passaggio a livello ed ha omesso di farlo.

Si è rilevato, in realtà, che in caso di omissione colposa sussisterebbe una sostanziale coincidenza del c.d. dovere di garanzia con il dovere di diligenza: anche volendo ammettere la possibilità di distinguere concettualmente la "posizione di garante" e il "dovere di diligenza" (distinzione che tra l'altro consentirebbe di pervenire senza equivoci alla delimitazione dell'"omettere" rispetto all'"agire"), l'obbligo del garante non rileverebbe mai in quanto tale, come «generico obbligo di impedire la lesione del bene garantito», ma solo come omissione dolosa o colposa; e in questa seconda ipotesi il "non fare" rilevante è solo quello che contrasta con la pretesa a contenuto positivo discendente da una norma di diligenza. Il dovere del garante, dunque, sarebbe dovere di diligenza[88]. Rimandando al prosieguo dell'analisi la distinzione dell'obbligo di impedire l'evento e l'obbligo di garanzia[89], può dirsi fin d'ora che la colpa, così come ricavabile dalla definizione di delitto colposo fornita dall'art. 43 c.p., non si esaurisce nella sola inosservanza della regola cautelare, restando impregiudicata l'ulteriore indagine relativa alla riferibilità soggettiva di quella violazione all'agente concreto. Di conseguenza, pur volendo concordare – come in effetti pare preferibile – con l'affermazione per cui l'esatto contenuto della condotta doverosa omessa può essere individuato solo attraverso il riferimento alla regola cautelare che si assume violata, verificare la coscienza e volontà della condotta "negligente" non significa anche accertare la responsabilità "per colpa" del soggetto.

Ciò chiarito, va aggiunto che l'atto tipico rispetto al quale accertare il requisito della coscienza e della volontà deve essere individuato nell'ultimo dei comportamenti, diversi da quello doveroso, che il soggetto ha posto in essere prima che si renda impossibile l'adempimento dell'obbligo di fare[90]. In questo modo del resto, pur mantenendo fermo il carattere normativo dell'omissione, si attribuisce valore giuridico anche all'*aliud actum* del soggetto[91]. Una delle critiche più ricorrenti alla teoria dell'*aliud agere* si appunta sulla impossibilità di selezionare, tra le numerose e spesso innumerevoli azioni compiute dall'agente in luogo di quella doverosa, quella che possa costituire il substrato naturalistico dell'omissione. Di conseguenza la condotta diversa non avrebbe alcuna rilevanza per il diritto: «quello che l'individuo ha fatto nel momento in cui avrebbe dovuto agire (può essere andato a passeggio, può aver dormito e può anche essere rimasto a guardare) è così *indifferente* che il giudice non deve neppure accertarlo»[92]. Se tuttavia si abbandona il piano della ricostruzione ontologica dell'omissione per affrontare la "sola" questione dell'imputazione penale, ci si avvede come sia la stessa struttura dell'omissione che fornisce il criterio per selezionare quale, tra le "mille cose diverse" che il soggetto può

[88] G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 107-108.
[89] *Infra*, § 8.
[90] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 78.
[91] G. MARINI, voce *Condotta*, cit., p. 24.
[92] F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 140

aver fatto anziché adempiere all'obbligo giuridico di impedimento, abbia rilevanza per il diritto. L'omissione, infatti, postula sempre, per necessità logica, un termine entro il quale l'obbligo deve essere adempiuto[93]; muovendo da questa premessa deve quindi affermarsi che, come già anticipato, l'unica "condotta diversa" che interessa all'ordinamento è quella posta in essere nell'ultimo momento in cui si sarebbe potuta e dovuta tenere la condotta doverosa[94].

Attribuita in questo modo rilevanza naturalistica all'atto tipico che deve risultare cosciente e volontario, l'*iter* logico-giuridico da seguire è lo stesso che si è cercato di indicare in riferimento all'azione (in senso stretto) colposa, trattandosi, in particolare, di verificare se l'*aliud actum* penalmente rilevante risulti o meno "materialmente necessitato": se, ad esempio, il ferroviere non aziona per tempo lo scambio ferroviario si è in presenza di un'omissione penalmente rilevante qualora il soggetto, nell'ultimo momento utile per compiere l'azione doverosa, fosse intento a guardare la finale del campionato mondiale di calcio, ma non anche nel caso in cui si trovasse immobilizzato a seguito di una rapina compiuta ai suoi danni da un gruppo di malviventi.

Anche in caso di condotte omissive può accadere che l'insorgenza del "fattore necessitante" fosse prevedibile da parte del soggetto agente; di conseguenza, è individuabile, anche in questo caso, una condotta inosservante precedente che poteva essere evitata. Si pensi ancora una volta al solito ferroviere colpito dal solito malore, ben consapevole del fatto che le proprie condizioni di salute avrebbero potuto ostacolare il corretto svolgimento delle sue mansioni lavorative. La sussistenza della prevedibilità del "fattore necessitante" e della evitabilità dell'inosservanza precedente non esauriscono tuttavia l'accertamento dell'elemento soggettivo del reato: nell'esempio del ferroviere colto da malore, la prevedibilità dell'insorgenza del "fattore necessitante" potrebbe non essere accompagnata dalla prevedibilità dell'intero fatto di reato, nel caso in cui, per esempio, lo scambio poteva comunque essere azionato dal collega che di solito era di turno insieme a lui e che invece in quell'occasione aveva perduto i sensi a seguito di un'aggressione.

In conclusione, anche nel caso dell'omissione l'accertamento del requisito della coscienza e volontà richiede una sapiente combinazione tra dati di tipo naturalistico e dati di tipo normativo, per cui il "poter" agire diversamente (sul piano naturalistico) può essere valutato solo in riferimento al "dover" agire diversamente (sul piano normativo) determinato anzitutto mediante il riferimento all'obbligo giuridico di impedire l'evento.

---

[93] Sull'esistenza di un "termine" anche nei reati omissivi impropri in particolare I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, cit., pp. 142 e ss..

[94] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., pp. 77-78; I. CARACCIOLI, voce *Omissione (diritto penale)*, cit., pp. 897-898; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 298. Sull'esistenza di un "termine" anche nei reati omissivi impropri in particolare I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, cit., pp. 142 e ss.;

3.1. La natura giuridica del "fattore necessitante" per cui il soggetto non agit sed agitur*: la "forza maggiore fortuita".*

Si è cercato di esaminare il significato che assume il requisito della coscienza e volontà, evidenziandone la funzione di limite nell'individuazione di una condotta penalmente rilevante il quale, in particolare, garantisce, come specificazione del più generale concetto di dominabilità, che il soggetto risponda solo nel caso in cui sussista una reale capacità di "poter agire diversamente". Nell'indicare le cause che escludono la sussistenza della coscienza e volontà si è fatto finora generico riferimento al "fattore necessitante", in grado di comprendere tutte quelle situazioni che rendendo, appunto, necessitato l'agire o l'omettere del soggetto fanno sì che egli *non agit, sed agitur*.

Sembra potersi concordare con chi ritiene che le cause in grado di escludere la libertà di agire diversamente e, dunque, il coefficiente psichico della condotta, siano tutte riconducibili entro la più ampia categoria costituita dalla "forza maggiore", intesa nel suo significato letterale di *vis major cui resisti non potest*. Può trattarsi, più precisamente, di:

a) Forza maggiore in senso stretto, consistente in una forza esterna al soggetto che determina inevitabilmente quest'ultimo ad agire od omettere nel senso vietato dall'ordinamento.

b) Forza maggiore come risultato di una forza umana, ipotesi presa in considerazione dall'ordinamento con l'art. 46 c.p., sotto la rubrica di "costringimento fisico"[95].

[95] Secondo l'opinione tradizionale, infatti, l'art. 46 c.p. andrebbe riferito alle ipotesi di c.d. *vis absoluta*, intesa come violenza che annulla completamente la volontà dell'agente rispetto alla condotta posta in essere (la vittima *non agit, sed agitur*); essa si contrapporrebbe alle ipotesi di c.d. violenza morale, disciplinate dal già richiamato art. 54, terzo comma c.p. e caratterizzate dal fatto che la volontà dell'agente non è del tutto esclusa, pur risultando alterato il suo processo formativo. Una simile impostazione, tuttavia, non ha mancato di suscitare perplessità. Questa lettura, innanzi tutto, renderebbe l'art. 46 c.p. un inutile duplicato dell'art. 42, primo comma c.p., in quanto anche la responsabilità dell'autore della violenza deriverebbe già dai principi generali in materia di concorso di persone nel reato. Inoltre, se i rapporti tra l'art. 46 c.p. e l'art. 54, terzo comma c.p. dovessero essere ricostruiti nei termini esposti in precedenza, bisognerebbe ammettere che il legislatore non ha preso in considerazione tutte quelle forme di violenza, per così dire, "intermedie", che cioè non costituiscono una minaccia in senso tecnico, ma che non si traducono neppure in una coazione assoluta. Per questo si è ritenuto che l'art. 46 c.p. vada riferito, come suggerisce la stessa lettera della legge, alle ipotesi di violenza "irresistibile", rispetto alle quali non è "esigibile" un comportamento diverso da parte della vittima e che non sono limitate alle situazioni in cui non esista in fatto di resistere o si sottrarsi alla violenza. Mentre quindi chi subisce una minaccia sarà non punibile nei soli limiti individuati dallo stato di necessità, alla vittima di una violenza viene riservata una più ampia area di non punibilità, visto che il concetto di "irresistibilità" della violenza non necessariamente coincide con l'ambito applicativo dell'art. 54 c.p.: T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 121 e ss. e Id., voce *Costringimento fisico e psichico*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. III, Torino, Utet, 1989, pp. 211-212.

c) Forza maggiore che determina nel soggetto uno stato di incoscienza involontaria (si pensi, per esempio, al malore improvviso, al delirio febbrile, al deliquio, al sonnambulismo, ecc..)[96].

Se il requisito materiale dell'impossibilità di agire diversamente per l'intervento di un fattore necessitante viene completato dalla caratterizzazione soggettiva dell'imprevedibilità dello stesso, verrebbe quasi da dire che la coscienza e volontà della condotta sono escluse ogniqualvolta si accerti da una "**forza maggiore fortuita**".

Nonostante l'evidente affinità sotto il profilo linguistico, non sembra possa farsi utile riferimento alla forza maggiore e al caso fortuito presi in considerazione dall'art. 45 c.p.. L'ostacolo più evidente è senza dubbio quello di tipo sistematico: ritenere che il legislatore abbia voluto specificare con una clausola generale quale quella dell'art. 45 c.p. un requisito già richiesto *aliunde*, peraltro con una certa solennità, significherebbe condannare la disposizione in questione ad una *interpretatio abrogans*[97]: operazione ammissibile solo in quanto non sia possibile individuare un significato diverso che consenta all'art. 45 c.p. (o all'art. 42 c.p., a seconda dei punti di vista) di svolgere una funzione autonoma nell'ambito del sistema. C'è però anche un argomento letterale che, a nostro avviso, esclude la possibilità di ritenere che il caso fortuito e la forza maggiore di cui all'art. 45 c.p. costituiscano dei limiti all'individuazione di una condotta penalmente rilevante. I caratteri di "inevitabilità" e di "imprevedibilità", infatti, devono operare congiuntamente ai fini dell'esclusione della *suitas*, in quanto, come si è cercato di chiarire, il solo elemento della "irresistibilità", sotto il profilo materiale, del fattore intervenuto, non esclude la ravvisabilità di una condotta penalmente rilevante quando l'insorgenza del fattore stesso risultava prevedibile da parte dell'agente. In altri termini: una condotta penalmente rilevante non può ritenersi esclusa o dal caso fortuito o dalla forza maggiore, ma solo, eventualmente, dalla loro presenza congiunta.

Al contrario, l'impiego della disgiuntiva "o" nella formulazione dell'art. 45 c.p. («Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito *o* per forza maggiore»), indica chiaramente come la disposizione in questione presupponga la possibilità di un'applicazione disgiunta dei due istituti, escludendo la punibilità

---

[96] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 81. In senso sostanzialmente coincidente F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 299-300; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 118-119; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 423; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 213-214.

[97] G. MARINUCCI, *Il reato come "azione"*, cit., pp. 225-226, in realtà, attribuisce all'art. 42 c.p. una funzione "residuale", ritenendo che lo stesso faccia riferimento a tutte le "circostanze anormali" diverse dal costringimento fisico, dalla forza maggiore e dal caso fortuito, «la cui presenza possegga la riconosciuta attitudine a precludere o perlomeno a rendere più difficile, anche all'agente-tipo, il potenziale intervento regolatore della coscienza e della volontà, così da rendere necessitata o almeno condizionata la realizzazione di una concomitante attività "errata"». Sulla necessità di individuare una collocazione sistematica dell'art. 45 c.p. che non lo riduca a mero duplicato di altre disposizioni, in particolare, M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., pp. 63 e ss..

anche nel caso in cui un certo "fatto" sia prevedibile ma non evitabile, o, all'opposto, risulti evitabile ma non prevedibile.

Del resto è proprio l'impiego della disgiuntiva "o" che, escludendo, sul piano stilistico, la possibilità di ravvisare nell'accostamento dei due concetti (non un'endiadi ma piuttosto) una dittologia, ha consentito un differente inquadramento sistematico della forza maggiore e del caso fortuito. Così, se in riferimento alla forza maggiore assai raramente si è messo in discussione il suo ruolo di fattore che esclude il "potere di signoria" sulla condotta (*non agit, sed agitur*)[98], il caso fortuito ha conosciuto vicende più travagliate che, da istituto "senza patria"[99], lo hanno reso in qualche caso un istituto con "plurima cittadinanza"[100].

---

[98] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 403; M. ROMANO, *Art. 45*, *Commentario sistematico*, cit., p. 486; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 213; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 276; *Contra* F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 149-150, il quale individua tanto nel caso fortuito quanto nella forza maggiore delle cause di esclusione del rapporto di causalità materiale tra condotta ed evento, consistenti non solo in fattori sopravvenuti, ma anche concomitanti e preesistenti. V. anche A. SANTORO, *Il caso fortuito nel diritto penale*, Torino, Utet, 1965, pp. 289 e ss. e, in giurisprudenza Trib. Nocera Inferiore, 15 gennaio 2004, in *Giur. mer.*, 2004, pp. 2043 e ss.. Per una condivisibile critica a questa ricostruzione si rinvia a M. TRAPANI, *La divergenza*, cit., pp. 68-69. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 198 ha di recente sostenuto che la previsione della forza maggiore di cui all'art. 45 c.p. vada riferita alle sole condotte omissive: nei casi di azione in senso stretto, si sostiene, può venire in considerazione la sola impossibilità psico-fisica di intervenire sulla vicenda da cui è derivata l'offesa, riconducibile direttamente all'art. 42, primo comma c.p. (categoria entro la quale l'Autore colloca anche il caso della folata di vento); nel caso di condotta omissiva, per contro, anche quando non sia dato ravvisare una situazione propriamente riconducibile all'art. 42, primo comma c.p., può ipotizzarsi l'esistenza di un ostacolo esterno (incendio, alluvione, *blackout*) tale da impedire il compimento dell'azione doverosa: in queste situazioni interviene il (solo) art. 45 c.p., quale disposizione che "completa" il novero delle situazioni da cui dipende il mancato compimento dell'azione doverosa. Non pare tuttavia che la ricostruzione in questione colga pienamente nel segno. Anche nel caso in cui l'"omissione" sia dovuta all'intervento di fattori esterni (che in più siano "fortuiti" nel senso che si è cercato di chiarire) non v'è dubbio che manchi una condotta cosciente e volontaria nel senso richiesto dall'art. 42, primo comma c.p.: escludere il requisito in questione a seguito dell'intervento di un fattore necessitante non significa attribuire rilevanza ai soli fattori che agiscano sul "corpo" del soggetto (privandolo di coscienza o impedendone qualsiasi movimento), ma, più in generale, a tutti i fattori che impediscano "materialmente" di tenere una condotta diversa da quella in effetti tenuta.

[99] G. MARINUCCI, *Il reato come "azione"*, cit., p. 223. G. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli,* cit., p. 471 definisce il caso fortuito come «una figura enigmatica, tra causalità e colpevolezza».

[100] Il riferimento è alla riconosciuta polivalenza dommatica del caso fortuito, affermata, per esempio, da G. FIANDACA, voce *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, Torino, Utet, 1988, pp. 110-111 e da G. GREGORI, *Premesse storico-dogmatiche ad un'indagine sul caso fortuito*, in *Ind. pen.*, 1974, pp. 503 e ss.. Sulla tesi "causalistica" del caso fortuito, fondata sulla strutturale incompatibilità tra causalità e caso, A. MALINVERNI, *Il rapporto di causalità e il caso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, pp. 63-74; A. SANTORO, *Il caso fortuito*, cit., pp. 289 e ss.; A. SANTORO, voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. II, Torino, Utet, 1957, pp. 992 e ss.; A. PECORARO-ALBANI, voce *Caso fortuito (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 395 e ss. e *Caso e causalità*, in *Arch. pen.*, 1960, I, pp. 81 e ss..; F. GRISPIGNI, *Il nesso causale*, cit., p. 40. Peculiare la posizione di M. ROMANO, *Art. 45*, *Commentario sistematico*, cit., p. 486 che, pur ritenendo preferibile una "concezione oggettiva" del caso fortuito, attribuisce all'art. 45 c.p. un ambito applicativo differenziato rispetto a quello proprio degli artt. 40 e 41 c.p., in quanto riferito alle ipotesi di reati di mera condotta, nelle quali un problema causale neppure si pone: senza entrare nel merito

La rilevanza dell'art. 45 c.p. va individuata, a nostro avviso, sul piano dell'elemento soggettivo del reato, secondo un'impostazione che, proponendo una ricostruzione unitaria di caso fortuito e forza maggiore, consenta, fra l'altro, di "rendere conto" della scelta operata dal legislatore mediante la previsione congiunta dei due istituti. La rilevanza della disposizione in questione, come si cercherà di chiarire meglio in seguito[101], emerge in tutta la sua chiarezza quando si tenti di dare piena attuazione al principio di personalità della responsabilità penale anche in quei casi in cui non sembra possa ravvisarsi una colpa *ex* art. 43 c.p..

Per ora è sufficiente chiarire che quando si individua in una "forza maggiore fortuita" o in "un fattore necessitante imprevedibile" la causa che vale ad escludere la coscienza e volontà della condotta richieste dall'art. 42 c.p. si intende fare riferimento, ad onta delle evidenti affinità sul piano linguistico-terminologico, ad istituti differenti da quelli presi in considerazione dall'art. 45 c.p..

4. C) La possibilità di agire utilmente. La causalità dell'omissione. Rinvio.

L'ultimo aspetto della dominabilità nell'omissione che resta da esaminare è costituito dalla "possibilità di agire utilmente" che, si è detto, rappresenta una sorta di completamento sostanziale della "possibilità di agire diversamente". Sebbene la consueta *sedes materiae* della tematica in questione sia costituita dalle trattazioni in materia di colpa, quando, in particolare, si tratta di verificare la rilevanza del comportamento alternativo lecito ai fini del giudizio di evitabilità, anche nell'omissione, considerata nel solo aspetto oggettivo, il requisito in questione sembra poter ricevere una sua specifica collocazione.

---

dell'impostazione sommariamente esposta va solo precisato che anche nei reati di mera condotta può porsi un problema casuale, sebbene solo eventualmente e in riferimento a particolari modalità esecutive del fatto: ciò avviene in tutti i casi in cui la condotta tipica si presenti frazionati in più segmenti, ciascuno dei quali deve risultare causalmente collegato al predente (si pensi ad un delitto di ingiuria realizzato con la spedizione di una lettera o ad un furto commesso a mezzo di una gazza ladra addestrata): M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., pp. 94-95. Nella giurisprudenza più recente pare prevalere l'indirizzo per cui un caso fortuito può ravvisarsi in tutti i casi in cui, pur sussistendo un nesso di causalità materiale tra la condotta e l'evento, manca la colpa dell'agente, in quanto l'evento concreto risulta imprevedibile ed inevitabile: Cass. pen., Sez. IV, 17 ottobre 2007, B., in *Guida dir.*, 2008, fasc. 12, p. 83; Cass. pen., Sez. IV, 15 marzo 2007, M., in *Arch. giur. circ. sin.*, 2007, fasc. 11, p. 1156 che riprendono, pressoché letteralmente, l'insegnamento di F. ANTOLISEI, *Diritto penale*, cit., p. 380. L'operatività del caso fortuito sul versante dell'elemento soggettivo del reato è stata precisata da chi ha ritenuto che lo stesso rappresenti un elemento negativo della colpa specifica, escludendo la responsabilità dell'agente quando si provi che l'evento si sarebbe ugualmente verificato anche tenendo la condotta prescritta dalla regola cautelare violata; una simile valutazione non sarebbe per contro necessaria nelle ipotesi di colpa generica, in cui la regola cautelare è già formulata attorno alla prevedibilità e all'evitabilità "in concreto": M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., pp. 170-173.

[101] V. *infra*, § 4.

Quando infatti, in sede di accertamento causale, si procede all'addizione mentale della condotta doverosa omessa, non si fa altro che verificare se adempiendo al comando normativamente posto si sarebbe evitato il risultato vietato dall'ordinamento. Solo in quanto si accerti che, tenendo la condotta doverosa omessa, l'evento non si sarebbe verificato al di là di ogni ragionevole dubbio, può ritenersi sussistente indipendentemente dai risultati cui si ritenga di pervenire sul piano filosofico e/o epistemologico, un rapporto di derivazione causale tra la condotta omissiva e l'evento.

La particolare struttura del giudizio controfattuale che presiede all'accertamento del rapporto di causalità in presenza di una condotta omissiva, la sua rilevanza anche in sede di individuazione della condotta penalmente rilevante e i suoi rapporti con la c.d. causalità della colpa costituiranno specifico oggetto di trattazione del Capitolo III, cui pertanto in questa sede si rinvia.

5. Componenti oggettive e soggettive nel giudizio di colpa.

Anche la ricostruzione della colpa penale lungo il filo conduttore della "dominabilità" deve articolarsi nella verifica delle tre componenti sulle quali più volte si è richiamata l'attenzione: la riconoscibilità della regola di comportamento, la possibilità di agire diversamente, la possibilità di agire utilmente. Sono tuttavia necessarie delle considerazioni preliminari volte a chiarire l'esatta collocazione della colpa tra gli elementi del reato o, più correttamente, la complessa articolazione del giudizio di responsabilità per colpa il quale, come si cercherà di chiarire, postula il ricorso a parametri di accertamento non solo di tipo "soggettivo".

L'indubbia caratterizzazione di tipo oggettivo del concetto di colpa, sotto il profilo sia etimologico che storico, presenti è una circostanza difficilmente contestabile: il termine greco αιτια originariamente aveva il significato di "colpa" e solo successivamente venne impiegato anche nel senso di "causa": quasi che la causa fosse "responsabile" dell'effetto da essa derivato. L'originaria accezione oggettiva del concetto di colpa continua ad avere una visibile eco nel linguaggio comune: quando infatti si dice che "qualcuno ha colpa di qualcosa" si intende spesso significare che "qualcuno è la causa di qualcosa"[102].

---

[102] H. KELSEN, *L'origine della legge causale dal principio del contrappasso*, in *Quaderni del centro di Studi per la Filosofia Mitteleuropea*, 3, 1989, p. 29; H. KELSEN, *Causalità ed imputazione*, Appendice a *Lineamenti della filosofia pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, p. 214. V. anche A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 13-14, il quale rileva che il termine "colpa" può essere impiegato in almeno due accezioni differenti: il termine può infatti indicare tanto la commissione di un'infrazione quanto il presupposto dell'infrazione stessa. In quest'ultimo senso «noi diciamo per esempio che non è stata colpa di Pietro se ha rotto un vaso, perché è stato Gianni ad avergli dato una spinta nella schiena, in modo che è caduto contro il tavolo su cui stava il vaso»; L. WITTGENSTEIN, *Causa ed effetto*, Torino, Einaudi, 2006, p. 11, per il quale «chiamare qualcosa "causa" è come indicare qualcuno e dire: "*lui* è il colpevole!».

Del resto anche le ricostruzioni più propriamente giuridiche in tema di colpa, tanto civile quanto penale, non hanno mancato di evidenziare la rilevanza anche oggettiva dell'istituto in questione: così, introducendo la teoria generale della colpa civile, si è chiarito come, a seconda che la definizione di colpa venga fornita dal punto di vista causalistico, da quello psicologico o, infine, da quello normativo, essa risulti legata alle nozioni di: a) "causa", quando si dice che un evento si è verificato "per colpa" di qualcuno, nel senso che il comportamento attivo od omissivo che viene in considerazione è la "causa" dell'evento; b) "diligenza", quando la colpa si identifichi con l'"omissione di diligenza"; c) "dovere", nel caso in cui la colpa si faccia coincidere con la trasgressione di un dovere di comportamento e, dunque, si identificata con l'"omissione di diligenza dovuta"; d) "possibilità", quando si dice che il soggetto è in colpa quando poteva evitare un certo comportamento e non lo ha fatto e che quindi la colpa consiste nell'"omissione di una diligenza possibile"[103].

Ancora, in una prospettiva storica e con particolare riferimento ai delitti privati come regolati dalla *lex Aquilia*, si è ritenuto che la colpa Aquiliana, lungi dal rappresentare un criterio generale di responsabilità soggettiva, si riferisse originariamente alla sola responsabilità derivante da un'attività positiva (con esclusione dunque dell'omissione) dalla quale derivasse causalmente il danno, precludendo ogni indagine di tipo soggettivo relativa non solo alla prevedibilità dell'evento, ma anche alla mancanza di diligenza del danneggiante[104]. Ancora nella compilazione giustinianea, del resto, tra i mutevoli ed equivoci significati in cui si trova impiegato il termine *culpa*, si rinviene anche quello per cui esso indica la mera causa di un certo avvenimento[105]. In altri termini, sembrerebbe che le soventi sovrapposizioni tra il piano della colpa e quello della causalità e, quindi, dell'omissione, vista la stretta relazione intercorrente tra questa e quella, venga da lontano e derivi dal mancato chiarimento del "se" e del "come" le componenti oggettive della colpa possano conciliarsi con la sua (ormai acquisita) natura di criterio di imputazione soggettivo.

Dalle stesse fonti giustinianee si ricava non solo che i limiti della *culpa* andassero individuati nel *dolus* e nel *casus*, nel senso che la colpa inizia dove finisce il dolo e finisce dove inizia il caso fortuito, ma anche che, quale criterio di responsabilità, la *culpa* consistesse sostanzialmente in una mancanza di diligenza la cui essenza, specie in tema di colpa extracontrattuale, andava ravvisata nel "prevedibile non previsto in base alla normale diligenza" (*culpam autem esse, quod cum a diligentia provideri potest, non esset provisum*); da altri brani sembra invece che

---

[103] Pressoché letteralmente C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 534-535.

[104] G. I. LUZZATTO, voce *Colpa penale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 615-616.

[105] M. TALAMANCA, voce *Colpa civile (storia)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 518.

venga messo in risalto quale presupposto della colpa la possibilità in concreto di evitare l'evento dannoso[106].

Si osserva comunemente che l'influenza del cristianesimo contribuirà a rafforzare l'idea che il fatto di reato non andasse considerato nel solo aspetto materiale, ma che si dovessero prendere in considerazione anche le circostanze in cui lo stesso sia stato commesso e, al tempo stesso, la condizione soggettiva del suo autore[107], contribuendo, per quel che qui interessa, a distinguere con maggior chiarezza nei loro rapporti reciproci il dolo, la colpa ed il caso[108].

"Prevedibilità" e "caso", inteso come fattore esterno ed imprevedibile, sono in effetti i due poli attorno ai quali ruota per molto tempo la costruzione della colpa come criterio di imputazione soggettivo. Emblematica al riguardo la nota costruzione del Carrara: la colpa viene definita come la «*volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto*»[109]; la sua essenza sta tutta nella prevedibilità, che va tenuta distinta dalla vera e propria previsione, caratteristica del dolo[110]; se quindi «il *non aver previsto* la conseguenza offensiva sconfina la colpa dal dolo», «il *non averla potuta prevedere* sconfina il caso dalla colpa»[111]. Il caso, tuttavia, andrà valutato non in modo "assoluto", del tutto avulso da qualsiasi rapporto con la condotta umana, ma, piuttosto, andrà inteso in senso "relativo" e messo in relazione ad un atto libero dell'uomo: se infatti l'uomo non può impedire al fulmine di cadere può però evitare di esserne colpito mediante apposite precauzioni[112]. Così, anche il caso potrà divenire eccezionalmente imputabile, sebbene il fatto imprudente dell'agente si ponga solo quale "causa mediata" dell'evento: sarà però necessario che chi ha tenuto la condotta negligente fosse in grado di prevedere l'azione del caso. Si fa in proposito l'esempio di colui che lascia il proprio cavallo nella pubblica via, senza legarlo e senza affidarlo ad un custode, il quale sarà penalmente responsabile se il cavallo, spaventato da un fulmine (caso fortuito) fuggirà uccidendo o ferendo i passanti[113].

---

[106] V. ancora M. TALAMANCA, voce *Colpa civile (storia)*, cit., p. 519.

[107] A. PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Vol. V, *Storia del diritto penale*, Bologna, Arnaldo Forni Editore, p. 36. A. STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., pp. 27 e ss..

[108] Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 790, nota n. 2. Per ulteriori indicazioni sul punto e per l'indicazione delle relative fonti si rinvia a P. FEDELE, voce *Colpa (diritto canonico)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 644 e ss..

[109] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Il Mulino, 1993, p. 101.

[110] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 103, il quale precisa che la prevedibilità e quindi la colpa sussistono non solo nel caso cui non venga prevista affatto una conseguenza che poi si cagiona (= colpa incosciente), ma anche nel caso in cui il soggetto preveda una certa conseguenza come possibile, ma speri di evitarla, senza poi riuscirci (= colpa cosciente).

[111] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 104. Anche E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, Vol. I, Napoli, Riccardo Marghieri, 1882, p. 178.

[112] F. CARRARA, *Sul caso fortuito* in *Opuscoli di diritto criminale*, cit., spec. pp. 7-10.

[113] F. CARRARA, *Sul caso fortuito,* cit., pp. 19-20.

Anche l'antico insegnamento per cui *qui in re illicita versatur etiam pro casu tenetur*[114] andrà quindi inteso nel senso che il caso sia posto a carico di chi versa in cosa *illecita* solo quando lo stesso risulterà prevedibile, in maniera del tutto equivalente rispetto a chi versa in cosa *lecita*. Resta in definitiva confermato che «il tripode sul quale si asside la colpa sarà sempre questo: 1) *volontarietà* dell'atto; 2) mancata *previsione* dello effetto nocivo; 3) *possibilità* di prevedere»[115].

Sempre al fine di rendere più netto possibile il confine tra colpa e caso, il requisito della prevedibilità viene integrato da parte di alcuni con quello della prevenibilità e la colpa viene definita come «*la omissione volontaria della diligenza necessaria per prevedere e prevenire un evento penalmente antigiuridico, possibile, prevedibile e prevenibile*»[116].

Sebbene all'inizio del secolo scorso mancasse ancora una chiara consapevolezza del ruolo svolto dai requisiti della prevedibilità e dell'evitabilità nella struttura del reato colposo, come dimostrano spesso gli esempi portati a sostegno dei propri assunti, l'idea di fondo appare delineata con sufficiente chiarezza: il soggetto può rispondere penalmente solo delle conseguenze della propria condotta che rientrino nella sua "sfera di signoria" oggettiva o soggettiva, sebbene, si ripete, senza ancora distinguere con chiarezza i due ambiti; e ciò può avvenire in primo luogo ricorrendo al requisito della prevedibilità per fondare la responsabilità e a quello della imprevedibilità per escluderla.

Si è tuttavia rilevato come, soprattutto a seguito del progressivo diffondersi di attività intrinsecamente rischiose eppure espressamente autorizzate dall'ordinamento, il requisito della prevebilità come elemento da accertare in concreto viene messo almeno parzialmente in discussione[117]. E anche chi concorda nel riconoscere alla prevedibilità il ruolo di discrimine tra la colpa e il caso fortuito, deve ammettere subito dopo che tale requisito è per legge presunto tanto nel caso di inosservanza di regolamenti, ordini o discipline (le leggi faranno la loro comparsa solo con il codice Rocco) quanto nel caso di imperizia nello svolgimento della propria arte o professione[118]. Non manca infine chi, come il Manzini, prenderà le distanze dalla teoria della prevedibilità, definendola come «la dottrina più antica e più diffusa, perché più grossolana»[119] e ricostruirà la colpa in termini rigorosamente in

[114] Per una documentata analisi storica del principio del *versari in re illicita* si rinvia a F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento. Profili storici e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 1979, pp. 63-122.

[115] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 101.

[116] E. BRUSA, *Saggio di una teoria generale del reato*, Torino, Tipografia Editrice Candeletti, 1884, pp. 90-94.

[117] G. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli*, cit., pp. 412-413.

[118] G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., pp. 97 e 99-100.

[119] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 798.

termini rigidamente causalistici, attribuendo all'evento il ruolo di mera condizione obiettiva di punibilità[120].

Del resto muovendo dal presupposto per cui "ogni colpevolezza è una colpevolezza del volere" e prendendo atto dell'impossibilità di ravvisare, nei reati colposi, un vero e proprio legame psicologico rispetto all'evento, nella dottrina tedesca la tendenza ad una svalutazione del ruolo dell'evento verrà condotta alle sue massime conseguenze da parte di chi ravviserà nello stesso un mero "annesso" dell'azione colposa, un elemento che può aggiungersi, in maniera del tutto accidentale e fortuita, alla condotta dell'agente: con la conseguenza per cui chi è sfortunato viene incarcerato mentre quello favorito dal caso non subirà alcuna conseguenza[121].

Attualmente il ruolo dei requisiti di prevedibilità e di evitabilità, e, di conseguenza, la configurazione dell'evento quale elemento costitutivo del reato colposo, vengono ammessi pressoché unanimemente[122], sebbene all'interno di ricostruzione non del tutto coincidenti.

Al riguardo pare necessario premettere che il concetto di prevedibilità e di per sé polisenso e la sua ambiguità permane fino a quando non si chiarisca cosa deve essere prevedibile (oggetto del giudizio) e alla stregua di chi deve esserlo (parametro del giudizio). Non è un caso del resto che alla prevedibilità si sia fatti ricorso anche in tema di rapporto di causalità, per temperare gli eccessi formalistici cui in certi casi la teoria condizionalistica sembrerebbe condurre.

Con specifico riferimento alla colpa penale, sembrerebbe opportuno tenere ben ferma la distinzione tra la "prevedibilità in astratto e oggettiva", intesa quale criterio che consente di individuare la regola di diligenza, e la "prevedibilità in concreto e soggettiva", intesa invece quale criterio che consenta di riferire al singolo la violazione di quella regola[123]. E considerazioni almeno in parte coincidenti valgono

---

[120] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., pp. 792-793: l'elemento soggettivo della colpa consisterebbe nella "causalità efficiente volontaria" della condotta, nel senso che la condotta deve essere volontaria, mentre l'elemento oggettivo sarebbe costituito dalla "causalità efficiente meramente materiale" tra la condotta in questione e l'evento volontario che ne è la conseguenza. Sebbene il delitto colposo sia già perfetto al realizzarsi dei suddetti elementi, la punibilità del soggetto è *condizionata* al verificarsi dell'evento dannoso o pericoloso penalmente rilevante. L'intento dell'Autore, secondo G. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli*, cit., pp. 421-423, era quello di depurare il contenuto della colpa da quei nessi oggettivi e soggettivi con l'evento che meglio ne assicuravano la delimitazione rispetto all'area contigua del *versari in re illicita*, recuperando dottrine, quale quella dello Stoppato, apparentemente simili, ma in realtà ispirate da motivi del tutto differenti.

[121] Per un'ampia e documentata ricostruzione delle opinioni al riguardo si rinvia a G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 123 e ss. e G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 328-336.

[122] Tra gli altri M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig)*, cit., pp. 637 e ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., 152 e ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 174 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 320 e ss..; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., spec. p. 251.

[123] *Contra*, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 184.

per il requisito della evitabilità. Ciò consente, a nostro avviso, di pervenire ad un'equilibrata e consapevole sintesi tra la componente oggettiva e quella soggettiva che coesistono all'interno della colpa penale, non solo alla luce di una (sia pur) sommaria ricostruzione storica dell'istituto, ma anche (e soprattutto) sulla base delle indicazioni fornite dall'ordinamento. È evidente infatti che nel momento in cui la colpa viene assunta quale criterio di ascrizione della responsabilità penale occorre interpretare la stessa, tanto sul piano esegetico quanto su quello sistematico, assumendo quale costante ed indefettibile punto di riferimento il dato normativo.

A questo proposito due dati appaiono significativi. Dalla definizione di delitto colposo contenuta nell'art. 43, primo comma c.p. sembrerebbe ricavarsi, almeno *prima facie*, una descrizione "in positivo" della colpa in termini prevalentemente oggettivi: dopo aver chiarito che, "in negativo", l'evento non deve essere voluto, si precisa, con una terminologia di stampo marcatamente condizionalistico-causale nella quale riecheggiano le definizioni della colpa fornite dai critici della prevedibilità[124], che lo stesso deve verificarsi «a causa di negligenza…» o «per inosservanza…». Inoltre se le qualifiche di negligenza, imprudenza, imperizia e di inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline vengono ricondotti entro il più ampio *genus* della diligenza, si tratta di nuovo di un istituto che può essere inteso in un'accezione prevalentemente oggettiva: attraverso la regola di diligenza l'ordinamento individua preventivamente il modello di comportamento rispetto al quale pretende l'adeguamento da parte dei consociati e che quindi contribuisce alla descrizione della fattispecie oggettiva del reato. Ciò secondo alcuni caratterizzerebbe in maniera decisiva il reato colposo rispetto a quello doloso: in quest'ultimo caso, si è detto, per stabilire se sussista la fattispecie oggettiva, per esempio, dell'omicidio, è sufficiente accertare un rapporto di derivazione causale tra condotta ed evento e poi verificare se sussistano i requisiti di rappresentazione e volontà richiesti dall'art. 43 c.p.. Nei reati colposi, viceversa, l'individuazione della fattispecie oggettiva dipende in maniera decisiva dall'accertamento che una regola di diligenza è stata violata: così, se due autoveicoli si scontrano in una curva cagionando la morte di uno o più passeggeri, ben può dirsi che tutti e due i conducenti hanno cagionato l'evento; nondimeno potrà rispondere di omicidio colposo il solo conducente che, in violazione della regola che prescrive di marciare sulla destra, abbia occupato la corsia opposta della carreggiata[125].

---

[124] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, cit., p. 790: «la colpa […] consiste *in una condotta volontaria, genericamente o specificamente contraria alla polizia o alla disciplina,* ***da cui derivò come da causa ad effetto un evento****, dannoso* (es.: art. 449) *o pericoloso* (es.: art. 450)*, preveduto dalla legge come delitto, prodotto involontariamente ovvero per effetto d'erronea opinione inescusabile di compierlo in circostanze escludenti la responsabilità penale* (artt. 43 terzo comma; 47 prima parte; 55; 59 secondo capov.)».

[125] C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., pp. 248-249.

Dall'altro lato non può certo trascurarsi la scelta del legislatore del 1930 di inserire la definizione del delitto colposo, accanto a quella dei delitti doloso e preterintenzionale, nell'articolo 43 c.p., rubricato "Elemento psicologico del reato". Soprattutto, la necessità di fondare la responsabilità per colpa anche su un collegamento di tipo soggettivo con il fatto di reato, sembrerebbe derivare dalla necessità di differenziare le ipotesi di colpa da quelle nelle quali, secondo quanto previsto dall'art. 42, terzo comma c.p. l'evento è posto «altrimenti a carico» dell'agente, secondo lo schema tradizionale della c.d. responsabilità oggettiva[126]. L'affermazione, pur apparentemente scontata nella sua evidenza, può assurgere in realtà al ruolo di autentico "principio guida" nella ricostruzione della responsabilità per colpa.

Se infatti per "responsabilità oggettiva" si intende ogni forma di responsabilità accertata sulla base di parametri "astratti e generalizzanti" che, in altri termini, non consentono di verificare la possibilità per il soggetto agente di adeguare, nella situazione concreta, la propria condotta alla pretesa normativa, deve anche concludersi che ogni ricostruzione dogmatica della colpa che non assicuri un accertamento della responsabilità di tipo "concreto ed individualizzante" urti inevitabilmente contro la scelta sistematica operata dal nostro legislatore.

6. La distinzione tra la responsabilità "personale" e la responsabilità "per colpa".

La necessità di individuare dei criteri distinzione tra la colpa e le forme di c.d. responsabilità oggettiva resta ferma anche nel caso in cui si aderisca, come sembra preferibile, ad una lettura "ampia" del principio di personalità della responsabilità penale[127], tale per cui una responsabilità oggettiva "pura" non avrebbe alcun diritto

---

[126] M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig)*, cit., pp. 634 e 637. Analoghe considerazioni in M. SPASARI, *Esegesi e dommatica della colpa*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 1473-1474. Per una ricostruzione della tematica della responsabilità oggettiva, tra gli altri, R. PANNAIN, voce *Responsabilità oggettiva (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XV, Torino, Utet, 1968, pp. 704-707; A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità oggettiva*, cit., pp. 5 e ss.; C. F. GROSSO, *Responsabilità penale personale e singole ipotesi di responsabilità oggettiva*, in AA. VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., pp. 269 e ss.; D. PULITANÒ, *Responsabilità oggettiva e politica criminale*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., pp. 63 e ss.; S. ARDIZZONE, *Le ipotesi di responsabilità oggettiva: tra dogmatica e politica criminale*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, cit., pp. 287 e ss.; F. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 460 e ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 141-171.

[127] Tra gli altri, C. F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XV, Torino, Utet, 1968, 712; G.D. PISAPIA, *La nuova disciplina della responsabilità per reati commessi a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 307; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 682 e ss.; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., pp. 53 e ss.; A. ALESSANDRI, *Il primo comma dell'art. 27 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di M. Branca – A. Pizzorusso, Artt. 27-28, Bologna – Roma, Zanichelli – Foro Italiano, 1991, p. 70 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 285; M.

di cittadinanza all'interno del nostro ordinamento. In effetti, esclusa una lettura riduttiva del principio in questione che lo identifichi con il mero divieto di responsabilità per fatto altrui, non sembra né corretto né, a ben vedere, necessario sostenere l'equivalenza responsabilità personale = responsabilità per colpa[128]; con la conseguenza di subordinare l'affermazione della responsabilità penale all'accertamento dei requisiti richiesti dall'art. 43, primo comma, secondo alinea c.p. anche, per esempio, nei delitti dolosi aggravati dall'evento, nel delitto preterintenzionale, nella responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto. In altri termini, il principio di personalità della responsabilità penale impone di ricercare anche nelle ipotesi riconducibili all' "altrimenti" di cui all'art. 42, terzo comma c.p. un requisito di imputazione ulteriore, aggiuntivo rispetto al mero nesso di causalità materiale, ma, come suggerito dalla lettera della legge, strutturalmente diverso sia rispetto al dolo sia rispetto alla colpa.

Ben potrebbe anzitutto ritenersi che il carattere di personalità sia rispettato quando venga assicurato un collegamento tra soggetto e fatto di reato accertato sulla base di parametri oggettivi ma relativi (*homo eiusdem professionis et condicionis*), in tutti i casi in cui la responsabilità penale non è subordinata ad un giudizio di tipo individualizzante quale quello proprio della colpa. In particolare, si è ritenuto che la novità introdotta dall'art. 27, primo comma, Cost., consisterebbe nel richiedere che il soggetto risponda del fatto proprio solo quando sussistano anche dei requisiti minimi di riferibilità soggettiva, che consentano di distinguere l'agire umano da una forza ciecamente causale: dunque, in tutti i casi in cui il codice penale escluda la possibilità di riportare tale agire alla sfera di dominio della volontà, effettiva o potenziale, l'art. 27, primo comma, Cost., svolgerebbe un vero e proprio ruolo costitutivo, introducendo un requisito autonomo in ogni fattispecie che preveda una forma di responsabilità oggettiva pura[129].

ROMANO, *Pre-Art. 39*, *Commentario sistematico*, cit., p. 326; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 307-308; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit. pp. 375-376; G. RICCIO, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. giur.*, Vol. XXVII, Roma, Treccani, 1991, pp. 9 e ss.. Per la identificazione del carattere personale della responsabilità penale con il solo divieto di responsabilità per fatto altrui, in particolare, negli anni appena successivi all'entrata in vigore della Costituzione, C. Cost., 8 luglio 1957, n. 107, in *Giur. cost.*, 1957, pp. 1005 e ss.; C. cost., 9 luglio 1959, n. 39, in *Giur. cost.*, 1959, pp. 692 e ss.; C. Cost., 8 giugno 1963, n. 79, in *Giur. cost.*, 1963, pp. 659 e ss..

[128] Giunge invece a questa conclusione F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 381-382, il quale muovendo da una decisa affermazione del principio *nullum crimen sine culpa*, perviene ad auspicare una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle ipotesi di responsabilità oggettiva espressa (in maniera del tutto consequenziale rispetto alle premesse) e a proporre una "reinterpretazione adeguatrice" delle ipotesi problematiche in termini di colpevolezza (= colpa). Nello stesso F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 703 e, più di recente, F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Vol. II, *Teoria del reato. Teoria della pena*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1283-1284.

[129] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., pp. 10-12. L'Autore fa riferimento (in particolare nota n. 12) ad una necessaria rappresentabilità dell'evento alla stregua di regole generali che prescindono dalle peculiarità del caso concreto, con l'unica eccezione costituita dalle

La ricostruzione in questione ha il pregio di individuare i due punti fermi dai quali muovere per individuare l'esatta portata del c.d. principio di colpevolezza all'interno del nostro ordinamento:

1) l'interpretazione "ampia" del principio di personalità della responsabilità penale, che va oltre il mero divieto di responsabilità per fatto altrui;

2) la necessità di individuare un criterio di imputazione "soggettivo" minimo, ulteriore rispetto al rapporto di causalità materiale, ma diverso rispetto alla colpa[130].

Le premesse in questione sembra vengano sviluppate con condivisibile coerenza da chi ha insistito sulla peculiarità strutturale della colpa penale, ravvisando proprio su questo piano gli elementi che impongono di distinguere tra la responsabilità per colpa e i casi in cui l'evento è posto "altrimenti" a carico del soggetto agente. La definizione del delitto colposo introdotta dal codice Rocco, in effetti, valorizza quale elemento caratterizzante della colpa penale la violazione di una regola cautelare, di tipo "sociale" oppure "giuridico". Ciò significa che la colpa non si identifica *tout court* con la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento o, il che è lo stesso, che la prevedibilità e l'evitabilità non svolgono nel giudizio di responsabilità per colpa un ruolo autonomo, ma vanno necessariamente posti in relazione alla violazione di una regola cui possa essere riconosciuta una finalità preventiva[131]. "Finalità preventiva" significa che la regola è cautelare quando mira ad impedire che dallo svolgimento di certe attività, *di per sé lecite*, derivino conseguenze pregiudizievoli per i terzi[132]. Si tratta di un aspetto valorizzato anche da coloro che hanno identificato le regole cautelari nelle sole regole "modali", con la conseguenza che la finalità cautelare di una "legge penale" o, più in generale, di una norma sanzionatoria, andrebbe ravvisata ogni volta che la regola stessa sia funzionale allo svolgimento di una certa attività, in sé non vietata da parte dell'ordinamento, e non

---

maggiori conoscenze eventualmente possedute dall'agente. Sebbene si tratti di un criterio di imputazione diverso dalla colpa, nella ricostruzione riferita non pare sufficientemente chiarito il *discrimen* tra l'uno e l'altra.

[130] Cfr. A. CARMONA, *Il* versari in re illicita «*colposo*». *Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale*, in *Ind. pen.*, 2001, pp. 227-228, secondo il quale, in riferimento alle ipotesi "a rischio di personalità" (per esempio: artt. 584, 586, 83 c.p.) c'è solo un'alternativa praticabile *de iure condito*: o "rassegnarsi" a ritenere che la responsabilità penale sia fondata sul mero accertamento del nesso di causalità materiale; ovvero «tentare una soggettivizzazione della responsabilità oggettiva fuori, però, dagli schemi tradizionali e condivisi della responsabilità colposa».

[131] A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva*, cit., p. 14.

[132] La necessaria liceità dell'attività svolta dal soggetto quale presupposto della responsabilità per colpa viene sottolineata anche da A. CARMONA, *Il* versari in re illicita «*colposo*», p. 226: la «*trasfigurazione*» che l'attività individuale subisce quando viene intenzionalmente finalizzata alla commissione di un delitto: se «lo *scopo* costituisce l'essenza stessa del concetto di *attività* (umana) *esistente*» (corsivi originali), dovrebbe risultare sufficientemente chiara la distinzione tra "guidare" un'auto nella circolazione stradale e "lanciare" la stessa auto contro il proprio nemico.

miri invece alla totale interdizione dell'attività medesima[133]. Le regole cautelari, in altri termini, individuano all'interno di attività pericolose, ma delle quali l'ordinamento non vieta lo svolgimento in considerazione della loro rilevanza sociale, un'area di "rischio consentito", restando all'interno della quale l'agente non risponderà penalmente di eventuali conseguenze dannose o pericolose derivanti dalla propria condotta. Il superamento del rischio consentito rappresenta, per converso, il presupposto perché possa essere ravvisata una colpa del soggetto agente. La colpa, dunque, è una responsabilità da rischio illecito, «ma ha al centro un'attività-base lecita»[134]; in questo modo essa resta chiaramente distinta dalle ipotesi di responsabilità da rischio illecito in radice, nelle quali cioè l'ordinamento disapprova per intero l'attività-base svolta[135].

Riassumendo: nel caso in cui un risultato vietato derivi da un'attività il cui svolgimento è in ogni caso precluso da parte dell'ordinamento, manca lo spazio logico per ravvisare l'operatività di una regola cautelare e, dunque, per poter parlare di "colpa" in senso tecnico o, almeno, di una colpa corrispondente alla definizione contenuta nell'art. 43 c.p.. In questi casi, riconducibili all'ambito di operatività tradizionalmente riconosciuto al *versari in re illicita*[136], l'evento sarà posto "altrimenti" a carico del soggetto agente, senza che da ciò, tuttavia, derivi la necessaria violazione del principio di personalità della responsabilità penale. Anche nelle ipotesi in cui non possa ravvisarsi l'operatività di una regola cautelare, infatti, il principio in questione impone di accertare che l'evento concreto fosse prevedibile

---

[133] F. GIUNTA, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 240; A. CARMONA, *Il* versari in re illicita «*colposo*», cit., p. 237: «è di immediata evidenza che non possano rinvenirsi sul piano giuridico (agli effetti penali) "regole di condotta" per comportamenti vietati senza alternativa; per il principio di non contraddizione si dovrà pur garantire la compatibilità reciproca delle asserzioni giuridiche, sicché non può ritenersi che, allo stesso tempo l'ordinamento giuridico vieti una condotta e indichi (colpa specifica) o recepisca (colpa generica) le cautele – *rectius*: le modalità – per il suo svolgimento». Sulla compatibilità tra "regole cautelari" ed "attività illecite", tra gli altri, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 340; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., pp. 350-351; F. RAMACCI, *I delitti di omicidio*, II ed., Torino, Giappichelli, 1997, p. 83; S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1989, spec. pp. 127-128. 226 e ss.; F. BASILE, *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 251. Sulla individuazione della finalità cautelare delle regole di condotta prese in considerazione dall'art. 43 c.p. anche *infra*, § 9.

[134] A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva*, cit., p. 15.

[135] A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva*, cit., p. 15. V. anche A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 330. In senso conforme A. CARMONA, *Il* versari in re illicita «*colposo*», cit., pp. 239-240.

[136] G. DE FRANCESCO, Opus illicitum. *Tensioni innovatrici e pregiudizi in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 1039 e ss. rileva tuttavia con il concetto di *res illicita* nel pensiero degli antichi giureconsulti veniva impiegato per designare il comportamento di colui che avesse intrapreso un'attività pericolosa in condizioni tali da determinare il superamento del "rischio consentito": esercitarsi al tiro dell'arco o del giavellotto in un luogo frequentato da persone o andare in giro per la città con un cavallo prima di averlo domato. Tutte situazioni nelle quali l'evento ulteriore rappresentava un risultato prevedibilmente connesso alle modalità concrete con cui l'evento l'attività pericolosa era stata intrapresa e, soprattutto, significativamente vicine alla struttura "attuale" della colpa penale.

ed evitabile da parte del soggetto agente, con la conseguenza che «nel nostro diritto la responsabilità da *versari in re illicita* è responsabilità senza colpa, ma è ancora responsabilità colpevole»[137]. Il requisito in questione andrebbe ricavato dall'art. 27, primo comma Cost. e dall'art. 45 c.p.: quest'ultima disposizione, in particolare, avrebbe una portata generalissima per cui, non distinguendo tra le diverse tipologie di responsabilità, attribuirebbe rilevanza al caso fortuito (imprevedibilità dell'evento) e alla forza maggiore (inevitabilità dell'evento) anche nelle forme di responsabilità penale senza né dolo né colpa.

Se l'oggetto dell'indagine resta circoscritto alle sole forme di responsabilità oggettiva per l'evento[138], a venire in considerazione sono anzitutto le ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato in cui entrambi i termini della relazione sono costituiti da fattispecie criminose, nel senso che la volontà del soggetto agente è rivolta alla commissione di un fatto di reato: si pensi agli artt. 83 e 586 c.p., all'art. 116 c.p. e allo schema del delitto preterintenzionale, al quale sembra possano essere ricondotti anche quei delitti dolosi aggravati da una conseguenza non voluta[139].

Proprio esaminando il fenomeno della divergenza tra il voluto e il realizzato nel diritto penale e della compatibilità delle ipotesi in questione con il superiore principio di personalità della responsabilità penale, si è ritenuto di dover ravvisare nell'art. 45 c.p. un'autentica norma di chiusura del sistema, valevole per tutti i criteri di imputazione soggettiva che non risultino con esso strutturalmente incompatibili[140]. Per quanto attiene alla colpa, il caso fortuito e la forza maggiore non potrebbero svolgere alcun ruolo autonomo nella fattispecie di imputazione della c.d. colpa generica: se infatti la regola cautelare viene ricostruita dall'interprete sulla base dei criteri di prevedibilità ed evitabilità dell'evento come *hic et nunc* verificatosi, secondo il parametro offerto dall'*homo eiusdem professionis et condicionis*, il caso fortuito e la forza maggiore individuano fattispecie strutturalmente antitetiche rispetto ai requisiti positivi della colpa generica. Diversamente nelle ipotesi di colpa c.d. specifica: in questi casi la regola cautelare, pur sempre individuata secondo la prevedibilità e l'evitabilità alla stregua dell'"agente modello", è posta preventivamente da parte del legislatore e, dunque, si fonda su una "base di giudizio" necessariamente meno ricca di quella che viene in considerazione per la

[137] A. PAGLIARO, *Colpevolezza e responsabilità obiettiva*, cit., p. 16-17, il quale ritiene anche che la formula dogmatica del "rischio consentito" riesca a spiegare efficacemente la circostanza per cui nelle legislazioni di tutti gli Stati le forme di responsabilità riconducibili al *versari in re illicita* siano ritenute meritevoli di un trattamento sanzionatorio più severo rispetto al fatto colposo corrispondente.

[138] Nonostante l'apparente unitarietà della qualifica, la categoria della "responsabilità oggettiva" fa riferimento ad almeno tre fenomeni differenti: la responsabilità oggettiva per l'evento, la responsabilità oggettiva per un elemento diverso dall'evento e la responsabilità oggettiva per finzione di imputabilità: S. ARDIZZONE, *Le ipotesi di responsabilità oggettiva*, cit., pp. 289 e ss..

[139] Così M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., spec. pp. 312-315.

[140] M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., pp. 78-84.

colpa generica[141]. L'art. 45 c.p. dunque si ritaglierebbe un autonomo spazio applicativo in tutti i casi in cui, nonostante risulti violata una regola scritta a finalità precauzionale, si accerti che l'evento concreto sarebbe stato comunque imprevedibile o inevitabile anche nel caso in cui lo stesso agente-modello sulla base del quale il legislatore ha costruito la regola cautelare avesse tenuto il comportamento dovuto[142]; la misura del giudizio di prevedibilità e di evitabilità è rappresentata dall'*homo eiusdem professionis et condicionis*, arricchito dalle maggiori conoscenze e capacità possedute dall'agente concreto[143]. Il caso fortuito e la forza maggiore, dunque, consentirebbero di colmare il possibile iato tra astratto e concreto (*rectius*: tra più e meno astratto), impedendo che il soggetto, in piena conformità alle logiche della colpa presunta, sia ritenuto responsabile sulla base della mera inosservanza formale di una regola cautelare[144]. «L'art. 45 c.p., in altri termini, funziona qui come una "valvola di sicurezza" offerta dall'ordinamento per i casi nei quali la valutazione di prevedibilità ed evitabilità di un evento di un certo tipo, e cioè di "pericolosità" di una condotta secondo massime di esperienza, operata una volta per tutte, in via generale e astratta, dal legislatore nel momento in cui ha posto la norma "cautelare" trovi viceversa, eccezionalmente, una smentita nelle circostanze del caso concreto»[145].

La ricostruzione in esame presenta profili di particolare interesse proprio in riferimento all'individuazione del "meccanismo di operatività" dell'art. 45 c.p.: nelle ipotesi di colpa per inosservanza di leggi, così come avviene nei reati di pericolo presunto, il legislatore introdurrebbe non tanto una presunzione, sia pure *iuris tantum*, di pericolosità della condotta, quanto piuttosto una mera semplificazione della regola di giudizio e, quindi, dell'obbligo di motivazione da parte del giudice: la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento non andrebbero positivamente provate di volta in volta, come accade nelle ipotesi di colpa generica, ma il giudice ben potrebbe ritenere l'esistenza di una colpa specifica sulla base della semplice violazione di una regola cautelare, salvo che dalle risultanze processuali non emergano elementi di

---

[141] M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., pp. 79-80. L'Autore precisa che sarebbe erroneo ritenere che la colpa specifica si differenzi da quella generica perché in quest'ultima la regola cautelare verrebbe formulata tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto: anche la colpa generica si fonda su un criterio di imputazione ipotetico-normativo e, quindi, la descrizione dell'evento per quanto "concreta" deve comunque prescindere da una serie di dati presenti nella realtà (almeno da ciò che impedito concretamente all'agente di prevedere ed evitare l'evento *hic et nunc*). Per questo «la vera differenza non corre tra "astratto" e "concreto", ma tra il "più" (in quanto direttamente "tipicizzato" dal legislatore) e il "meno" astratto (in quanto ricostruita dall'interprete secondo una base "più ricca" di elementi desumibili direttamente dalle peculiarità della situazione concreta».

[142] M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., p. 81.

[143] M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., pp. 73 e 77.

[144] M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., pp. 80-81.

[145] M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., p. 81.

prova da cui possa desumersi che l'evento era viceversa, in concreto, imprevedibile o inevitabile[146].

Le considerazioni in questione, in effetti, sono perfettamente riferibili alle ipotesi di divergenza tra il voluto e il realizzato cui si è fatto rapidamente cenno in precedenza e che, sul piano storico, mostrano chiaramente la loro derivazione dal principio del *versari in re illicita*: il legislatore introduce fattispecie autonome di reato, spesso caratterizzate da una certa severità del trattamento sanzionatorio, in ipotesi in cui ritiene che dalla condotta diretta alla realizzazione di un certo reato derivi una situazione "pericolosa" anche per interessi diversi da quello alla cui offesa la volontà dell'agente è direttamente rivolta[147]. La predisposizione di fattispecie autonome di reato per i delitti preterintenzionali o la responsabilità "a titolo di colpa" per l'*aberratio delicti* rispondono chiaramente all'intento di introdurre una tutela particolarmente incisiva nel caso in cui il legislatore ravvisi, già in astratto, la potenzialità offensiva di certe condotte: il principio di personalità della responsabilità penale, tuttavia, impedisce di ritenere non solo che il soggetto risponda *etiam pro casu*, ma anche che l'evento "diverso" gli venga imputato sulla sola base di un rapporto di derivazione causale dalla propria condotta. Non è viceversa incompatibile con la regola generale stabilita dall'art. 27, primo comma Cost. un "rafforzamento" della tutela realizzato mediante una semplificazione della regola di giudizio in riferimento ai due requisiti della prevedibilità e della evitabilità dell'evento: in tutti i casi in cui la valutazione, per definizione astratta e generalizzante, compiuta dal legislatore venga smentita dalle circostanze del caso concreto, in quanto l'evento *hic et nunc* si rivela imprevedibile o inevitabile da parte dell'agente, la "valvola di sicurezza" dell'art. 45 c.p. impedisce che si pervenga a risultati contrastanti con il carattere personale della responsabilità penale, proprio come l'art. 49, secondo comma c.p. esclude la rilevanza penale di condotte che, eccezionalmente, risultino carenti del requisito dell'offesa all'interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice[148].

---

[146] M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., pp. 82-83. Analoghe considerazioni varrebbero, come accennato nel testo, per i reati di pericolo: nel caso in cui il pericolo costituisca un elemento di fattispecie la sua esistenza andrebbe positivamente provata di volta in volta, mentre nelle ipotesi di c.d. pericolo presunto il legislatore tipicizza una condotta ritenuta normalmente pericolosa che però, nel caso in cui la generalizzazione operata non trovi rispondenza nella situazione concreta, non sarebbe punibile ai sensi dell'art. 49, secondo comma c.p. per mancanza del requisito dell'offesa. Per la distinzione tra il pericolo come elemento di fattispecie e il pericolo come mera *ratio* dell'incriminazione e per il ruolo svolto in queste ultime ipotesi dall'art. 49, secondo comma c.p. M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen*., 1969, pp. 6-9.

[147] Con particolare riferimento al delitto preterintenzionale, al cui schema vanno ricondotti anche i delitti aggravati da una conseguenza non voluta, ancora M. TRAPANI, *La divergenza tra il voluto e il realizzato*, cit., pp. 337-343.

[148] Sul punto, in particolare, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 28, il quale sottolinea la diversità, in punto di accertamento, tra la verifica del requisito formale della corrispondenza al tipo descrittivo e quella del requisito sostanziale relativo all'effettiva sussistenza dell'offesa. La corrispondenza al tipo descrittivo va puntualmente e "positivamente" verificata

In questo modo l'art. 45 c.p., in piena conformità alla sua collocazione topografica all'interno del codice penale, lungi dal rappresentare una norma *ad abundantiam*, riepilogativa di principi già ricavabili *aliunde*, recupera un ambito di applicazione autonomo, chiaramente distinto da quelli propri della coscienza e volontà della condotta, del rapporto di causalità materiale e, a nostro avviso, delle attività che si svolgono in violazione di regole a finalità cautelare. Non pare infatti pienamente condivisibile nella ricostruzione rapidamente riassunta il rilievo per cui, in riferimento all'imputazione per colpa, la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento rappresenterebbero requisiti positivi della sola colpa generica, mentre rileverebbero solo "in negativo", proprio per il tramite dell'art. 45 c.p., nei casi di colpa per inosservanza di leggi. Come si cercherà di chiarire meglio in seguito, tra le due "forme" di colpa deve ravvisarsi una sostanziale omogeneità strutturale[149], sebbene sia innegabile dalla diversa fonte della regola cautelare derivino problematiche in parte differenti. Per quel che qui interessa, il deciso superamento di un inquadramento della colpa per inosservanza di leggi negli schemi propri di una colpa *in re ipsa*,[150] che si esaurisce nella mera difformità del comportamento posto in essere

---

dall'interprete, che dovrà a tal fine ripercorrere uno per uno tutti gli elementi che caratterizzano il fatto concreto per decidere della sua conformità al modello astratto. Quando invece si tratta di accertare il requisito sostanziale dell'offesa, senza che si incorra in una vera e propria inversione dell'onere della prova, la materia sarà dominata dall'*id quod plerumque accidit*: ciò significa che nella normalità dei casi la corrispondenza al tipo descrittivo implica anche la realizzazione dell'offesa all'interesse protetto; ma se per uno o più dati emergenti dalla lettura del fatto è lecito ipotizzare che le cose siano andate diversamente, si impone una specifica indagine relativa alla effettiva realizzazione dell'offesa all'interesse tutelato: «Non in ogni caso dunque. Ma unicamente allorché appaia necessario secondo i canoni di accertamento storico».

[149] M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pp. 462-463; G. FORTI, voce *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 954; S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., pp. 107 e ss.. *Contra*, di recente, O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., pp. 386 e ss.. Tra le impostazioni che ammettono una distinzione tra le possibili "forme" di colpa può ricordarsi quella di F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito*, cit., pp. 92-96. L'Autore muove anzi tutto dalla premessa per cui mentre nella colpa generica la regola di condotta può essere individuata solo per mezzo di un riferimento alla fattispecie concreta e, dunque, all'evento, nella colpa specifica la regola è già concreta e viene costruita mediante un meccanismo di tipo presuntivo; all'interno della stessa colpa generica, poi, occorrerebbe distinguere tra quella per negligenza ed imprudenza, il cui accertamento deve tener conto delle particolari conoscenze possedute dall'agente nella situazione concreta, e quella per imperizia, da accertarsi invece sulla base del parametro offerto dall'uomo medio. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., p. 171, per contro, ritiene che l'esigenza di "concretizzazione" si ponga proprio in riferimento alla colpa specifica, in cui la regola è formulata in astratto da parte del legislatore senza, per definizione, tener conto delle circostanze che caratterizzano il caso di specie: il rischio di incorrere in presunzioni dell'elemento soggettivo sarebbe tuttavia evitato dalla possibile operatività del caso fortuito, il quale esclude la responsabilità del soggetto quando venga raggiunta la prova che l'evento si sarebbe comunque verificato, anche rispettando la regola cautelare violata.

[150] *Supra*, Cap. I, § 4. Per tutti F. ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi*, in *Giust. pen.*, 1948, II, cc. 8 e ss.. e, in riferimento al delitto preterintenzionale, A. CALVI, *Reato aberrante ed omicidio preterintenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, pp. 1142-1143. In giurisprudenza Cass. pen., Sez. IV, 15 ottobre 1997 (dep. 13 novembre 1997), Pretto, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2941; Cass. pen., Sez. IV, 21 marzo 2002, in Ced Cass., Rv. 224271 Va peraltro evidenziato che il possibile "scollamento" tra la regola cautelare posta in astratto e le peculiarità del caso concreto può venire in rilievo in un duplice

rispetto a quello descritto dalla regola a finalità preventiva, sembra possa essere compiutamente ottenuto solo "sdrammatizzando" ogni distinzione tra le due "forme" di colpa che vada oltre la diversa fonte della regola. In altri termini, indipendentemente dalla circostanza che la regola cautelare sia scritta o abbia piuttosto una fonte "sociale", nel giudizio di responsabilità per colpa va sempre assicurata una duplice esigenza dalla cui combinazione si ricava il significato assunto dalla "dominabilità" nello schema del delitto colposo:

1) la predeterminazione della regola cautelare rispetto alla condotta del soggetto agente che, *in re ipsa* nel caso di colpa specifica, va verificata anche nelle ipotesi di colpa generica, al fine di evitare che il giudice assuma il ruolo di vero e proprio creatore di regole cautelari, individuate secondo la logica del "senno di poi".
2) la riferibilità soggettiva della violazione della regola cautelare al singolo soggetto agente, da accertarsi "in positivo" in entrambe le forme di colpa.

La congiunta operatività dei due requisiti in questione sembra in grado di valorizzare adeguatamente le peculiarità strutturali proprie della colpa penale, distinguendole chiaramente dai casi in cui l'evento è posto "altrimenti" a carico del soggetto agente. In particolare, l'ipotesi residuale di cui all'art. 42, ultimo comma c.p., può riferirsi ai soli casi in cui manca lo spazio logico-giuridico per ipotizzare l'operatività di una regola cautelare, in quanto l'attività-base è disapprovata per intero da parte dell'ordinamento; circostanza evidentemente non ravvisabile quando a venire in considerazione è una responsabilità per colpa c.d. specifica. È proprio in questi casi di "responsabilità da rischio totalmente illecito" che l'art. 45 c.p. funziona come "valvola di sicurezza", impedendo che la semplificazione probatoria introdotta dal legislatore allo scopo di ottenere un rafforzamento della tutela si traduca in una vera e propria presunzione assoluta in ordine al collegamento soggettivo minimo che deve intercorrere tra il soggetto e il fatto di reato, come imposto dal carattere personale della responsabilità penale.

---

senso: non solo per escludere la responsabilità penale quando, malgrado l'inosservanza della regola cautelare, l'evento risulti in concreto imprevedibile e/o inevitabile (per es.: Cass. pen., Sez. IV, 6 luglio 2007 (dep. 12 ottobre 2007), Rinaldi, in *Riv. pen.*, 2008, p. 272; Cass. pen., Sez. IV, 20 giugno 2007, Di Caterina, in *CED Cass.*, Rv 236902; Cass. pen., Sez. IV, 24 maggio 2007, Venticinque, in *Arch. circ. strad.*, 2008, p. 39, che per la verità fa riferimento alla sussistenza del nesso di causalità materiale); ma anche per fondare la responsabilità del soggetto quando, sebbene siano state adottate le cautele richieste dalla regola di condotta che opera nel caso di specie, residuano tuttavia dei profili di colpa generica (per es.: Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2007, Mazzoleni, in Ced. Cass., Rv. 236988). La colpa generica, in altri termini, svolge un ruolo di vera e propria "supplenza", alla quale si ricorre anche in presenza di regole "rigide" per evitare eccessi assolutori fondati su premesse di tipo meramente formalistico: G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 250 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 332-333; M. ROMANO, *Art. 43*, *Commentario sistematico*, cit., p. 462. Anche in considerazione del sempre più generalizzato riconoscimento della "insufficienza" delle regole cautelari scritte e della loro conseguente integrazione ad opera di regole cautelari di fonte sociale pare artificioso continuare a rimarcare la distinzione tra le due forme di colpa anziché valorizzare le loro affinità strutturali.

Le considerazioni che precedono, in definitiva, sembrano deporre a favore del riconoscimento di un duplice ruolo dei giudizi di prevedibilità e di evitabilità nella struttura del reato colposo. Ricorrere ai requisiti in questione solo in sede di individuazione della regola cautelare assicurerebbe una corretta valorizzazione della componente oggettiva della colpa, rendendo tuttavia assai sfumata quella dimensione individualizzante che rappresenta un requisito costitutivo, da accertare positivamente, tanto nelle ipotesi di colpa generica quanto in quelle di colpa specifica. Tuttavia, se i giudizi di prevedibilità e di evitabilità venissero intesi in senso rigorosamente soggettivo-individualizzante, non consentirebbero di individuare con sufficiente chiarezza il modello astratto di comportamento che l'ordinamento pretende sia realizzato e, soprattutto, alla stregua del quale viene "misurata" la rilevanza penale della condotta difforme del singolo.

7. La "doppia funzione" della colpa.

La "doppia misura", o, sarebbe meglio dire, la "doppia funzione" della colpa è stata valorizzata da quelle ricostruzioni secondo le quali la colpa non rileverebbe solo quale possibile elemento soggettivo del reato (o, se si preferisce, ai fini del giudizio di colpevolezza), ma, ancor prima, svolgerebbe un ruolo già in sede di elemento oggettivo (o, se si preferisce, nell'ambito della tipicità) [151]. Più esattamente, perché

[151] Per una ricostruzione delle teoriche fondate sul presupposto di una doppia misura della colpa e per le necessarie indicazioni bibliografiche al riguardo, specie di lingua tedesca, si rinvia a G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 186-193 e H. H. JESCHECK, *Struttura e trattamento della colpa*, cit., 369-371. Nella nostra dottrina in particolare F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 324 e ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., spec. pp. 537 e 560; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., spec. pp. 249-250; M. ROMANO, *Art. 43*, *Commentario sistematico*, cit., pp. 457 e ss.; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, II ed., Torino, Giappichelli, 2001, p. 375; V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 134 e ss.; T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, pp. 876-877 (sia pur con accenti peculiari); D. PULITANÒ, *Diritto penale*, II ed., Torino, Giappichelli, 2007, pp. 348-349; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 324 e ss.; S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, pp. 99 e ss.. In giurisprudenza, di recente, Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartalini, in *Foro it.*, 2007, fasc. n. 10, con nota di R. GUARINIELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*, cc. 563 e 566. L'attribuzione di un preciso ruolo alla regola cautelare già in sede di individuazione della condotta penalmente rilevante rappresenta, a ben vedere, una delle più significative "eredità" lasciate dalla teoria finalistica dell'azione (così G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 429): sul punto H. WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, cit., p. 43: «Con il precetto della diligenza oggettiva, il diritto sottopone a una valutazione oggettiva il controllo finalistico esercitato dall'agente, per vedere se essa tocchi la misura che rientra nelle possibilità di un uomo prudente posto nella situazione del soggetto. Sfuggono invece a una considerazione oggettiva la situazione concreta e i mezzi dell'agente, fra cui le sua capacità […]. Solo in sede di colpevolezza si dovrà esaminare se l'agente poteva personalmente riconoscere e osservare la misura oggettiva di diligenza che l'ordinamento attendeva». Sulla "doppia funzione" dell'elemento psicologico del reato, implicita in una coerente concezione normativa della colpevolezza e alla quale si sarebbe ispirata anche la Corte costituzionale con la celebre sentenza n. 364 del 1988, C. FIORE, *Ciò che è vivo e ciò che è morto*, cit., pp. 391-392.

la colpa possa ritenersi sussistente sarebbe necessario innanzi tutto che la condotta dell'agente risulti contraria ad una regola *oggettiva* di diligenza, individuata cioè sulla base di criteri che prescindono del tutto dalle qualità e dalle capacità dell'agente stesso: la regola cautelare, dunque, proprio perché formulata senza riferimento alcuno all'agente concreto, svolgerebbe il suo ruolo nell'ambito dell'elemento oggettivo del reato, contribuendo alla descrizione della condotta tipica.

L'accertamento in questione rappresenta però solo la prima e non sufficiente fase per la formulazione del giudizio di responsabilità per colpa. Anche nel caso in cui la condotta del soggetto agente risulti contraria ad una regola di diligenza occorrerà in ogni caso verificare se l'agente fosse in grado di adeguare il proprio comportamento a quella regola pur oggettivamente violata. Il giudizio di colpa viene scomposto in due momenti: il primo di carattere oggettivo e generalizzante, il secondo di tipo soggettivo ed individualizzante.

Pur partendo dalla questa comune premessa, le teoriche che si muovono nel solco della c.d. doppia misura della colpa propongono soluzioni non sempre coincidenti, soprattutto quando si tratta di individuare i parametri alla stregua dei quali vanno accertate, rispettivamente, la misura oggettiva e quella soggettiva. In proposito si deve necessariamente concordare con chi ritiene che, perché alla teorica della doppia misura possa riconoscersi una reale autonomia dogmatica rispetto a quelle fondate *tout court* sulla prevedibilità e sulla evitabilità alla stregua dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, occorra diversificare i parametri di accertamento: se dunque si ritiene che il parametro dell'agente-modello operi in riferimento alla misura soggettiva della colpa, deve giocoforza ammettersi che l'individuazione della regola cautelare debba avvenire sulla base di un criterio diverso, rigorosamente oggettivo, quale quello offerto dalla miglior scienza ed esperienza del momento storico[152].

Muovendo da un simile presupposto si è ritenuto che l'identificazione delle regole *oggettive* di diligenza vada condotta, dai loro codificatori in caso di regole scritte e dal giudice in caso di regole non scritte, sulla base di giudizi *ex ante* di prevedibilità e di evitabilità dell'evento, entrambi effettuati, come anticipato, sulla base del parametro oggettivo-assoluto della miglior scienza ed esperienza del momento storico nello specifico settore di riferimento. In altri termini le regole di condotta preventive sarebbero «quelle che prescrivono comportamenti, attivi od omissivi, *non tenendo i quali è "prevedibile" e tenendo i quali è "evitabile"* (o contenibile

[152] G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 430-431. *Contra* F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 466-467, il quale attribuisce un "doppio ruolo" all'agente modello, prima in sede di individuazione della regola di condotta, poi in sede di verifica della misura soggettiva della colpa: anche se, in quest'ultimo caso, a venire in considerazione sarebbe un agente modello «costruito in modo maggiormente "concretizzato", cioè tenendo conto di una serie di caratteristiche personali e fattuali ulteriori rispetto a quello che figurano nel modello utilizzato per la misura soggettiva».

il rischio di) un evento dannoso, secondo *la miglior scienza ed esperienza specifiche*»[153]. In particolare, il parametro della miglior scienza ed esperienza sarebbe l'unico davvero compatibile con un diritto penale orientato alla tutela di beni giuridici, in quanto, fra l'altro, rafforzerebbe la funzione "pedagogica" (di orientamento) e protettiva (dei beni giuridici) delle regole cautelari di condotta, eviterebbe di privilegiare soggetti dotati di conoscenze superiori rispetto alla media, assicurerebbe maggiore tassatività e, dunque, certezza, anche nel settore delle regole cautelari. Soprattutto, si osserva, il ricorso al parametro in questione riuscirebbe ad evitare che una stessa condotta venga considerata inosservante o meno di una certa regola cautelare a seconda del modello di *homo eiusdem professionis et condicionis* cui l'agente è riconducibile. Così, per esempio, chi porta a casa una sostanza radioattiva contaminando i familiari, terrebbe o meno un comportamento pericoloso e disattenderebbe o meno la relativa regola cautelare a seconda che si tratti di un fisico nucleare o di un pastore analfabeta; applicando il modello riassunto in precedenza, al contrario, dovrebbe concludersi che tanto il fisico quanto il pastore abbiano disatteso la regola oggettiva di diligenza, ma solo rispetto al secondo va esclusa la riferibilità soggettiva della violazione[154].

È solo in sede di accertamento della misura soggettiva della colpa, infatti, che si potrebbe e si dovrebbe far riferimento al parametro relativo dell'agente modello, l'unico in grado di assicurare la necessaria personalizzazione della colpa senza tuttavia rinunciare ad un certo grado di generalizzazione della medesima[155].

Pur presentando indubbi vantaggi la sistematica in questione non appare del tutto convincente. Come già precisato, la doppia misura della colpa sembra una premessa convincente dalla quale muovere, ma la distinzione tra funzione oggettiva e funzione soggettiva merita a nostro avviso alcuni chiarimenti.

*7.1. A) La funzione oggettiva della colpa. L'***homo eiusdem professionis et condicionis*** *: l'agente-tipo nella situazione-tipo.*

Ritenere che l'individuazione della regola cautelare rilevi già sul piano oggettivo contribuendo, in particolare, all'individuazione della condotta tipica, presenta l'indubbio vantaggio di assicurare la previa riconoscibilità della regola di diligenza; ciò in maniera pienamente conforme a quella natura deontologica che si è ritenuto di riconoscere tanto alla colpa quanto all'omissione e che, in riferimento all'obbligo giuridico di impedire l'evento, comporta la necessaria conseguenza di una sua individuazione unicamente sulla base di criteri giuridici. La prima e più evidente ragione che conduce ad optare per la sistematica in commento è costituita, a nostro

[153] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 330.
[154] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 330.
[155] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 336-337.

avviso, proprio dalle maggiori garanzie che la stessa offre in merito alla predeterminazione della regola cautelare[156] e, dunque, alla sua previa riconoscibilità da parte dell'agente, e non tanto dalla necessità di evitare che l'agente concreto che identifichi il massimo livello di scienza ed esperienza possa beneficiare di un ingiustificato trattamento di favore[157]. Del resto l'accostamento operato dal legislatore tra colpa generica e colpa specifica nella definizione del delitto colposo potrebbe essere esaminata non solo, come avviene comunemente, per verificare se i requisiti di prevedibilità e di evitabilità operino allo stesso modo anche nella colpa per inosservanza, ma, ancor prima, per valorizzare anche in riferimento alla colpa generica il requisito che contraddistingue *ictu oculi* la colpa specifica, costituito appunto dalla preventiva determinazione della regola cautelare[158].

Scarsamente convincente si rivela l'obiezione, di per sé sola considerata, secondo la quale la dimensione oggettiva della negligenza, in quanto teleologicamente orientata alla migliore tutela del bene giuridico, verrebbe modellata sul parametro di un ipotetico agente poliedrico fornito di capacità previsionali spesso straordinarie[159]: l'"uomo accortissimo" che si pretende di assumere quale parametro di riferimento, in altri termini, sarebbe troppo lontano dalla media che dovrebbe, sia pur simbolicamente, rappresentare[160]. Il fatto che la dimensione oggettiva della

---

[156] Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 184, il quale rileva come la funzione di orientamento comportamentale propria della regola cautelare richiede che la stessa risulti agevolmente determinabile e riconoscibile *ex ante*. Analoghe considerazioni in F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 90. V. anche G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 167 che, a proposito della natura normativa della colpa, osserva che "negligenza", "imprudenza", "imperizia" e "inosservanza di leggi…" devono indicare situazioni in cui «il soggetto ha avuto la *possibilità* di operare la sussunzione della propria condotta sotto il divieto e dunque di avvertirne il "richiamo" concretamente»: sarebbero dunque le regole di condotta che, nel reato colposo, svolgono quella funzione di "ammonimento" che nel reato doloso spetta direttamente alla norma penale (p. 176).

[157] Così invece G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 431.

[158] In giurisprudenza Cass. pen., Sez. IV, 6 giugno 2000 (dep. 25 agosto 2000), in *Cass. pen.*, 2001, pp. 1217 e ss. dove, in riferimento ad un'ipotesi di colpa generica, si legge: «È pacifico […] che gli imputati si erano attenuti […] a tutte le regole prescritte da disposizioni regolamentari e consigliate dall'esperienza. […] E allora dove si annida la colpa dei prevenuti? Secondo i giudici dei due gradi di merito nella inosservanza di una innominata regola secondo la quale un attrezzo costruito un certo numero di anni prima […] benché in ogni parte funzionante e come tale collaudato e certificato da chi per legge ne ha l'attribuzione, dovrebbe essere sostituito perché potrebbe nascondere deficienze non percepibili. La regola, come si vede, è nuova, priva di sostegno nell'esperienza, dettata a titolo di convinzione personale del giudice per regolare il caso di specie […]. Ma, nella materia, le convinzioni personali del giudice non possono avere spazio, tanto meno costituire la base per l'affermazione di responsabilità penale». Le cadenze argomentative sono significativamente coincidenti a quelle su cui si fonda il c.d. modello di sussunzione sotto leggi scientifiche, elaborato per garantire un rigoroso accertamento del nesso di causalità materiale: F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2000, II ed., in particolare pp. 80 e ss..

[159] Pressoché letteralmente, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 154.

[160] G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 191. Non del tutto adeguato pare l'esempio portato dall'Autore per dimostrare gli esiti negativi cui potrebbe condurre il parametro della miglior scienza ed esperienza: il caso è quello dell'automobilista che, prima di intraprendere un viaggio, accerti la presenza di una fessura nella scatola dello sterzo; egli si rende conto che questa fessura

colpa venga accertata sulla base di un parametro assai lontano dall'agente concreto o dalla cerchia tecnico-sociale in cui lo stesso è inserito, tuttavia, è proprio la caratteristica che, per definizione, contraddistingue la sistematica in commento. Si faccia il caso di un automobilista che, non arrestando tempestivamente il veicolo, investa un pedone che attraversi la strada in assenza di segnaletica orizzontale e verticale: l'individuazione della regola cautelare su basi oggettive impone, per dir così, di osservare la scena dall'esterno e non dall'interno dell'abitacolo dell'autovettura che ha cagionato l'incidente; del resto l'individuazione su basi oggettive della regola cautelare, anche qualora dovesse risultare assai distante dalla conoscenza e dall'esperienza della media o dell'agente concreto, non risulterà mai da sola sufficiente se non integrata anche da un giudizio di colpa più propriamente "soggettivo".

Lo stesso vizio logico sembrerebbe ravvisabile nell'opinione di chi ritiene che la costruzione della regola cautelare su basi oggettive imporrebbe ai consociati inammissibili e inattuabili obblighi di informazione preventiva relativi a certi fenomeni che, seppur eccezionalmente, possono verificarsi nello svolgimento di alcune attività. In proposito si fa l'esempio di Caio che attraversa in presenza di un semaforo il quale, a causa di un eccezionale fenomeno atmosferico, oppure a seguito di un guasto verificatosi poco prima, presentava una luce verde anziché rossa; in questo caso, si dice, Caio dovrebbe acquisire la preventiva conoscenza del fatto che le luci dei semafori anche se verdi potrebbero in realtà nascondere un'indicazione diversa, a causa di possibili fenomeni di fosfeno o di guasti improvvisi alla rete elettrica o, si aggiunge, all'azione sconsiderata di esperti sabotatori[161]. Appare necessaria anzitutto una precisazione preliminare, al fine di ricondurre il problema ai suoi termini effettivi. Se, come sembra, la regola cautelare della cui violazione si discute nel caso riportato in precedenza consiste nell'obbligo di arrestare il veicolo in presenza di un semaforo rosso, nell'ipotesi in cui il semaforo indichi il segnale di verde a causa di un guasto o di una manomissione del sistema elettrico, nessuna regola cautelare viene violata da parte dell'automobilista che, si ripete, ha l'obbligo di fermarsi in presenza di un semaforo rosso e non verde. Resta quindi il caso del fenomeno di fosfeno, per cui il semaforo, ancorché rosso, appaia verde agli occhi del conducente. La struttura di una regola cautelare può così essere schematizzata:

"In presenza della situazione A è prevedibile che si verificherà un evento del tipo X che si può evitare tenendo un comportamento Y".

---

potrebbe rivelarsi pericolosa; ma il fantomatico "uomo accortissimo" potrebbe invece accertare che la lesione in questione si trova a qualche millimetro di distanza rispetto alla posizione in cui potrebbe in effetti risultare pericolosa; con l'inaccettabile conseguenza che nel caso in cui si verifichi un incidente mortale il parametro della miglior scienza ed esperienza imporrebbe la piena assoluzione dell'automobilista. L'esempio non risulta convincente per il semplice fatto che se l'incidente si è verificato a causa della fessura significa che la valutazione *ex ante* non è stata condotta sulla base della miglior scienza ed esperienza.

[161] G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., pp. 432-433.

Richiedere una predeterminazione oggettiva della regola cautelare comporta anzitutto la predeterminazione del comportamento Y rispetto al momento della condotta. Non pare ci siano difficoltà a ritenere che a questa riconoscibilità "oggettiva" della regola debba corrispondere sul piano "soggettivo" una riconoscibilità della situazione A[162]. Può anche ritenersi che se il semaforo indicava il segnale di rosso il conducente che nonostante ciò attraversi l'incrocio cagionando un incidente abbia violato la regola cautelare che gli imponeva di arrestare il veicolo; deve tuttavia escludersi la sua responsabilità per colpa in quanto manca la riconoscibilità della situazione di pericolo, da accertarsi – come si cercherà di chiarire – secondo il parametro dell'agente concreto; a meno che, si intende, il soggetto non fosse a conoscenza (ipotesi a dir la verità assai improbabile) del fenomeno in conseguenza del quale la luce del semaforo apparisse verde anziché rossa. In ogni caso la riconoscibilità della situazione di pericolo va valutata in riferimento alla situazione concreta e non impone certo un obbligo di preventiva informazione circa i fenomeni atmosferici che possono comprottere l'esatta percezione del colore di una luce.

La ragione per la quale la costruzione della regola cautelare sulla base del criterio oggettivo ed assoluto rappresentato dalla miglior scienza ed esperienza non appare pienamente convincente risiede altrove.

In primo luogo, il parametro della miglior scienza ed esperienza, visto il suo carattere non solo oggettivo ma anche assoluto, trova il suo "naturale" ambito di operatività in sede di accertamento del rapporto causale. Di conseguenza, l'obbiettivo che si è ritenuto di dover assumere quale costante premessa metodologica nella presente trattazione, ovvero la demarcazione più chiara possibile tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato, uniti alla preoccupazione di un'adeguata valorizzazione della colpa quale criterio di imputazione soggettivo e, quindi, per definizione, non di carattere assoluto, suggeriscono che l'individuazione della regola cautelare debba avvenire impiegando un criterio sì "oggettivo", ma di tipo "relativo": e il parametro che risponde appieno a queste caratteristiche è quello comunemente individuato come dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*.

Nonostante l'agente-modello venga sovente identificato come la misura che consente un'adeguata individualizzazione della responsabilità colposa, nel rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, non sembra sussistano dubbi particolari in merito al carattere suo carattere eminentemente "oggettivo". Come è stato efficacemente osservato, fino a quando il giudizio di negligenza viene fondato sul raffronto tra ciò che l'agente-modello avrebbe potuto e dovuto e ciò che l'agente concreto non ha fatto, il confronto assume quali termini entità tra loro

[162] Cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 205: «La conclusione è dunque che la *tipicità* colposa è costituita dalla violazione della diligenza i.e. dal non aver impiegato doverosamente i mezzi necessari ad evitare la verificazione del fatto, e cioè non essersi resi conto di un pericolo che si aveva il dovere di riconoscere» (corsivo originale).

irriducibilmente differenti; con l'ulteriore conseguenza per cui la diligenza verrà misurata mediante criteri che rimangono esterni al soggetto agente e che, in definitiva, si fondano sull' *id quod plerumque accidit*[163]. Anche a voler restare fedeli ad una tradizione che vede nel parametro in questione una misura di tipo soggettivo, deve pur sempre ammettersi che si tratta di criterio soggettivo per definizione "astratto", introdotto per evitare che l'operatività della colpa restasse in definitiva paralizzata da pretese di una sua estrema soggettivizzazione, attuate mediante il ricorso al parametro dell'agente concreto[164].

Del resto, solo nominalisticamente il parametro dell'agente-modello focalizza l'accertamento sul soggetto agente, o, *rectius*, sul suo equivalente astratto. Il parametro dell'*homo eiusdem*, in effetti, fa riferimento non tanto all'agente-modello, inteso quale astrazione delle conoscenze e delle capacità dell'agente concreto, quanto piuttosto all'attività-modello nella quale l'agente concreto si trova ad operare e alle cui regole, indipendentemente dalle sue condizioni particolari, lo stesso è chiamato ad uniformarsi[165]. È a questa circostanza, a ben vedere, cui si fa riferimento quando si afferma che chi decide di riparare un tetto, anche se dovesse trattarsi del padrone di casa, verrà giudicato secondo il metro dell'operaio specializzato, esperto ed accorto; allo stesso modo, se qualcuno si mette alla guida di un autoveicolo dovrà comportarsi come un esperto e accorto automobilista, anche se, per ipotesi, non avesse ancora ottenuto la patente di guida[166]. Quel che assume rilevanza, in altri termini, è non solo **il tipo di agente**, ma anche e soprattutto il tipo di attività di cui l'agente stesso abbia intrapreso lo svolgimento o, più in generale, il **tipo di situazione** in cui il soggetto di trovi ad operare.

Appare condivisibile in quest'ottica l'osservazione secondo la quale a rivelarsi decisiva è l'assunzione oggettiva dei compiti e dei doveri di un certo modello di diligenza, in quanto con l'ingresso in un circolo di rapporti si garantisce di saper

---

[163] F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 126-131. Sul carattere "oggettivo" del parametro dell' *homo eiusdem professionis et condicionis*, v. anche G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 546 e M. ROMANO, *Art. 43*, *Commentario sistematico*, cit., p. 458. Parlano di «misura oggettiva-soggettiva» G. FORTI, voce *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 949 e S. CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 118.

[164] *Infra*, § successivo.

[165] Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pp. 458-459, il quale avverte che attraverso il riferimento all'*homo eiusdem professionis et condicionis* si attribuisce rilevanza al ruolo sociale svolto dall'agente nel momento concreto, non a quello suo proprio professionalmente. Con la conseguenza che la standardizzazione avviene per la concreta attività posta in essere. Sul punto chiaro anche M. MAIWALD, *Il concetto di rischio consentito nella scienza penale tedesca*, in *L'evoluzione del diritto penale tedesco*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 183: «la questione del dovere di diligenza va sempre posta con riferimento alla situazione: vero è che la misura delle precauzioni dovute dall'autore di un delitto colposo è indicata dall'"uomo coscienzioso ed avveduto della stessa cerchia di soggetti, alla quale appartiene colui che ha agito", ma tale uomo va considerato "nella concreta situazione, nella quale si è trovato il soggetto che ha agito».

[166] G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 194. Per analoghe considerazioni anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 337.

riconoscere ed affrontare i pericoli che potrebbero presentarsi secondo lo *standard* del circolo di riferimento[167]. Questa assunzione crea l'affidamento che il singolo, intraprendendo una certa attività, ai adeguerà alla misura diligenza propria del circolo di rapporti nel quale è inserito[168].

Due precisazioni si impongono però al riguardo. Anzitutto, si ripete, a venire in considerazione è non tanto una categoria di soggetti, quanto piuttosto una categoria di attività o, meglio ancora, di situazioni entro le quali il soggetto si trova ad operare. Così, per esempio, nessuna difficoltà sussiste ad individuare un circolo di riferimento quando si tratti di valutare l'attività di un medico, di un automobilista o di un ingegnere. Si pensi invece al padre che, disteso a prendere il sole, non sorvegli suo figlio che poi annega in mare; o alla donna che lasci la pentola sul fuoco ed esca per delle compere, non impedendo che l'acqua fuoriuscita spenga la fiamma, determinando una fuga di gas e, dunque, un'esplosione innescata dall'interruttore al suo rientro. Di certo non è da un ipotetico modello di "padre" o di "casalinga" che possono trarsi utili indicazioni per individuare la regola cautelare che eventualmente sia stata violata; sarà piuttosto al "padre che accompagna al mare il proprio bambino" o alla "donna ai fornelli" che dovrà farsi riferimento; in altri termini, come si diceva, al soggetto calato in una certa "situazione-tipo" cui può essere ricondotta la situazione concreta.

In secondo luogo, ogni considerazione che metta in relazione il complesso di regole cautelari individuabili in riferimento ad una certa attività con l'affidamento che il resto dei consociati ripone in un comportamento conforme alle regole stesse, per quanto sia in grado di fornire indicazioni utili in tema di colpa penale, può essere adeguatamente riferita alle sole attività che importano la partecipazione di una pluralità di soggetti o, come si dice comunemente, degli "obblighi divisi"[169], come avviene nelle ipotesi tradizionali della circolazione stradale o dell'attività medico-chirurgica. Non avrebbe invece alcun senso parlare di "attesa riposta in un comportamento di un certo tipo" in tutti i casi in cui la condotta attiva od omissiva del singolo assuma rilevanza "in quanto tale" e non in quanto inserita in una più ampia rete di comportamenti analoghi, orientati proprio in base alle caratteristiche proprie di un certo gruppo: nel caso fatto in precedenza del padre che non sorvegli adeguatamente suo figlio, per esempio, sarebbe quanto meno improprio ritenere che colui che svolge l'attività di genitore si inserisce in un circolo di rapporti all'interno del quale ciascuno degli appartenenti si aspetti dagli altri l'adeguamento a certi *standard* di diligenza e orienti di conseguenza il proprio comportamento.

Sembra comunque che si possa convenire, in via di prima approssimazione, con la considerazione per cui lo scopo delle regole cautelari è quello di evitare o di

---

[167] Ancora G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 194.

[168] G. FORTI, *Colpa ed evento*, p. 242. Sul principio di affidamento più diffusamente *infra*, Cap. IV, § 5.

[169] Per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 342.

limitare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dallo svolgimento di attività pericolose e che questa finalità venga soddisfatta mediante l'individuazione di regole di esperienza derivanti dall'osservazione ripetuta nel tempo di certe situazioni pericolose, di modo che le «regole di diligenza vigenti nei vari contesti sociali di riferimento rappresentano la *"cristallizzazione" di giudizi di prevedibilità ed evitabilità ripetuti nel tempo*»[170]: giudizi condotti, in definitiva, sulla base dell' *id quod plerumque accidit*.

Dalla considerazione per cui la regola cautelare contribuisce già all'individuazione della condotta deriva come necessaria conseguenza che, nel caso in cui il soggetto non contravvenga ad alcuna regola di diligenza, sia per ciò solo preclusa la possibilità di individuare una condotta penalmente rilevante, indipendentemente dalle conseguenze dannose o pericolose derivate dal comportamento "diligente" del soggetto stesso. Non sembra dunque che la risoluzione dei casi *de quibus* necessiti del riferimento alla superiore categoria, peraltro di incerta qualificazione dogmatica, del c.d. rischio consentito[171], cui si fa comune riferimento nell'ambito della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento.

Se il concetto in questione viene affrancato dai suoi legami con l'adeguatezza, esso esprime il principio, difficilmente contestabile, per cui se il soggetto si muove entro i limiti di liceità tracciati dall'ordinamento nessun rimprovero può essergli mosso per eventuali conseguenze dannose o pericolose della propria "condotta". Si tratta di un principio di carattere generale che, a ben vedere, è sotteso anche all'idea del "non c'è dolo senza colpa"[172]: se il chirurgo, pur desiderando ardentemente che il proprio rivale perisca sotto i ferri, esegue l'intervento a regola d'arte, nessun dubbio sull'esclusione della sua responsabilità penale, anche se l'operazione dovesse avere esito infausto.

Ma, si ripete, - tralasciando la questione relativa alla correttezza del principio generale per cui non c'è colpevolezza dolosa senza colpevolezza colposa - alla conclusione in questione si perviene agevolmente se solo si concordi nel riconoscere una funzione tipizzante alla regola cautelare in sede di descrizione della condotta penalmente rilevante. Nell'ambito delle attività in sé pericolose, ma autorizzate dall'ordinamento in quanto socialmente utili, le regole cautelari individuano il perimetro di liceità entro cui ciascun consociato può svolgere la propria attività senza dover rispondere delle conseguenze che potrebbero per definizione derivarne, visto il non completo azzeramento del pericolo.

---

[170] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 538.

[171] Si rinvia fin da ora a M. MAIWALD, *Il concetto di rischio consentito*, cit., pp. 175 e ss.. Per una più diffusa illustrazione della teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento v. invece *infra*, Cap. III, § 5.

[172] G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., spec. pp. 25-26.

Può dunque continuare a farsi utile riferimento al "rischio consentito" se, anziché considerarlo una categoria sistematica nuova ed autonoma[173], con esso si indichi il principio per cui, qualora il soggetto si adegui alle regole di prudenza riferibili ad un determinato settore, dovrà escludersi una sua responsabilità penale per le conseguenze che ne sono derivate, non già perché difetti un nesso di causalità materiale e/o un'imputazione oggettiva dell'evento, ma, ancor prima, per la mancanza di una condotta penalmente rilevante.

7.2. B) La funzione soggettiva della colpa. L'agente concreto.

Si è già anticipato che la teorica della "doppia misura" della colpa può assumere piena autonomia dogmatica solo differenziando il parametro di accertamento della misura oggettiva rispetto a quello della misura soggettiva. E si è anche visto come, coerentemente a questa premessa, chi ritiene che la misura soggettiva si fondi sul parametro dell'agente-modello, conduce l'individuazione della regola cautelare sulla base di un parametro non solo oggettivo ma anche assoluto, quale quello offerto dalla miglior scienza ed esperienza del momento storico. Si è cercato di chiarire le ragioni per cui sembra preferibile che l'individuazione della regola di condotta sia affidata ad un parametro pur sempre oggettivo ma di tipo relativo, costituito in particolare dall'*homo eiusdem professionis et condicionis*, inteso come riferimento alla situazione-tipo entro cui l'agente si trova ad operare.

Si pone dunque l'esigenza di individuare un secondo parametro, diverso dall'agente-modello, in grado di riempire di contenuto la misura soggettiva della colpa. A nostro avviso il ruolo in questione sembra poter essere efficacemente svolto dall'agente concreto[174].

Nella rassegna dei possibili parametri alla stregua dei quali "misurare" la prevedibilità e l'evitabilità nel reato colposo si esclude tradizionalmente la possibilità di far riferimento all'agente concreto, riproponendo pressoché tralaticiamente la seguente argomentazione: dovendosi tener conto di tutte le circostanze soggettive (fisiche e psichiche) che hanno accompagnato la realizzazione della condotta, il solo fatto che l'agente concreto, in quella specifica situazione, non ha previsto l'evento condurrebbe inevitabilmente a concludere che l'evento stesso non era da lui prevedibile ed evitabile e, quindi, che non era in concreto "esigibile" una condotta

---

[173] D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 358 individua nel "rischio consentito" un concetto puramente formale, sprovvisto di autonomia concettuale rispetto alla determinazione delle regole di diligenza dalla cui osservanza dipende il riconoscimento del rischio come consentito.

[174] Sulla ricostruzione della doppia misura della colpa come congiunta operatività dei parametri dell'agente modello (misura oggettiva) e dell'agente concreto (misura soggettiva) nella nostra dottrina M. ROMANO, *Art. 43*, *Commentario sistematico*, pp. 458 e467-468.

conforme rispetto al modello descritto dall'ordinamento[175]. Da qui l'esigenza di individuare un parametro che si ponga quale medio virtuoso tra due esigenze contrapposte: da un lato si tratta di assicurare un certo grado di generalizzazione nell'individuazione della regola cautelare tale da garantirne la previa riconoscibilità e, al contempo, in grado di non paralizzare l'accertamento della colpa attraverso la sua estrema soggettivizzazione; dall'altro però resta la necessità di preservare quel minimo di aderenza alla situazione concreta che consenta di continuare a qualificare la colpa come criterio di imputazione soggettiva[176]. Un parametro eccessivamente generalizzante, del resto, non sarebbe riuscito a rendere conto delle innumerevoli articolazioni della vita sociale e delle conseguenti differenziazioni tra "tipi sociali" sempre più numerose: il parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, da questo punto di vista, ha rappresentato lo strumento attraverso cui «ridurre il livello di generalizzazione dal punto di vista oggettivo, per adeguarlo alle molteplici articolazioni della vita collettiva allargando il numero delle circostanze concrete di cui occorre tener conto nell'operare del giudizio di colpa»[177].

La consueta argomentazione in base alla quale si è esclusa la possibilità di utilizzare l'agente concreto quale misura della responsabilità per colpa appare per certi versi assai simile a quella attravesro cui si esclude che l'accertamento del requisito dell'idoneità degli atti nel tentativo vada effettuato *ex post*: il fatto che non si è realizzato il delitto voluto, si osserva, starebbe a significare che non ne esistevano tutte le condizioni e, dunque, gli atti posti in essere risulterebbero sempre inidonei a commettere il delitto. Inconveniente che sarebbe evitato ricorrendo al criterio della c.d. prognosi postuma, ovvero ad un giudizio ipotetico effettuato *ex ante*, al momento in cui viene posta in essere la condotta tipica[178]. È stato tuttavia

---

[175] M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig)*, p. 639 ravvisa un vero e proprio «vizio logico» «nel parlare di possibilità di un avvenimento di non si è verificato, quando non si astragga da almeno una delle circostanze del caso concreto». F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 336; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 181-184; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 428. V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 294, pur concordando sulla necessità logica che il criterio soggettivo possa operare solo facendo astrazione da alcune circostanze dell'azione in esame, ritiene che il rilievo in questione non ne dimostra ancora l'impraticabilità concreta: «non è affatto arbitrario stabilire un quadro delle caratteristiche personali dell'agente facendo astrazione dal comportamento oggetto di giudizio. E se proprio di arbitrarietà si vuole parlare (peraltro a torto), il criterio oggettivo […] non si rivela certamente, sotto tale profilo, più affidabile di quello soggettivo».

[176] M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig)*, p. 639. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 185 osserva al riguardo che il riferimento alla persona dell'agente potrebbe assumere rilievo decisivo, in quanto proprio una sua particolare capacità o conoscenza, o una sua accentuata incapacità o ignoranza possono fondare o escludere l'addebito per colpa: si pensi all'esempio tipico del ricercatore che maneggia sostanze le cui proprietà pericolose sono note soltanto a lui. Del resto, precisa il medesimo Autore, lo stesso contenuto dell'obbligo di diligenza può dipendere in maniera significativa dalle capacità personali dell'agente: un uomo molto anziano non potrà gettarsi nelle acque gelide per salvare il nipotino che rischia di annegare, ma potrà e dovrà invocar l'aiuto di altre persone.

[177] V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 300.

[178] Per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 431.

efficacemente dimostrato come un simile modo di ragionare non tenga in considerazione che la condotta umana è solo una delle condizioni che costituiscono la causa di un certo risultato: con la conseguenza che se il risultato in questione non si realizza ciò non va necessariamente attribuito ad una inidoneità della condotta stessa, ben potendo dipendere dall'incidenza di fattori diversi, rilevanti allo stesso modo sotto il profilo causale[179].

L'osservazione per cui "se le cose sono andate in un certo modo significa che non sarebbero potute andare diversamente" appare criticabile anche in riferimento al ruolo svolto dall'agente concreto nel giudizio di responsabilità per colpa, sebbene per ragioni differenti da quelle addotte in tema di idoneità degli atti nel tentativo. Anzitutto, come si è precisato più di una volta, proprio lo studio del reato colposo e di quello omissivo ha favorito il passaggio, nella sistematica del reato, dal rilievo attribuito a "ciò che è stato" sul piano naturalistico alla valorizzazione di "ciò che poteva-doveva essere" sul piano normativo. In un'ottica di questo tipo l'accertamento di quanto avvenuto dal punto di vista materiale rappresenta pur sempre il necessario punto di partenza, in quanto consente di verificare che il modello di comportamento individuato in via astratta da parte del legislatore è stato disatteso; ma il giudizio di responsabilità penale può essere completato solo mediante il ricorso a valutazioni di tipo ipotetico-normativo, mediante le quali verificare la dominabilità oggettiva e soggettiva in riferimento al fatto posto in essere[180].

Alle considerazioni in questione sembra possa farsi utile riferimento anche per sostenere la piena utilizzabilità della misura dell'agente concreto. La circostanza che l'agente non abbia preveduto (in concreto) il verificarsi di un certo risultato significa solo che non si è adeguato al modello di agire diligente cui l'ordinamento attribuisce rilevanza, ma non significa anche che, in quelle stesse condizioni, il soggetto non avrebbe potuto prevedere che dalla propria condotta derivassero conseguenze pregiudizievoli per uno o più interessi. Sarebbe come dire, *mutatis mutandis*, che se il

---

[179] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, 2003, pp. 76-78.

[180] Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 157-158, il quale rileva come la considerazione secondo la quale l'azione di una misura esattamente corrispondente alle capacità dell'agente *hic et nunc* non sarebbe logicamente ipotizzabile, equivale solo ad ammettere che nel giudizio di responsabilità per colpa l'interprete non può limitarsi ad esaminare il comportamento effettivamente tenuto dall'agente, ma deve anche considerare il comportamento che questi avrebbe potuto tenere. Niente impedirebbe dunque di assumere quale parametro le capacità dell'agente reale, con il solo accorgimento di considerarle non per come sono state impiegate nella situazione reale, ma per come avrebbero potuto esplicate. Anche T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, cit., p. 845 avverte che l'affermazione per cui "il non aver previsto è la prova dell'impossibilità di prevedere" significherebbe ammettere che tutto ciò che nella realtà non si realizza è per ciò solo impossibile a realizzarsi: ma questo, conducendo in definitiva ad un rimprovero per il carattere (si punisce il soggetto per il semplice fatto di non aver prestato la diligenza richiesta a ciascun consociato), snaturerebbe lo stesso concetto di colpevolezza in senso normativo e finirebbe per condurre ad estromettere dal giudizio di responsabilità per colpa ogni considerazione relativa alle possibilità di «controllo e di dominio» del singolo.

campione olimpionico realizza una prestazione deludente, per ciò solo deve concludersi che in quella manifestazione sportiva non poteva davvero fare di meglio. Se, insomma, il passaggio dall'"attuale" al "potenziale" è una delle caratteristiche più evidenti che connotano l'accertamento della colpa, non si vede la ragione per cui la presente operazione non debba essere perseguita fino in fondo anche in riferimento alla questione *de qua*.

Più precisamente, sembrerebbe che quel criterio della **prognosi postuma**, al quale, si è visto, non è necessario ricorrere in riferimento alla tematica, per certi versi simile, dell'accertamento dell'idoneità degli atti nel delitto tentato, possa invece offrire un valido riferimento per ciò che attiene alla misura soggettiva della colpa. Se, infatti, l'accertamento di "ciò che è stato" viene necessariamente condotto muovendo da un'ottica *ex post*, l'accertamento di "ciò che poteva-doveva essere" richiede di porsi mentalmente nel momento in cui viene posta in essere la condotta che vìola il modello di comportamento diligente o, in ogni caso, in un momento antecedente al verificarsi del risultato vietato dall'ordinamento; e ciò non tanto per astrarre da una o più circostanze che caratterizzano il caso concreto, quanto piuttosto, si ripete, per verificare se le capacità e le conoscenze dell'agente concreto gli consentivano di formulare un giudizio di prevedibilità in relazione all'evento che poi effettivamente si è verificato[181].

A ciò si aggiunga che il parametro dell'agente concreto è l'unico in grado di assicurare quella necessaria personalizzazione del giudizio di colpa imposta non da un pretesa essenza ontologica e di marca eticizzante attribuibile al criterio di imputazione in questione, ma da una completa valorizzazione del principio di colpevolezza[182] o, il che è lo stesso, da una convinta affermazione della colpa come criterio di imputazione soggettiva. A questa esigenza di "personalizzazione", del resto, sembra facciano costante riferimento anche le ricostruzioni che, contestando l'ammissibilità del parametro offerto dall'agente concreto si affidano integralmente alla misura dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Due sono in proposito le

[181] Cfr. M. ROMANO, *Art. 43*, *Commentario sistematico*, cit., p. 468: «Con riguardo quindi ai limiti fisico-intellettuali (non invece emotivo-caratteriali), il giudizio di formula chiedendosi se un altro soggetto dotato delle conoscenze, energie, esperienza dell'agente al momento del fatto (ovvero l'agente stesso "pensato" senza la condotta in questione) sarebbe secondo la comune esperienza stato in grado di osservare la regola di diligenza violata». *Contra*, M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig)*, cit., p. 639, in quanto il criterio della prognosi postuma condurrebbe a negare la sussistenza della colpa in cosa di una condotta tenuta in circostanze tali da escludere la rappresentabilità, da parte dell'agente, di un risultato vietato dal diritto, già prima che la condotta stessa venisse intrapresa; ciò anche quando la violazione della regola cautelare consisterebbe proprio nell'intraprendere un certo comportamento in quelle condizioni. Sulla necessità di un accertamento *ex ante* del requisito della prevedibilità in tema di elemento soggettivo, contrapposto all'accertamento *ex post* della stessa prevedibilità in sede di ricostruzione del rapporto di causalità materiale Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartalini, cit., c. 566.

[182] M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pp. 467-468.

argomentazioni dalle quali si ricava una più o meno marcata "individualizzazione" dell'agente-modello:

a) Il parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* viene usualmente "corretto" tenendo conto delle maggiori conoscenze eventualmente possedute dall'agente concreto, che nel caso in cui fosse depositario di una scienza e un'esperienza superiori al gruppo di riferimento o addirittura, per ipotesi, coincidenti con il massimo livello ipotizzabile nel momento storico di riferimento, si troverebbe a beneficiare di un ingiustificato trattamento di favore[183]; sebbene non si sia mancato di osservare che in caso di innalzamento della misura di diligenza dovuta rispetto allo standard del gruppo di riferimento, solo "apparentemente" l'obbligo di diligenza è fondato su una scala del tutto individuale[184].

b) Si osserva correttamente, a conferma che ad assumere rilevanza non è tanto il modello di agente quanto piuttosto il modello di attività svolta, che non solo il medesimo soggetto può essere ricondotto a più agenti-modello specifici, in relazione al tipo di attività che viene in considerazione (automobilista-modello, cacciatore-modello, etc.), ma che anche nell'ambito della stessa attività può essere individuata una pluralità di agenti-modello. L'esempio comunemente riportato è quello dell'attività medico-chirurgica, all'interno della quale sarà necessario distinguere, quanto meno, tra il medico generico e il medico specialista; quest'ultimo, a sua volta, apparterrà a gruppi diversi a seconda della specializzazione esercitata[185]. La premessa viene portata alle sue estreme conseguenze da chi ritiene che la prevedibilità e l'evitabilità vanno misurate sì secondo l'agente-modello specifico, ma in concreto, tenendo conto di tutte le circostanze in cui il soggetto si è trovato ad operare; ciò consente di attribuire rilevanza anche a quelle conoscenze causali di particolari situazioni di pericolo da parte dell'agente, come nel caso dell'automobilista che, abitando in un certo quartiere, conosce perfettamente la pericolosità di un incrocio o sa dell'uscita degli scolari in certi orari[186]. Ciò da un lato rimanda alle precedenti considerazioni circa il necessario innalzamento dello *standard* di diligenza in presenza di particolari conoscenze dell'agente concreto che lo "distinguano" dal gruppo di appartenenza; dall'altro dimostra come il deciso rifiuto per forme di accertamento di stampo individualizzante sia più apparente che reale e risulti dettato dalla preoccupazione, a nostro avviso non fondata, di restare imbrigliati in un vizio logico che, muovendo dalla premessa per cui nel caso concreto il soggetto non ha previsto ed evitato il risultato vietato, impedisca di ritenere che

[183] G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 195; M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig)*, cit., p. 640; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., p. 157; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 339, nota n. 48.

[184] G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 196.

[185] Per tutti ancora G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 196-197.

[186] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 338.

quello stesso soggetto in quella medesima situazione avrebbe potuto prevederlo ed evitarlo.

Del resto, come replicato dai "soggettivisti", visto che sulla base di ogni caratteristica comune a più persone è possibile costruire una classe, non si vede perché accanto alla classe dei medici e degli operai non possa individuarsi anche quella dei miopi o delle persone a cui manca la mano destra: sarebbe del tutto arbitrario attribuire rilevanza solo a determinati raggruppamenti, ma se si valorizzassero tutte le caratteristiche comuni a più soggetti si arriverebbe necessariamente a tener conto di tutte le caratteristiche dell'agente concreto, confermando in definitiva la validità della concezione soggettivistica[187].

L'arricchimento del parametro dell'agente-modello con le **maggiori conoscenze** eventualmente possedute dall'agente concreto, cui si è fatto cenno, necessita tuttavia di alcune precisazioni. Si è infatti osservato come il correttivo in questione non rappresenterebbe una concessione ad una pretesa misura soggettiva della colpa, in quanto sarebbe pur sempre necessario mantenere ben ferma la distinzione tra:

- l'insieme di *percezioni e conoscenze* necessarie per formulare un giudizio prognostico in merito alla possibile verificazione del fatto;
- le *capacità* necessarie per conseguire ed utilizzare tali percezioni e conoscenze e per comportarsi conformemente ad esse[188].

In particolare, sarebbero solo le migliori cognizioni causali del soggetto agente a poter rilevare ai fini del giudizio di colpa, non anche le sue capacità ulteriori rispetto al modello di riferimento[189]. È dunque la sola situazione intellettiva del soggetto a venire in considerazione: egli ha il dovere di riconoscere la possibile verificazione del fatto quando sia dotato non tanto di conoscenze superiori rispetto alla media, quanto piuttosto di conoscenze peculiari in riferimento alla situazione concreta: si pensi, per intendersi, all'esempio precedente dell'automobilista che, abitando *in loco*, conosca la particolare insidiosità di un certo incrocio[190]. Ben diverso sarebbe il caso in cui, mediante la valorizzazione delle conoscenze superiori, si intendesse attribuire rilevanza anche alle particolari abilità dell'agente, derivanti non dalla situazione concreta, ma da sue personali attitudini del tutto avulse dal contesto di riferimento. Il caso spesso proposto è quello del pilota di Formula Uno al quale, si dice, non può richiedersi di impiegare tutta la perizia di cui pure sarebbe capace anche fuori gara, in quanto il diritto penale non può esigere, sempre e

---

[187] LEONHARD, *Fahrlässigkeit und Unfähigkeit*, in *Festgaben der Marburger Juristischen Fakultät für L. Ennecerus*, 1913, pp. 9 e 13 come citato da V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., pp. 302-303.

[188] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 271.

[189] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 272-274 e G. FORTI, voce *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 951; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 459.

[190] L'esempio in questione viene contrapposto a quello del corridore professionista da M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 460.

comunque, che il soggetto impieghi tutte le sue capacità eccezionali, finendo, in definitiva, per sottoporlo ad una trattamento di sfavore rispetto agli altri consociati che intraprendono quella stessa attività: nel caso in questione, dunque, qualora si verificasse un incidente stradale il corridore professionista dovrebbe essere valutato secondo il parametro dell'automobilista non corridore[191].

La distinzione tra "conoscenze" e "capacità", tra "scienza" ed "esperienza" non si rivela a ben vedere del tutto convincente. Anzitutto non si comprende appieno la ragione di un simile *distinguo*. Si è tentato di differenziare il rilievo delle particolari capacità del singolo in base alla circostanza per cui lo stesso agisca o meno in un contesto di tipo "professionale"[192]: così, se il pilota professionista che circola in autostrada deve comportarsi come un comune automobilista, non altrettanto può dirsi per il medico che, casualmente presente sul luogo di un incidente stradale, intervenga in soccorso di uno dei feriti adagiandolo in posizione sbagliata. Seguendo questa logica, dunque, nessun rimprovero potrebbe essere mosso al padre centometrista che, vedendo il figlio in pericolo al centro della carreggiata, corra verso di lui ad una velocità ben al di sotto delle sue reali capacità, eppure corrispondente alla media di un non atleta, non riuscendo ad impedire l'investimento del bambino.

Più coerente, e in linea al rilievo che si è ritenuto di attribuire alla c.d. misura soggettiva della colpa, sembrerebbe l'opinione di chi ritiene che, anche in presenza di attività standardizzate, nessuna preventiva regolamentazione potrebbe esonerare dall'impiegare ogni capacità di cui il soggetto disponga per evitare il prodursi di un fatto di reato: «nel caso di chi agisca negligentemente, per indifferenza verso i beni giuridici altrui, sarebbe intollerabile considerare come limite massimo le capacità che gli altri, ma non lui, normalmente possiedono»[193].

In caso contrario, del resto, si incorrerebbe nel paradosso di richiedere che chiunque si metta alla guida si comporti come un esperto ed accorto automobilista, anche per non vanificare l'affidamento che gli altri consociati ripongono nel corretto svolgimento di una certa attività[194], e di giudicare il pilota professionista secondo

---

[191] Per analoghe considerazioni in relazione al medesimo caso v. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 339, nota n. 48. H. H. JESCHECK, *Struttura e trattamento della colpa*, cit., p. 373, senza alcuna distinzione tra conoscenze e capacità, rileva che il criterio oggettivo della colpa garantisce che nessuno sia chiamato a fornire più diligenza di quella generalmente richiesta, sebbene il singolo potrebbe forse adeguarsi ad un livello più elevato.

[192] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 277-278 (v. anche nota n. 290), anche per le necessarie indicazioni bibliografiche al riguardo.

[193] G. STRATENWERTH, *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 651, che risolve gli esempi portati nel testo nel senso della rilevanza delle capacità speciali dell'agente, indipendentemente dalla distinzione tra attività standardizzato o meno, o tra settori riguardanti la vita privata o professionale. Alle medesime conclusioni pervengono quegli Autori per i quali l'innalzamento dello *standard* di diligenza opera, indifferentemente, in presenza di cognizioni o capacità superiori del singolo agente: per esempio G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 195.

[194] In questo senso, fra gli altri, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 279-280, in relazione alla possibile rilevanza delle capacità o conoscenze inferiori possedute dal singolo rispetto all'agente

standard più bassi di quelli cui lo stesso potrebbe adeguarsi, sol perché, sembrerebbe, le esigenze sottese al principio di affidamento sarebbero comunque soddisfatte. Una rincorsa alla (o un appiattimento sulla) "media virtuosa" che, si ripete, non sembra trovare convincenti giustificazioni.

Il rischio di un'estrema soggettivizzazione del giudizio di colpa, a tutto discapito dell'individuazione della regola cautelare su basi oggettive, sembrerebbe in realtà risiedere altrove. In effetti, sebbene si sia osservato che dal riconoscimento di una doppia funzione della colpa potrebbe derivare un'inaccettabile oggettivizzazione dei rinvii normativi alla negligenza, imprudenza e imperizia, con la scomparsa dei profili realmente soggettivi della colpa[195], si ha a volte un'impressione esattamente opposta. Nonostante il nominalistico rifiuto del parametro dell'agente concreto che spesso caratterizza le ricostruzioni in tema di colpa, può infatti accadere che, al contrario, le peculiarità dell'agente concreto "retroagiscano" sull'individuazione della regola cautelare che descrive il comportamento diligente doveroso. Sono due in particolare le ipotesi che vengono in considerazione.

1) Il primo gruppo di situazioni conferma che la tematica delle maggiori conoscenze e/o capacità possedute dall'agente concreto rappresenta un autentico *punctum pruriens* della sistematica della colpa, che neppure la teorica della doppia misura riesce sempre a risolvere con immediatezza. Il riferimento è a quei casi in cui la sola regola cautelare della quale si può ipotizzare l'operatività nel caso di specie, lungi dal ricavarsi da un'osservazione ripetuta nel tempo che la renda riconoscibile dagli appartenenti ad una certa categoria, può essere formulata unicamente muovendo dalle conoscenze che il solo agente concreto possiede. L'esempio di scuola è rappresentato dal ricercatore che maneggia in maniera imprudente delle sostanze pericolose le cui proprietà sono solo a lui note, cagionando così un incidente[196]. La situazione è del tutto differente rispetto a quelle esaminate in precedenza dell'automobilista che è anche pilota professionista o del medico che interviene in occasione di un incidente stradale: in quei casi, infatti, mentre il contenuto della regola cautelare è già individuabile, indipendentemente dalla scienza e

---

modello. Lo stesso Autore, in voce *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 948, sembrerebbe individuare nel principio di affidamento la *ratio* generale dell'imputazione colposa («L'imputazione colposa trova allora la sua ragion d'essere in un rimprovero di non conformità a regole preventive scritte e, dunque, alle ragionevoli aspettative di comportamento diligente nutrite dal corpo sociale»). Sul ruolo svolto dal principio di affidamento nella responsabilità colposa v. anche V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., pp. 306-308; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., 199-200.

[195] M. RONCO, in *Il reato*, cit., pp. 538-539.

[196] V. per esempio M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., p. 153. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 196, proprio in riferimento all'esempio in questione, rileva che solo in apparenza l'obbligo di diligenza è fondato su una scala del tutto individuale: il riferimento all'agente-modello resta in ogni caso indispensabile, in quanto nessun soggetto, per quanto innovativa sia l'attività che sta svolgendo, può individuare ed affrontare i pericoli ad essa connessi senza far capo a un presidente patrimonio di esperienze, di cognizioni e di capacità proprie del suo "campo di azione".

dall'esperienza possedute dal singolo agente (compiere una manovra di emergenza al verificarsi di certe condizioni, soccorrere i feriti di un incidente ponendoli in posizione di sicurezza), il dubbio attiene alla possibilità di valorizzare le particolari capacità del singolo che consentono a lui e non anche agli altri appartenenti del suo gruppo di adeguare il proprio comportamento al contenuto della regola cautelare. Nelle ipotesi che ora si prendono in considerazione, si ripete, l'individuazione del contenuto della regola cautelare che si pretende violata non può prescindere dalle conoscenze dell'agente concreto. Potrebbe, è vero, ritenersi che la regola rilevante nell'esempio del ricercatore che compie esperimenti nel segreto del suo laboratorio sia quella che, più genericamente, prescrive di maneggiare con cautela sostanze di cui si conoscono le proprietà pericolose, indipendentemente dai risultati cui è pervenuta al riguardo la scienza ufficiale. Il rischio, tuttavia, è di non assicurare un sufficiente grado di determinatezza nella formulazione della regola a finalità preventiva, sconfinando nel generico (e quindi inservibile) obbligo di "stare attenti" quando si compiono attività pericolose.

2) Il secondo gruppo di situazioni in cui sembra assumente decisiva rilevanza il riferimento al singolo agente è rappresentato dai casi in cui la regola cautelare può assumere contenuti differenti a seconda della situazione e, soprattutto, dell'agente concreto: alla *baby sitter* che non sa nuotare non può rimproverarsi di non essersi tuffata in mare per salvare il bambino, ma la stessa bambinaia può e deve invocare l'aiuto dei presenti o gettare il salvagente che è sulla spiaggia; il padre che non guida non può portare il figlio malato in ospedale con la macchina, ma, per esempio, può (e deve) usare il cavallo che ha a disposizione[197].

Come si vede, le ipotesi cui si fa riferimento, pur prendendo in considerazione un'impossibilità materiale del soggetto di agire nel senso indicato dalla regola cautelare, sono differenti da quelle in cui l'assenza di un potere di fatto del soggetto rileva già come causa di esclusione della condotta omissiva o dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Sono due, in particolare, i casi che vengono in considerazione:

a) la condotta del soggetto è materialmente necessitata, con la conseguenza che manca il requisito della coscienza e volontà della condotta richiesto dall'art. 42, primo comma c.p.[198].
b) in capo al preteso "garante" manca la materiale possibilità di intervento, che costituisce condizione di perfezionamento del trasferimento dell'obbligo e, quindi, della sua operatività (se i genitori escono di casa nonostante la *baby sitter* incaricata non si sia presentata all'orario concordato, la mancata assunzione sul piano materiale dei poteri

[197] Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 185-186.
[198] *Supra* § 3.

impeditivi, impedisce che dell'obbligo di impedimento divenga titolare la *baby sitter* con conseguente effetto liberatorio per i genitori)[199].

Nei casi che ora si prendono in considerazione, la condotta del soggetto non è materialmente necessitata, nel senso che si è cercato più sopra di chiarire; e neppure manca quel "rapporto di fatto" tra il soggetto obbligato ed il bene da tutelare necessario a perfezionare il trasferimento dell'obbligo di impedimento dell'evento. Nei casi in questione, che costituiscono altrettante ipotesi di reati omissivi colposi, nessun dubbio sussiste circa la piena operatività dell'obbligo di impedimento, ma, si ripete, il soggetto, a causa di sue condizioni personali, non può adeguarsi al contenuto di una certa regola cautelare[200]. Se si trattasse dell'unica regola cautelare ipotizzabile per il caso di specie *nulla quaestio*: la sua oggettiva violazione non sarebbe soggettivamente riferibile al soggetto agente. Ma nel caso in cui residui l'operatività di una regola cautelare diversa, la selezione del comportamento diligente doveroso, si diceva, avverrà tenendo in considerazione le caratteristiche dell'agente concreto, che non potrà agire in un certo modo ma potrà pur sempre tenere una condotta diversa.

Entrambe le ipotesi "problematiche" cui si è fatto riferimento possono essere efficacemente risolte solo mediante quella "individualizzazione" della situazione-modello mediante le circostanze del caso concreto, cui si faceva cenno in precedenza. Per intendersi: la regola cautelare andrà individuata non in riferimento ad una qualsiasi bambinaia o ad un padre qualsiasi, ma prendendo in considerazione la bambinaia che non sa nuotare eppure si trova in un luogo affollato, o il padre che non è in grado di guidare l'automobile ma ha un cavallo a disposizione. Allo stesso modo il ricercatore cui dovrà farsi riferimento è quello che si trova ad operare nella situazione concreta e, dunque, il ricercatore che sta conducendo certi esperimenti dei quali lui solo conosce la pericolosità. Ciò, si badi, non significa rinunciare alla distinzione tra misura oggettiva e misura soggettiva della colpa, anticipando il giudizio relativo all'agente concreto già in sede di individuazione della regola cautelare esaurendo l'intero giudizio di colpa e, al contempo, sacrificando la previa riconoscibilità della regola cautelare.

Anzitutto, ben potrebbe accadere che, nonostante la regola sia valida, per esempio, per *una* bambinaia che non sa nuotare, il giudizio di prevedibilità e di evitabilità riferito all'agente concreto dia esito negativo: si pensi al caso in cui si accerti, in concreto, l'inutilità del comportamento alternativo lecito.

Quanto alla predeterminazione della regola cautelare e alla sua preventiva riconoscibilità, il requisito in questione può dirsi utilmente soddisfatto quando la

---

[199] *Supra* § 2.2.

[200] F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 104-106 distingue in proposito tra "impossibilità di agire assoluta", che esclude la stessa esistenza di un'omissione penalmente rilevante, ed "impossibilità di agire relativa", che non libera dall'obbligo di garanzia e, subordinatamente, dall'obbligo di diligenza.

regola sia antecedente rispetto alla condotta del singolo agente, non essendo per contro necessario che la riconoscibilità della regola stessa raggiunga in ogni caso il livello di una sufficiente generalizzazione. In particolare il c.d. principio di affidamento, che pure può fornire indicazioni importanti in tema di responsabilità per colpa, non può assumere sempre e comunque un rilevanza decisiva ed indefettibile. Già si è visto come sia assai discutibile ritenere che l'attesa di un comportamento di un certo tipo da parte della generalità dei consociati venga utilizzata per innalzare lo *standard* di diligenza di coloro che possiedono cognizioni e capacità "inferiori alla media" e, al contrario, per abbassare quello di chi si pone "al di sopra" delle caratteristiche del gruppo. E si è anche precisato che il principio di affidamento, la cui operatività è subordinata alla presenza di regole riconoscibili da tutti gli appartenenti ad un certo circolo di rapporti, può venire in considerazione nelle sole attività che importano la partecipazione di una pluralità di soggetti e quindi una "divisione di obblighi", come avviene nelle ipotesi tradizionali della circolazione stradale o dell'attività medico-chirurgica. Non avrebbe invece alcun senso parlare di "attesa riposta in un comportamento di un certo tipo" in tutti i casi in cui il comportamento attivo od omissivo del singolo assuma rilevanza "in quanto tale" e non in quanto inserito in una più ampia rete di comportamenti analoghi, orientati proprio in base alle caratteristiche proprie di un certo gruppo: si pensi, di nuovo, alla bambinaia o al padre che devono salvare il bambino in pericolo o al ricercatore che compie isolato i propri esperimenti. In casi di questo tipo, si diceva, il requisito della riconoscibilità della regola cautelare è adeguatamente soddisfatto se la regola in questione preesista rispetto alla condotta del singolo, non essendo necessario che si tratti anche di una riconoscibilità sufficientemente generalizzata.

Cerchiamo di tirare le fila dell'intero discorso. Va sicuramente tenuto presente l'avvertimento per cui, se si ritiene che anche la misura soggettiva della colpa per conservare la propria concreta praticabilità necessiti di un certo grado di generalizzazione, la disputa tra oggettivisti e soggettivisti ne risulta notevolmente sdrammatizzata: più che di contrapposizione tra "astratto" e "concreto" dovrebbe parlarsi di un differente grado di generalizzazione, relativo alla selezione delle circostanze su cui fondare la base di giudizio per determinare il "potere" dell'agente concreto[201]. Sembra tuttavia che la strada più fruttuosa sia costituita non tanto dal sostanziale avvicinamento tra la prospettiva "oggettivistica" e quella "soggettivistica", quanto dalla constatazione per cui i punti di vista in questione, lungi dall'esprimere due impostazioni irrimediabilmente contrapposte, evidenzino piuttosto due esigenze complementari per un'esatta ricostruzione del giudizio di responsabilità per colpa, che in ogni caso, soprattutto nelle ipotesi problematiche, sembrerebbe assumere quali irrinunciabili punti di riferimento l'agente concreto e la situazione concreta nella quale lo stesso si è trovato ad operare.

[201] V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, cit., p. 305.

8. La predeterminazione della regola cautelare. Il c.d. momento omissivo della colpa; regola cautelare, obbligo di diligenza e obbligo di impedire l'evento; le regole cautelari come regole "modali".

La trattazione del primo aspetto che contribuisce alla definizione della dominabilità nell'illecito colposo necessita di alcune precisazioni preliminari, che proprio in relazione al reato omissivo assumono precipua rilevanza.

A) *Il c.d. momento omissivo della colpa.* Si osserva comunemente che la componente oggettiva della colpa, consistente nella violazione della regola cautelare, si risolve in definitiva nell'omissione di cautele doverose[202]: chi agisce in maniera imprudente o negligente viene meno al dovere di utilizzare tutte le precauzioni imposte dal caso concreto, che possono coincidere anche con la completa astensione dallo svolgimento di una certa attività. La colpa, in altri termini, sarebbe sempre caratterizzata da un momento omissivo, che costituirebbe il primo punto di interferenza sul piano strutturale tra colpa ed omissione. In effetti la tentazione potrebbe essere quella di ricostruire la condotta colposa *tout court* come condotta omissiva, in quanto mancata osservanza del comando che impone di adottare le cautele finalizzate a prevenire determinati eventi dannosi e pericolosi. Da ciò potrebbe derivare in primo luogo la pressoché automatica "conversione" di ogni reato colposo in reato omissivo; in secondo luogo il sostanziale annullamento del nesso tra la violazione della regola cautelare e l'evento entro la formula della causalità (materiale) omissiva[203].

---

[202] Già F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 101, come ricordato in precedenza (*supra* § 5) definiva la colpa «*la volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto*». Per tutti F. ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza*, cit., cc. 5-6 e *Manuale di diritto penale*, cit., p. 368.

[203] Tra i più recenti casi giurisprudenziali in cui ben visibile è la "valorizzazione" del c.d. momento omissivo della colpa, che conduce a ravvisare un'omissione colposa in una situazione in cui ben pochi dubbi sembrerebbero sussistere circa la natura commissiva della condotta penalmente rilevante v. la pronuncia relativa al crollo a Roma del fabbricato di via di Vigna Jacobini: Cass. pen., Sez. IV (26 maggio 2006 (dep. 22 settembre 2006), Capobianchi, in *Cass. pen.*, 2008, fasc. 2, pp. 556 e ss. con nota critica di L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva e causalità omissiva*. Si tratta peraltro di una tendenza riscontrata anche sul versante di quella giurisprudenza civile che accoglie una nozione "ampia" di *culpa in omittendo*, intesa come mera "omissione" delle cautele necessarie per prevenire l'evento e, dunque, versione in negativo della stessa nozione di colpa: critico al riguardo G. ALPA, *Colpa omissiva e principi di responsabilità civile*, cit., c. 1368 (anche G. ALPA, in M. BESSONE, *Casi e questioni di diritto privato*, cit., p. 14). Sul punto G. MARINUCCI, *Il reato come "azione"*, cit., p. 144; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 170 (nota n. 47); G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 109-111; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio*, cit., spec. pp. 50, 52-53 e 68; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 92-94; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 139 e ss.; A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 4296 ss.; L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*,

In realtà il c.d. momento omissivo della colpa, al di là delle suggestioni semantiche, pone solo in apparenza un problema di sovrapposizione tra colpa ed omissione. O meglio: esso rinvia alla soluzione di quella che costituisce una vera e propria questione pregiudiziale nello studio del reato omissivo e che riguarda l'individuazione di sicuri criteri distintivi tra l'omissione e l'azione in senso stretto[204]. Posto infatti che, liberato il piano di indagine dalle pastoie di impostazioni ciecamente formalistiche, nessuna difficoltà sussiste ad ammettere che anche l'azione (in senso stretto) colposa si risolva in definitiva nell'omissione di cautele doverose, la distinzione tra una condotta omissiva ed una condotta attiva svolta in violazione di una regola cautelare può efficacemente essere evitata mediante una sicura *actio finium regundorum* tra omissione ed azione in senso stretto.

B) *Regola cautelare, obbligo di diligenza e obbligo di impedire l'evento*. Finora si sono impiegate le espressioni "regola cautelare" e "obbligo di diligenza" facendo riferimento a concetti sostanzialmente equivalenti, riassuntivi del modello di comportamento predeterminato dal legislatore rispetto al quale valutare la conformità dell'agire del singolo. Da parte di alcuno, tuttavia, si è proposta al riguardo una distinzione. In particolare, il dovere di diligenza e la regola cautelare svolgerebbero un ruolo complementare, ma distinto, nell'individuazione della pretesa comportamentale: il dovere di diligenza esprimerebbe in termini generali e astratti l'obbligatorietà di un certo comportamento, che poi sarebbe specificato in concreto dalla regola cautelare[205]. Il dovere di diligenza così configurato andrebbe ricondotto al più generale principio dell'*alterum non ledere*, che troverebbe le proprie fonti negli artt. 2043 e 2050 c.c.[206]. La regola cautelare, come già anticipato, rappresenterebbe invece il necessario contenuto del dovere di diligenza che, specificando il generico riferimento all'*alterum non ledere*, determinerebbe il contenuto della pretesa comportamentale imposta dall'ordinamento: si tratterebbe più esattamente di una "regola modale" che, in altri termini, prescriverebbe di osservare determinate modalità nello svolgimento di attività pericolose; essa presupporrebbe dunque un

---

in *Cass. pen.*, 2005, 4121; A. GARGANI, Ubi culpa, ibi omissio. *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind.* pen., 2000, pp. 635-637. Già F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., p. 31 avvertiva della necessità di non confondere l'omissione di "azione", cioè del movimento corporeo che produce una modificazione del mondo esterno, dall'omissione di atti meramente interni (come la negligenza, che è omissione di diligenza o l'imprudenza che è omissione di prudenza). V. anche L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, cit., p. 172: «occorre però far attenzione a non confondere, come spesso accade, la *noncuranza per difetto* (negligenza) e *per eccesso* (imprudenza) con la *condotta colposa passiva* (omissione) ed *attiva* (azione). Negligenza può esservi infatti nell'azione come imprudenza nell'omissione». Per un inquadramento della questione nella letteratura tedesca si rinvia a A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, Jovene, 1989, pp. 115 e ss..

[204] Solo per ragioni espositive si è ritenuto di posticiparne la trattazione *infra*, Cap. III, § 1.

[205] F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 197.

[206] F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 224.

comportamento di tipo "positivo", risultando per contro incompatibile con un più radicale di divieto di intraprendere l'attività stessa che imponga un'astensione del soggetto[207].

Dalla distinzione tra obbligo di diligenza e regola cautelare nel senso suesposto, tuttavia, non pare possano trarsi utili indicazioni in sede di ricostruzione della struttura del reato colposo. In primo luogo, non sembra possedere una reale autonomia sistematica un generale obbligo di diligenza riconducibile all'ancor più generale principio del *neminem ledere*, che non riesce, da solo, a garantire neppure un sufficiente grado di determinatezza della pretesa comportamentale[208].

Il *neminem ledere* potrebbe, al più, individuare la *ratio* della singola regola cautelare, mediante la quale, come si osserva comunemente, l'ordinamento mira ad eliminare o a contenere i rischi insiti nello svolgimento di certe attività.

La funzione di specificazione svolta da una regola cautelare rispetto ad una pretesa comportamentale già individuata nei suoi tratti essenziali sembrerebbe invece delinearsi con maggiore nettezza nell'ambito particolare dei reati omissivi impropri colposi. In questo caso, in effetti, la condotta doverosa rimasta disattesa subisce una "doppia qualificazione normativa": prima ad opera dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, che assume portata generale, poi per effetto dell'obbligo di diligenza/regola cautelare, che ne specifica il contenuto[209]. L'obbligo di impedire l'evento è costruito attorno al risultato da evitare e, dunque, individua la condotta penalmente rilevante come quella condotta funzionalmente rivolta ad impedire un certo evento; qualora si tratti di reati omissivi colposi sarà alla regola cautelare, formulata in relazione alla situazione concreta, che resterà affidato il compito di definire anche le modalità che completano la pretesa comportamentale definita

---

[207] F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., spec. pp. 233-240: l'Autore valorizza la natura "modale" della regola cautelare anche come criterio per risolvere l'annosa questione relativa al carattere prudenziale o meno di una norma sanzionatoria. V. anche F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., p. 235, in cui si indica quale strada da seguire fino in fondo, proprio muovendo dal carattere modale della regola cautelare, quella di «ricondurre gli illeciti colposi di evento alla categoria dei reati a forma vincolata, dove il vincolo di tipicità che riguarda la condotta è dato dalla rigorosa preesistenza della regola cautelare doverosa, sia essa positivizzata o esperenziale».

[208] Crf. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., pp. 128-129. Anche nella giurisprudenza civile, del resto, proprio in riferimento alla *culpa in omittendo*, è insegnamento ormai consolidato quello per cui, proprio in applicazione dell'art. 40, secondo comma c.p., non basta il generico riferimento al principio del *neminem ledere*, ma occorre individuare, caso per caso, un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento: per esempio Cass. civ., Sez. III, 25 settembre 1998, n. 9590, in *Giust. civ.*, 1999, I, c. 94; Cass. civ., Sez. III, 14 aprile 1983, n. 2619, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, f. 4; Cass. civ., Sez. III, 22 ottobre 2003, n. 15789, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 10.

[209] V. ancora F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 96. Sulla natura doppiamente normativa della condotta omissiva colposa C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., p. 828; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Vol. II, *Teoria del reato. Teoria della pena*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1972-1974; A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione*, cit., p. 4297.

dall'ordinamento. Poniamo il caso in cui il medico ritardi colposamente la diagnosi cagionando la morte del paziente: l'obbligo giuridico di impedire l'evento, si diceva, prescrive al medico di adoperarsi per evitare risultati pregiudizievoli per il paziente; il "come" attivarsi viene poi specificato dalla regola cautelare eventualmente violata nel caso concreto (somministrazione di certi farmaci; prescrizione di determinati esami clinici, etc.).

La distinzione dell'obbligo di impedire l'evento rispetto all'obbligo di diligenza[210] assume rilevanza soprattutto quale utile strumento che, ancora una volta, metta al riparo dalla tentazione di valorizzare in sede di accertamento violazioni anche evidenti di regole cautelari, senza prima verificare la sussistenza in capo al soggetto di un più generale obbligo di impedimento[211]. Non è un caso del resto che anche chi ha ritenuto che, quanto a contenuto, dovere di diligenza e obbligo giuridico di impedire l'evento finiscono non solo per intersecarsi ma addirittura per coincidere, concordi poi sul rilievo per cui sul piano concettuale le due entità vanno tenute distinte[212].

In effetti, nonostante l'obbligo di impedire l'evento rappresenti un *prius* logico rispetto all'obbligo di diligenza, è evidente, ad ulteriore conferma del valore oggettivo della regola cautelare, che quando si tratta di individuare i contorni della condotta penalmente rilevante e, quindi, di verificare il valore causale dell'omissione rispetto all'evento verificatosi, a venire in considerazione sarà la condotta doverosa complessivamente considerata, comprensiva dunque delle particolari modalità di svolgimento dell'attività pericolosa imposte dalla regola cautelare[213]. Nell'individuazione della condotta penalmente rilevante, in altri termini, non può prescindersi dalla forma dell'elemento soggettivo che viene in considerazione, a conferma della collocazione della condotta stessa nel delicato punto di raccordo tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo. Le omissioni improprie colpose, in particolare, consisterebbero «nel "non fare" del garante che contrasta con la pretesa a contenuto positivo discendente da una norma di diligenza. Il dovere del garante è

---

[210] Sull'esigenza di mantenere distinti i due concetti in particolare F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 170 (nota n. 47); G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 372-375; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 118-122; A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione*, cit., p. 4311; S. CANESTRARI, *Profili di responsabilità colposa nell'esercizio della cronaca giornalistica*, in *Giust. Pen.*, II, c. 548.

[211] *Supra*, Cap. I, § 5. Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 101: «[…] l'obbligo di garanzia nasce logicamente prima del dovere di diligenza: non si può pretendere, infatti, che taluno agisca diligentemente, se questi non ha l'obbligo di agire»; in senso adesivo A. GARGANI, Ubi culpa, ibi omissio, cit., p. 637. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 170 (nota n. 47).

[212] G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 104-105.

[213] Cfr. nella giurisprudenza civile Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 2005, n. 11609, in *Riv. it. med. leg.*, 2006, p. 693: «Nell'imputazione per omissione colposa il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta in quanto colposa e non la mera omissione materiale». Nello stesso senso anche Sez. Un. Civ., 11 gennaio 2008, n. 581, in Foro it., 2008, II, cc. 453 e ss.; Cass. civ., Sez. II, 19 novembre 2004 , n. 21894, in *Giust. civ. Mass.* 2005, p. 1.

dovere di diligenza»[214]. Pur con il necessario avvertimento per cui la violazione della regola cautelare è necessaria ma da sola non sufficiente a fondare il rimprovero per colpa, sembra difficilmente contestabile che le «regole di diligenza […] vengono a delimitare e a plasmare lo stesso comportamento che si esige dal garante»[215]. Per esempio, dopo aver verificato che in capo ad un certo medico sussisteva l'obbligo giuridico di impedire eventi pregiudizievoli per il paziente, si tratterà poi di verificare se, per esempio, la tempestiva somministrazione di certi farmaci, imposta dalle regole cautelari in presenza di una sintomatologia caratteristica, avrebbe evitato la morte del paziente.

È proprio questo contenuto "complesso" dell'obbligo di impedimento dell'evento o, *rectius*, il contenuto doppiamente normativo della condotta omissiva colposa, che costituisce uno dei più evidenti tratti distintivi del reato omissivo colposo rispetto a quello omissivo doloso. In quest'ultima ipotesi, in effetti, l'ordinamento impone semplicemente di non arrecare offesa ad un certo bene omettendo di intervenire in sua protezione: l'obbligo di impedire l'evento non si specifica, come invece nel reato colposo, in funzione di una finalità preventiva in senso stretto, ma risponde allo scopo di strumentalizzare l'inerzia per la realizzazione di un evento oggetto di volontà delittuosa[216].

Se il c.d. momento omissivo della colpa non pone reali problemi di interferenza sistematica tra omissione e colpa, maggiori difficoltà sembrerebbero derivare dall'innegabile funzione tipizzante svolta dalle regole cautelari. In effetti, muovendo dal presupposto per cui la rilevanza causale dell'omissione va verificata mediante l'addizione mentale della condotta doverosa, così come specificata dall'obbligo di diligenza, sembrerebbe giocoforza concludere che l'accertamento del rapporto di causalità materiale esaurisca le possibili relazioni intercorrenti tra condotta ed evento, almeno sotto il profilo della evitabilità dell'evento stesso mediante il comportamento alternativo diligente. Si cercherà di verificare nel prossimo Capitolo[217], anche mediante il confronto con le caratteristiche che il giudizio in questione assume nell'ambito dei reati commissivi colposi, se il ruolo svolto dal requisito della evitabilità nella responsabilità per omissione colposa resti del tutto assorbito nell'accertamento dell'elemento oggettivo del reato o se sia invece

---

[214] G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 108. Giunge a questa conclusione anche F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., pp. 1283-1284, muovendo dal presupposto per cui il principio di personalità della responsabilità penale richieda di accertare perlomeno la colpa: con la conseguenza che i concetti di obbligo di impedimento (art. 40, secondo comma c.p.) e di omissione (art. 40, primo comma c.p.) andrebbero arricchiti «con l'aggiunta della colposità. In questo modo, l'obbligo d'impedire l'evento da parte del garante si trasforma in obbligo di diligenza indirizzata all'impedimento e di conseguenza l'omissione primo termine del rapporto di causalità, richiesto dall'art. 40, comma 1, diventa omissione colposa (cioè inosservante dell'obbligo di diligenza)»

[215] G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 370.

[216] G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 105-106.

[217] *Infra*, Cap. III, § 4.

possibile riconoscergli un autonomo ambito applicativo, distinto da quello proprio del nesso di causalità materiale.

C) *Le regole cautelari come regole "modali"*. Veniamo ora all'identificazione della regola cautelare con regole di tipo "modale" e alla sua conseguente incompatibilità strutturale rispetto al **dovere di astenersi** *tout court* dall'attività pericolosa; si è replicato in proposito che anche l'obbligo di astensione può essere inteso come "modale" rispetto all'attività di riferimento, rappresentando anzi la cautela per eccellenza che assicura un completo azzeramento dei rischi[218]. La critica, tuttavia, non sembra tener conto della distinzione tra il vero e proprio divieto di svolgere l'attività pericolosa rispetto alla facoltà dell'agente di astenersi da essa nel caso concreto. In caso di attività pericolosa non vietata, dunque, il c.d. dovere di astensione nel caso in cui l'attività da intraprendere richieda conoscenze e capacità superiori rispetto a quelle dell'agente, manterrebbe in realtà un carattere di mera facoltà: in mancanza di un divieto espresso, infatti, l'astensione da un certo comportamento non potrebbe costituire un obbligo in senso tecnico senza incorrere in contraddizione[219].

A ben vedere, più che di carattere "facoltativo" del c.d. dovere di astensione dovrebbe parlarsi di un suo carattere "eventuale": in effetti, se l'attività pericolosa non è vietata *ab origine* (guidare la macchina), in certi casi la regola cautelare ne impone l'astensione (non guidare in condizioni di eccessiva stanchezza); e si tratta di un dovere di astensione in senso tecnico, anche se valevole solo per certi soggetti e per certe situazioni, visto che se dalla sua inosservanza deriva un risultato vietato dall'ordinamento sussistono i presupposti per formulare un giudizio di responsabilità per colpa (c.d. colpa per assunzione)[220].

Quindi, si ripete, nel caso in cui l'attività di riferimento sia autorizzata da parte dell'ordinamento, nessun dubbio che la regola cautelare possa prescrivere, in riferimento alla situazione concreta, tanto di intraprendere l'attività impiegando precauzioni di un certo tipo, quanto di astenersi del tutto dal suo svolgimento.

L'osservazione per cui di regola cautelare può parlarsi solo in assenza di un generale divieto di svolgere l'attività pericolosa assume, a nostro avviso, significativa rilevanza quando si tratti di risolvere l'annosa questione circa la

---

[218] P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie"*, cit., p. 19, dove si fa l'esempio di Tizio che deve recarsi da Milano a Roma, ma, visto che in quel giorno avverte forti giramenti di testa, ha il dovere di astenersi

[219] F. GIUNTA, *Illecito e colpevolezza*, cit., pp. 212 e 235.

[220] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 291; M. ROMANO, *Art. 43*, *Commentario sistematico*, cit., p. 469. Di recente Cass. pen., Sez. IV, 31 gennaio 2008 (dep. 3 aprile 2008), n. 13942, in *Riv. pen.*, 2008, p. 623 ha escluso una "colpa per assunzione" di un'ostretica la quale, pur non essendo autorizzata a procedere a parti non fisiologici, in presenza di una diltazione ormai compelta e non riuscendo ad ottenere l'intervento del medico, pure sollecitato, aveva eseguito erroneamente manovre di competenza del ginecologo, cagionando al neonato una lesione permanente.

possibilità che anche la violazione di una legge penale possa dar luogo a colpa specifica. La disputa, originariamente sorta con specifico riferimento alle problematiche proprie del reato aberrante[221], ha ben presto assunto una portata più generale. Alla tesi per cui, vista anche la generica formulazione al riguardo della definizione di delitto colposo di cui all'art. 43 c.p., una responsabilità per colpa può nascere anche dalla violazione intenzionale di una norma incriminatrice[222], si è replicato che la colpa c.d. specifica svolge il compito di prescrivere particolari modalità di condotta nello svolgimento di attività lecite, al fine di prevenire danni o pericoli per i terzi, con la conseguenza che essa non può essere fondata sulla violazione dolosa di una legge penale[223].

Nel tentativo di fornire una risposta convincente al quesito, si è osservato che, poiché il contenuto della colpa penale consiste in ogni caso nell'inosservanza di cautele doverose, le leggi di cui parla all'art. 43 c.p. sono necessariamente quelle che prescrivono cautele di tal genere. Ben potrebbe trattarsi dunque di leggi penali, a patto che alle stesse possa essere riconsciuta una funzione preventiva, in quanto prescrivono cautele intese ad evitare danni o pericoli per i terzi, e non una funzione meramente repressiva, in quanto vietano direttamente l'offesa di beni giuridici: il buon senso, del resto, si ribellerebbe «ad ammettere che nel vietare l''omicidio il legislatore abbia voluto anche dire: sii cauto nell'uccidere!»[224]. Perché il criterio in questione, pur condivisibile in linea di principio, possa divenire concretamente operativo, è necessario individuare dei criteri che consentano di chiarire quando una legge, anche penale, risulti contrassegnata da una finalità cautelare. Il ricorso ai criteri della prevedibilità e della evitabilità, nel senso che darà luogo a colpa la trasgressione di quelle regole norme giuridiche che prescrivano o vietino dei comportamenti dai quali è prevedibile possa derivare un evento dannoso[225], non pare da solo sufficiente.

Indicazioni più sicure sembra possano trarsi dall'indicazione per cui la finalità cautelare di una "legge penale" o, più in generale, di una norma sanzionatoria, va ravvisata ogni volta che la regola stessa sia funzionale allo svolgimento di una certa

---

[221] Sul significato dell'inciso "a titolo di colpa" nell'art. 83 c.p., per tutti, M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., pp. 136 e ss..

[222] G. LEONE, *Il reato aberrante*, Napoli , Jovene, Rist. inalt 1964 (or. 1940) pp. 139 e ss..

[223] A. DE MARSICO, *Colpa per "inosservanza delle leggi" e reato aberrante*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1940, pp. 237 e ss.. Per la replica di G. LEONE, v. *Appunti polemici in tema di "aberratio ictus" con pluralità di eventi*, in *Giust. Pen.*, 1941, col. 202 e ss., con ulteriore risposta di A. DE MARSICO, *Ancora sulla colpa per "inosservanza di leggi" e sul reato aberrante*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1941, pp. 773 e ss..

[224] F. ANTOLISEI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., cc. 6-8. V. anche F. TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento*, cit., pp. 171-172, il quale, ravvisando un rapporto di genere a specie tra norma penale preventiva e norma penale cautelare, conclude che nel concetto di "leggi" di cui all'art. 43 c.p. rientrano le solo norme penali che hanno non un fine generico di prevenzione, ma «un fine specifico di porre – sotto la minaccia della sanzione criminale – l'obbligo di osservare cautele doverose idonee ad evitare la produzione di danni involontari».

[225] M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., p. 642.

attività, di per sé lecita, e non miri invece alla totale interdizione dell'attività medesima[226]. Si pensi, per esempio, all'omissione di cautele contro gli infortuni sul lavoro di cui all'art. 437 c.p. (che del resto rinvia alla prescrizioni imposte dalla normativa antinfortunistica), o, ancora agli illeciti amministrativi (si trattava di contravvenzioni prima della legge n. 689 del 1981) di cui agli artt. 672 e 677 c.p.. Così, per esempio, la finalità dell'art. 672 c.p. (omessa custodia e mal governo di animali) non è quella di impedire il possesso di animali, ma piuttosto, quella di assicurare che lo svolgimento dell'attività in questione non risulti pregiudizievole per i terzi; quindi, nel caso in cui gli animali incustoditi cagionino delle lesioni personali[227] ben potrebbe ritenersi che si tratti di un'ipotesi di colpa specifica, in cui la fonte della regola cautelare vada individuato proprio nell'art. 672 c.p..

9. L'"incertezza scientifica" e il progressivo adeguamento delle regole cautelari.

L'esigenza di garantire un sufficiente grado di riconoscibilità della regola cautelare, nel senso di una sua preventiva determinazione rispetto alla condotta del soggetto agente, risulta particolarmente evidente nelle ipotesi di c.d. colpa generica, in cui la regola cautelare viene individuata a partire dal caso concreto o, *rectius*, dopo che l'evento dannoso o pericoloso si è verificato. Proprio perché la regola viene "plasmata" attorno al caso concreto è sempre presente il rischio di cedere, in sede di accertamento, alla seguente semplificazione: se l'evento si è verificato, significa che è stata violata una regola cautelare la cui osservanza avrebbe evitato il prodursi di quel risultato (*post hoc, propter hoc!*). Di qui alla "creazione" da parte del giudice di una regola *ad hoc*, indipendentemente dalla sua previa esistenza e riconoscibilità, il passo è breve[228].

---

[226] F. GIUNTA, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 240. Cfr. M. TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 91, il quale, individuando gli elementi di distinzione tra le ipotesi di colpa di cui all'art. 43 c.p. e la *aberratio delicti*, rileva che tra i due criteri di imputazione esiste anzi tutto una diversa direzione finalistica del comportamento, che è penalmente lecita nell'art. 43 c.p. e diretta alla realizzazione di un reato nell'art. 83 c.p.; da ciò deriva anche che mentre nelle ipotesi prese in considerazione dall'art. 43 c.p. non è necessaria l'effettiva volizione della condotta da parte del soggetto, essendo sufficiente che la stessa sia evitabile (cioè materialmente non necessitata), la condotta rilevante *ex* art. 83 c.p., in quanto volontariamente rivolta alla realizzazione di un fatto di reato, deve essere, necessariamente voluta nel senso psicologico del termine. Da ciò sembrerebbe ricavarsi che le regole cautelari che vengono in considerazione nell'art. 43 c.p. sono solo quelle compatibili con una direzione "lecita" dell'attività posta in essere dall'agente.

[227] Cass., 29 febbraio 1956, Di Giacomo, in *Giust. pen.*, 1957, II, p. 42; Cass. 13 aprile 1951, Cammarata, in *Giust. pen.*, 1951, II, p. 1061.

[228] Emblematico al riguardo il caso deciso da Cass. pen., Sez. IV, 3 luglio 1992, Zoccola, in *Mass. Cass. pen.*, 1993, p. 75, citato da F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., p. 91, nota n. 10: un datore di lavoro viene condannato per la morte occorsa ad un suo dipendente caduto da una scala priva di agganci o appoggi antisdrucciolevoli, senza attribuire rilevanza alcuna alla circostanza per cui una scala munita dei dispositivi di sicurezza richiesti non era disponibile in commercio.

La prassi, del resto, ha dimostrato il pieno fondamento delle preoccupazioni in questione. Soprattutto in settori caratterizzati dal costante sopravvenire di innovazioni scientifiche e tecnologiche, nei quali si rende necessario un progressivo adeguamento delle regole di diligenza in grado di neutralizzare, o quanto meno di minimizzare, i rischi che dalle stesse possono derivare, la tentazione è stata a volte quella di applicare una logica del "senno di poi", ricostruendo la regola cautelare che si pretende sia stata violata sulla base delle conoscenze disponibili nel tempo del giudizio, anziché di quelle fruibili dal soggetto al momento della condotta penalmente rilevante: la logica in questione mira evidentemente ad evitare che, soprattutto quando si tratta di assicurare un'efficace tutela della salute e della vita umana, l'applicazione dei necessari coefficienti di soggettivizzazione della colpa la rendano di fatto inapplicabile.

Si tratta del resto di una problematica comune anche a talune ipotesi di colpa specifica, anche perché, come è noto, il confine tra le due "forme" di colpa non sempre è così netto come potrebbe *prima facie* sembrare. Sono infatti assai numerose quelle regole cautelari che, sebbene di fonte giuridica, presentino in realtà un carattere "elastico", richiedendo pur sempre il riferimento anche a regole non scritte per una compiuta individuazione della condotta diligente[229]. Può per esempio accadere che il legislatore preveda fattispecie di tipo aperto, soprattutto, si diceva, quando si tratti di tener conto dell'evoluzione scientifico-tecnologica in determinati settori. La questione è stata di recente affrontata dalla giurisprudenza di legittimità in una delle pronunce relative al caso del **petrolchimico di Porto Marghera**[230], che si presenta, anche sotto il profilo formale, come una vera e propria trattazione in materia di colpa, con non dissimulate pretese di esaustività sugli argomenti maggiormente problematici. Per quel che qui interessa, i ricorrenti avevano contestato il difetto di determinatezza della regola cautelare che si assumeva violata, costituita dagli artt. 20 e 21 del d.p.r. 19 marzo 1956 n. 303 […] : l'espressione «per quanto è possibile» non consentirebbe di individuare il modello di comportamento rispetto al quale valutare la conformità della condotta tenuta dagli imputati. La Corte non ritiene tuttavia condivisibile una simile argomentazione: è infatti frequente che in materia di prevenzione del rischio di infortuni o di malattie professionali il legislatore scelga di costruire la regola cautelare di riferimento mediante «criteri generici», che devono poi essere «di volta in volta specificati con il richiamo alle cautele che la scienza, l'esperienza e l'evoluzione tecnologica dell'epoca sono in grado di suggerire […]. La tipicità della norma incriminatrice e la

[229] Per la distinzione tra regole "rigide" e regole "elastiche" G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, 1965, p. 236 ss. e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 332-333.

[230] Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartalini, cit., cc. 564-565. Per i precedenti gradi di giudizio Trib. Venezia, 2 novembre 2001, Cefis e altri e Corte App. Venezia, 15 dicembre 2004, in *Riv. it .dir .proc. pen*., 2005, 1670 ss., con nota di C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*.

determinatezza della fattispecie sono dunque garantite da questo criterio: la formula "per quanto è possibile" utilizzata dagli art. 20 e 21 significa che l'agente deve far riferimento alle misure idonee in base alla miglior scienza ed esperienza, conosciute all'epoca della condotta, per ridurre il più possibile le esposizioni; e ciò indipendentemente dal loro costo»[231]. La Corte, in realtà, va poi ben oltre i limiti dell'argomentazione appena ricordata, affermando che il principio di determinatezza e quello di tassatività non si riferirebbero anche all'elemento soggettivo del reato e, quindi, non impedirebbero di ritenere che l'evento in concreto verificatosi debba rientrare nel "tipo" di eventi che la norma mirava ad evitare, non essendo per contro necessario il riferimento ad una categoria specifica di eventi[232]. Queste ultime affermazioni meriterebbero per la verità un approfondimento ulteriore se, come nella stessa pronuncia non si manca di rilevare, le regolare cautelari svolgono un ruolo decisivo nella descrizione della condotta tipica, specie nelle fattispecie causalmente orientate[233].

Limitandosi tuttavia alla verifica di legittimità di regole cautelari strutturate mediante "criteri generici" è evidente che, nei suoi termini generali, il problema risulta esattamente equivalente a quello che si pone per ogni regola "elastica", per le quali si impone il necessario completamento della regola scritta mediante i criteri tipici della colpa c.d. generica: nel caso in questione, per esempio, si tratterà di verificare cosa doveva e poteva fare il datore di lavoro-modello che si trova ad operare nella situazione-modello, ovvero in un contesto produttivo in cui i lavoratori si trovano esposti a sostanze tossiche quali il cvm (cloruro di vinile monomero).

La peculiarità di casi quali quello in esame risiede piuttosto altrove e consiste nell'"incertezza scientifica" relativa alla nocività di certe sostanze o, il che è lo stesso, nella progressiva acquisizione di conoscenze in merito agli effetti dannosi che possono derivare alla salute umana a seguito dell'esposizione a materiali tossici. L'aspetto cruciale della questione, quindi, più che la pretesa carenza di determinatezza della regola di condotta, riguarda l'individuazione del momento a partire dal quale si può pretendere che l'agente riconosca i rischi connessi ad una certa attività e, quindi, si attivi per impedirne i possibili sviluppi lesivi. Pienamente condivisibile è la premessa per cui "diligente" non è il comportamento usualmente tenuto nello svolgimento di una certa attività, in quanto anche una pratica

---

[231] Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartalini, cit., c. 565.

[232] Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartalini, cit., cc. 572 e ss.. Sul punto più diffusamente *infra*, § successivo.

[233] Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartalini, cit., c. 562. La Corte ritiene anche che dalla accentuata normativizzazione della fattispecie, ancor più evidente in caso di reati omissivi impropri, deriverebbe un necessario ampliamento dei poteri del giudice, che si vedrebbe attribuito il compito di delimitare la fattispecie in questione. Per la verità, come si è cercato di evidenziare più volte, una delle "sfide" cui l'interprete è chiamato in tema di reato omissivo colposo è propria quella di individuare dei criteri che consentano di ridurre il più possibile i margini di arbitrarietà nell'individuazione della fattispecie penalmente rilevante.

ampiamente diffusa può rivelarsi contraria alle regole cautelari di riferimento: in caso contrario si finirebbe in sostanza per legalizzare «il solito, comune andazzo»[234]. La diligenza esigibile, quindi, non va ricavata da quello che si usa fare in contesti analoghi a quello di riferimento, ma da ciò che si poteva pretendere dall'*homo eiusdem professionis et condicionis*, anche in termini di sopportazione dei costi economici relativi, fino ad arrivare alla rinuncia all'attività rischiosa quando si tratti del solo mezzo in grado di eliminare o anche solo di minimizzare i pericoli, specie se viene in considerazione la tutela di interessi quali la vita e l'incolumità pubblica[235].

L'individuazione della regola cautelare, come già anticipato, richiede però che venga fissato un momento a partire dal quale in capo all'agente-modello cui è riconducibile l'agente concreto sorge il potere-dovere di prevedere i possibili sviluppi dannosi o pericolosi della propria attività e di evitarli mediante l'adozione delle misure adeguate. Nel tentativo di fornire una risposta equilibrata al quesito in esame si è detto che le conoscenze rilevanti sono quelle che da conoscenze specialistiche, note solo ad una ristretta cerchia di individui, divengono diffuse, e che ciò avviene nel momento in cui l'agente-modello è in grado di acquisire le informazioni relative[236].

Si ripropone evidentemente, anche in casi di questo tipo, la questione relativa delle maggiori conoscenze possedute dall'agente concreto: qualora risulti che, per esempio a seguito di ricerche commissionate dallo stesso datore di lavoro, quest'ultimo era a conoscenza di rischi cancerogeni derivanti da certe sostanze, sarà a questa situazione-modello che occorrerà far riferimento, indipendentemente dal

---

[234] EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, pp. 196 e ss., come citato da G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche*, cit., p. 33, al quale si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche sul punto. In senso contrario, con una posizione rimasta tuttavia isolata, si era pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza 25 luglio 1996, n. 312, in *Giur. Cost.*, 1996, pp. 2575 e ss.: la questione rimessa all'attenzione della Consulta era analoga a quella riferita nel testo, in quanto si discuteva della legittimità costituzionale dell'art. 41, primo comma del d. lgs. 15 agosto 1991, n. 277, relativo alle misure tecniche che il datore di lavoro dovrebbe adottare per la protezione dei lavoratori dai rumori. La Corte ha ritenuto che «il modo per restringere, nel caso in esame, la discrezionalità dell'interprete è ritenere che, là dove parla di misure "concretamente attuabili", il legislatore si riferisca alle misure che, nei diversi settori e nelle differenti lavorazioni, corrispondono ad applicazioni tecnologiche generalmente praticate e ad accorgimenti organizzativi e procedurali altrettanto generalmente acquisiti, sicché penalmente censurata sia soltanto la deviazione dei comportamenti dell'imprenditore dagli *standard* di sicurezza propri, in concreto e al momento, delle diverse attività produttive. Ed è in questa direzione che dovrà, di volta in volta, essere indirizzato l'accertamento del giudice: ci si dovrà chiedere non tanto se una determinata misura sia compresa nel patrimonio di conoscenze nei diversi settori, ma se essa sia accolta negli *standard* di produzione industriale, o specificamente prescritta». In senso critico, per tutti, D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, *Aggiornamento*, Torino, Utet, 2000, pp. 396 e ss..

[235] G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., pp. 46-47.

[236] G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., 49-51, il quale precisa anche che il livello di conoscenze esigibili può variare a seconda della dimensione dell'impresa, nel senso che è ragionevole pretendere conoscenze particolarmente elevate soprattutto quando si tratti di imprese di grandi dimensione, mentre per il piccolo imprenditore la conoscenza esigibile sarebbe solo quella talmente diffusa da divenire patrimonio dell'intero comparto industriale al quale appartiene.

grado di diffusione raggiunto dall'informazioni di cui il singolo soggetto dispone. Ferma restando, in ogni caso, la verifica relativa alla sussistenza anche della misura soggettiva della colpa.

In altri termini, sembra che lo schema tradizionale del reato colposo, qualora applicato rigorosamente, fornisca già gli strumenti per arginare le spinte verso una pericolosa "volatilizzazione" dell'elemento soggettivo del reato che, analogamente a quanto avviene in sede di individuazione dell'obbligo giuridico di impedimento dell'evento, porti a sconfinare in autentiche responsabilità "di posizione": il datore di lavoro, solo in ragione del ruolo che ricopre, "deve" prevedere ed evitare le conseguenze lesive derivanti dall'attività svolta, con una completa svalutazione delle tre dimensioni della "dominabilità" nella colpa, a partire dalla possibilità di riconoscere il comportamento diligente e, quindi, di adeguare ad esso la propria condotta.

In senso contrario si è ritenuto che il criterio della prevedibilità non sia in grado di svolgere quel ruolo di orientamento comportamentale che si pretende di attribuirgli; dal canto suo l'agente-modello sarebbe una figura troppo evanescente per rappresentare un valido punto di riferimento nella formulazione della regola cautelare: «l'agente modello non preesiste alla condotta pericolosa, non è consultabile da parte dell'agente reale; questa singolare figura, che si presenta come condensato di umane virtù entra in scena *ex post*, nel ruolo di consulente dello stesso giudice, che lo ha creato in funzione del giudizio che deve emettere». E, visto che "la prudenza non è mai troppa", nella maggior parte dei casi l'agente-modello si asterrà dallo svolgimento di attività rivelatesi poi pericolose: «in breve: il parametro dell'agente modello produce una notevole semplificazione del problema e consente l'agevole motivazione di una sentenza di condanna decisa, nella migliore delle ipotesi, in base a altri parametri destinati a restare nell'ombra. In effetti, il giudice che consulta l'agente modello ricorda il soliloquio di un ventriloquo che anima un fantoccio, la cui saggezza – nel dubbio – sconsiglia ogni assunzione di rischio»[237].

Considerazioni certo condivisibili, che tuttavia rappresentano un'efficace sintesi critica della prassi sviluppatasi in tema di responsabilità per colpa e non anche le conseguenze necessariamente derivanti da una ricostruzione del reato colposo sulla base dei principi generali offerti dal nostro ordinamento. Il compito dell'interprete, pare quasi superfluo ricordarlo, non è solo quello di prendere atto delle "distorsioni" cui può condurre la prassi, al fine, come assai spesso succede, di garantire una tutela sufficientemente incisiva a beni ritenuti fondamentali, quali la vita, la salute pubblica o l'ambiente; si tratta invece di verificare se l'"impatto della modernità" possa essere utilmente fronteggiato, *de iure condito*, mediante gli

[237] F. GIUNTA, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, fasc. 10, pp. 1295-1297. Analoghe considerazioni in F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, cit., pp. 243-244. Sulla "crisi" dell'agente-modello anche V. ATTILI, *L'agente-modello "nell'era della complessità"*, cit., pp. 1240 e ss..

strumenti messi a disposizione dal diritto positivo e, in caso contrario, di elaborare *de iure condendo* soluzioni normative che siano in grado di colmare lacune sostanziali eventualmente ravvisabili.

Proprio il riferimento alla vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera costituisce un spunto appropriato per introdurre il discorso sull'effettivo contenuto del nesso che deve intercorrere tra la violazione di una regola cautelare e l'evento che ne è derivato.

CAPITOLO III

IL NESSO TRA LA VIOLAZIONE DELLA REGOLA CAUTELARE E L'EVENTO: LA "CAUSALITÀ DELL'OMISSIONE" E LA "CAUSALITÀ DELLA COLPA"

SOMMARIO: 1. La distinzione tra "agire" ed "omettere" nella spiegazione causale dell'evento. 2. Il nesso intercorrente tra "colpa" ed evento. La c.d. causalità della colpa: lo scopo di tutela della norma e la rilevanza del comportamento alternativo lecito. 3. Profili problematici della "causalità della colpa" nei reati commissivi colposi. 4. La "causalità della colpa" dei reati omissivi colposi. 5. Brevi considerazioni in tema di imputazione oggettiva dell'evento.

1. La distinzione tra "agire" ed "omettere" nella spiegazione causale dell'evento.

La stretta connessione tra la tematica dell'omissione e quella della causalità si presenta con un'evidenza tale da non necessitare di particolari dimostrazioni. Nelle stesse trattazioni manualistiche è piuttosto frequente trovare illustrati i tratti più significativi del reato omissivo nelle pagine dedicate al rapporto di causalità[1]: si tratta del resto di una scelta in qualche modo imposta dallo stesso legislatore, visto l'inserimento della clausola di equivalenza tra il non impedire e il cagionare prorpio nell'art. 40 c.p., rubricato "Rapporto di causalità". La stessa teoria dell'*aliud agere*, e, più in generale, i tentativi di rinvenire tratti naturalistici all'interno dell'omissione, muovono spesso dall'esigenza di fornire un convincente inquadramento sistematico alla "causalità" nei reati omissivi[2].

Storicamente il problema della causalità nell'omissione nasce quando il dogma causale, dopo aver acquistato una rilevanza centrale nell'ambito delle scienze naturali, fa il suo ingresso anche in quelle giuridiche: la fattispecie penale viene quindi costruita su basi prevalentemente naturalistiche, le stesse su cui si fonda la pretesa assimilazione fra azione ed omissione[3].

A ben vedere, tuttavia, l'annosa questione della distinzione tra "causalità attiva" e "causalità omissiva" è solo un riflesso delle difficoltà che si incontrano affrontando quella che in argomento assume le vesti di vera e propria questione pregiudiziale: in base a quali criteri può distinguersi un'azione da un'omissione? Non

---

[1] Tra gli altri F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 154 e ss.; F. ANTOLISEI, *Diritto penale*, cit., pp, 252 e ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 238 e ss..

[2] Valga per tutte l'indagine condotta al riguardo da E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, cit., pp. 37 e ss.. Cfr. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. I, cit., p. 75-76, il quale fa notare che le problematiche della normatività/fisicità dell'omissione, pur trattate in riferimento all'omissione in generale, erano strumentali alla risoluzione di questioni pertinenti ai soli reati commissivi mediante omissione, gli unici per i quali avesse un senso parlare di nesso di causalità (anche pp. 159 e ss.).

[3] F. SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., 35-39. Sull'influenza del "naturalismo" nella sistematica penale v. anche, in generale, la ricostruzione di A. R. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, pp. 883-884.

sembra del resto di indulgere in sterili pedanterie linguistico-terminologiche se si afferma che gli aggettivi "attiva" od "omissiva" vadano correttamente riferiti non tanto alla "causalità", quanto piuttosto alla "condotta", primo termine dal quale muovere nell'accertamento del rapporto di causalità materiale. Come è stato efficacemente rilevato «non ha senso […] porsi un problema di causalità dell'omissione se prima non si sia accertata l'esistenza di un'omissione tipica»[4].

Appaiono dunque assai poco condivisibili impostazioni volte a svalutare la distinzione tra le due possibili forme di condotta, in base alla considerazione per cui si tratterebbe di tipi di comportamento in realtà strettamente connessi e reciprocamente speculari: nel violare le regole di comune prudenza, si è detto, il soggetto non è inerte, ma tiene un comportamento diverso da quello dovuto[5]. Cadenze argomentative che, mentre paiono suggerire un improbabile ritorno alla teorica dell'*aliud agere*, non chiariscono le reali implicazioni della distinzione, a partire da quelle che si producono in sede di accertamento del nesso di causalità.

Ad ognuno che possieda qualche rudimento di filosofia il concetto di causalità evocherà senza dubbio i ricordi e le immagini più diverse: il motore immobile di Aristotele, le categorie *a priori* di Kant, la palla da biliardo di Hume, i cigni bianchi e lo sfortunato tacchino induttivista di Popper.

Non si vuole certo negare che il risalente e costante interesse della filosofia per il concetto di "causa" esercitino il loro fascino anche sul giurista; né si può negare che dagli studi logico-filosofici il giurista possa trarre considerazioni utili ai propri fini[6].

---

[4] G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, p. 122.

[5] Sez. IV, 15 novembre 2005 (dep. 27 gennaio 2006), Fedele, in *Cass. pen.*, 2007, 2793, con nota di G. AMARA, *Fra condotta attiva ed omissiva. Nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*. In dottrina cfr. F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, cit., p. 1292, che ritiene opportuno sgombrare il campo da «importune complicazioni, legate alle coppie concettuali "omissione – colpa e "azione – omissione"»; P. VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pp. 501-501, nel senso di ridimensionare la rilevanza della qualificazione in senso attivo od omissivo della condotta del datore di lavoro, che potrebbe avvenire «con qualche "arbitrarietà" (sic!), a seconda dell'ottica in cui ci si intenda collocare, e dunque anche accentuando il momento omissivo della colpa sino a strutturare la fattispecie in chiave omissiva impropria».

[6] La ricostruzione proposta da Francesco Antolisei è dichiaratamente ispirata alle riflessioni di Sigwart, sia pur significativamente rivedute e corrette (F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., pp. 150 ss. per la distinzione tra causalità meccanica e causalità umana proposta dal Sigwart e pp. 204 ss. per la sua applicazione ai fini dell'imputazione penale. Lo stesso Autore, del resto, ammette che «in un argomento così arduo e delicato che sta nella zona di confine tra il diritto e la filosofia, nessuna persona serena, che sia veramente consapevole della estrema difficoltà del problema, può ritenersi depositaria della verità assoluta»: F. ANTOLISEI, *Punti fermi sul problema della causalità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, pp. 622-623). Anche il modello di sussunzione sotto leggi scientifiche proposto da Federico Stella deve molto al c.d. empirismo logico, esplicitamente indicato dallo stesso Autore quali fonte della sua ispirazione: STELLA, nella *Postfazione "L'ultimo decennio di sentenze della Cassazione sulla condizione necessaria «conforme» a leggi di copertura"*, in *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., p. 412-413.

È accaduto però che, anche per via delle definizioni solo apparenti contenute nel codice Rocco in tema di rapporto causale[7], la letteratura giuridica si sia spesso trovata a rincorrere i portati gnoseologici che si sono avvicendati nel pensiero filosofico[8] o addirittura a risentire del duro colpo inferto alla fisica classica ad opera della teoria della relatività o dalla meccanica quantistica[9]. Il rischio sempre presente in un simile modo di procedere è che l'ambizioso giurista, anziché servirsi *ad adiuvandum* di argomentazioni di tipo logico-filosofico, si avventuri per gli ardui sentieri dell'epistemologia (*tractent fabrilia fabri*!), guardando solo da lontano il proprio obbiettivo o rischiando addirittura di perderlo del tutto di vista nella dimensione subatomica dei quanti: invece «l'approfondimento della questione della causalità nell'ambito di un ordinamento normativo significa non solo affrontare questioni di carattere logico-naturalistico, ma anche, e forse soprattutto, questioni di imputazione, cioè di riferibilità di un fatto ad una persona sulla base delle specifiche finalità perseguite dai vari rami dell'ordinamento»[10].

---

[7] G. DELITALA, *Le dottrine generali del reato del Progetto Rocco*, in *Osservazioni intorno al Progetto preliminare di un nuovo codice penale (agosto 1927, anno V)*, Milano, Società editrice Vita e pensiero, 1928, p. 62 e 70, auspicava l'introduzione di una definizione del rapporto causale che andasse oltre l'affermazione della sua necessaria presenza. V. anche le osservazioni dello stesso G. DELITALA in *Lavori preparatori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. III, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice penale*, Parte I, Artt. 1-80, Roma, Tipografie delle Mantellate, 1928, pp. 322-323.

[8] O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 636, la quale (nota 5) osserva come ciò abbia determinato, tra l'altro, una curiosa inversione di piani, se si considera che proprio un filosofo come Carnap, cui la letteratura penale in tema di causalità deve molto, rinviene in campo giuridico le origini del concetto di causa. Anche R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, cit., p. 1, rileva l'inusuale comparsa, nelle pronunce di legittimità, di concetti propri del linguaggio logico-filosofico, quali leggi universali e statistiche, probabilità logica, induzione, abduzione.

[9] «I recenti sviluppi della fisica ci hanno insegnato che occorre moderare alquanto le superbe speranze che i brillanti successi dell'indagine fisica avevano fatto riporre nelle nostre possibilità di approfondire la conoscenza della natura, ed hanno specialmente mostrato che è impossibile dare una portata generale, nella formulazione classica in uso finora, alla legge di causalità, perché questa è definitivamente fallita nel mondo degli atomi»: M. PLANCK, *La conoscenza del mondo fisico*, Einaudi, 1949, p. 243. In argomento si rinvia alla dettagliata indagine di M. MAIWALD, *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, *passim*.

[10] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, 2000, p. 97. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 200: «la questione giuridica del nesso causale non è che una frazione del problema della imputazione». Icastico lo stesso F. ANTOLISEI, p. 135 nei riguardi della letteratura tedesca in tema di causalità nell'omissione: «Vi è stato dedicato un numero stragrande di pubblicazioni, nelle quali gli autori hanno creduto di innalzarsi alle vette della filosofia, mentre in gran parte non hanno fatto che dibattersi fra nebulosità e bizantinismi. Si tratta per lo più di scritti complicati, irti di sottigliezze; spesso così astrusi da doversi quasi considerare illeggibili. La letteratura sorta in proposito è forse l'esempio tipico dei risultati a cui possono condurre certi difetti propri dei metodi della scienza germanica, e particolarmente la tendenza all'astrazione metafisica e la specializzazione spinta all'estremo, alle quali si accompagna spesso deficienza di concisa chiarezza e di senso pratico»; G. MAGGIORE, *La causalità nel nuovo codice penale*, in *Riv. dir. proc. pen. mil.*, 1932, p. 5: «il problema della causalità è uno dei più formidabili della filosofia. Ma non è questa la sede per risolverlo. […] Al giurista importa solo di stabilire il valore che al concetto di causa devesi assegnare per i fini

Si riferiscano questi presupposti metodologici al tema della causalità omissiva: se l'omissione in quanto tale sia o meno in grado di "cagionare" un evento o se la sua causalità sia solo una *fictio iuris* è questione che, a ben vedere, può lasciarsi insoluta[11], senza con ciò pregiudicare la ricostruzione della "causalità

---

dell'ordinamento»; F. GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 5: «ciò che infatti interessa al giurista di ricercare non è la *causa metafisica*, ma soltanto la *causa empirica*»; in termini analoghi, sulla causalità dell'omissione, F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 36; sottolinea la peculiarità del punto di vista del giurista nell'affrontare il problema della causalità anche O. VANNINI, *Quid iuris?*, cit., pp. 407 e ss.; F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 91, assume quale costante riferimento nell'ambito della sua ricerca la considerazione che «al diritto penale serve un concetto di causa che funzioni da criterio di imputazione» e utilizza quale filo conduttore della trattazione proprio l'esame critico di casi giudiziari (Vajont, talidomide, macchie bleu) in cui più evidenti erano state le incertezze relative all'accertamento causale; A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1037, esordisce rilevando che «la dottrina penalistica tradizionale si è inoltrata da tempo in un vicolo cieco, perché della causalità penalistica viene lasciata in ombra la funzione giuridica»; C. PIEGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., p. 159 esprime la convinzione che «le pulsioni della scienza e della filosofia della scienza, proprio perché si agitano in una cornice ontologica, non debbano condizionare l'orizzonte cognitivo e strumentale del giudice. In altre parole, non sembra possibile, né tantomeno corretto, "delegittimare" il ricorso a spiegazioni causali di taglio empirico-naturalistico, evoncandone la crisi dei fondamenti». *Contra*, sulla necessità di far riferimento alle nozioni proprie della filosofia e della scienza per l'individuazione del concetto di causa A. PECORARO-ALBANI, *Caso e causalità*, cit., p. 84 e per la premessa per cui «vi è un solo concetto di causa ed esso appartiene alla scienza» G. MUSOTTO, *Il problema del rapporto di causalità nel diritto penale*, in *Studi in onore di Arturo Rocco*, 1952, p. 239.

[11] Chiarire se si possa parlare di un rapporto causale in senso tecnico in presenza di una condotta omissiva non è certo impresa di poco conto. Si è ritenuto che il concetto di "causa" includa le condizioni, positive e negative, necessarie alla produzione di un evento; ovvero che la causa di un evento è sempre un altro evento o un processo, il quale a sua volta può essere tanto dinamico quanto statico: l'omissione, in quanto descrive uno stato "reale" della persona, costituirebbe appunto una condizione statica dell'evento (F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1217 ss., ora in *Appendice* a *Leggi scientifiche*, cit., pp. 335-336. Potrebbe tuttavia replicarsi che *ex nihilo nihil fit* e che dunque il "non essere" non può, naturalisticamente, costituire una causa (tra gli altri F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., p. 35 O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, Athenaeum, 1916, p. 17. V. anche ART. ROCCO, in *Lavori preparatori*, cit., Vol. IV, Parte II, p. 105). Né più chiare indicazioni provengono dall'analisi del dato positivo. Assumendo quale esclusivo riferimento normativo la clausola di equivalenza tra il non impedire e il cagionare contenuta nell'art. 40, secondo comma c.p., la tentazione potrebbe essere quella di ricavarne che nel pensiero del legislatore l'azione e l'omissione non sono la stessa cosa (O. VANNINI, *Omissione causale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, p. 36) e che, vista la collocazione della disposizione in questione, le principali differenze siano state individuate proprio sul terreno della causalità: si sarebbe dunque introdotta un'equivalenza normativa laddove non è dato rinvenire alcuna uguaglianza sul piano naturalistico (F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., p. 40. Nello stesso senso, P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 436). Altrettanto fondatamente, tuttavia, potrebbe ritenersi che il legislatore abbia risolto in senso positivo la questione dell'efficacia causale dell'omissione: il primo comma dello stesso art. 40 c.p., infatti, richiedendo che l'evento dannoso o pericoloso sia conseguenza dell'azione o dell'omissione del soggetto agente, presupporrebbe come pienamente ammissibile la sussistenza di un vero e proprio rapporto di causalità tra l'omissione e l'evento. Così F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 168-169, il quale risolve l'apparente antinomia esistente tra i due commi dell'art. 40 c.p. ritenendo che l'introduzione del capoverso risponda piuttosto all'esigenza di limitare la responsabilità penale per mancato impedimento dell'evento ai soli casi in cui sussista un obbligo giuridico di impedire l'evento medesimo (c.d. antigiuridicità dell'omissione). Quest'ultima opinione sembrerebbe ricevere anche il conforto della Relazione al Progetto definitivo,

omissiva" quale frazione del problema dell'imputazione penale. Posto che il legislatore ci informa che un evento può essere conseguenza tanto di un'azione quanto di un'omissione (art. 40, primo comma c.p.) e che, in ogni caso, non impedire un evento equivale a cagionarlo (art. 40, secondo comma c.p.), ogni considerazione ulteriore sul valore causale dell'omissione diviene per l'interprete possibile, ma non necessaria. *Rectius*: ogni considerazione al riguardo risulta utile solo in quanto divenga la premessa da cui ricavare differenze in ordine all'accertamento del nesso causale. Il problema si sposta dunque dal piano ontologico a quello dell'accertamento: come accertare che, dato un evento, la stesso sia causalmente collegato alla condotta del soggetto agente? Esistono differenze nell'accertamento del nesso di causalità a seconda che la condotta che viene in considerazione sia un'azione o un'omissione?

Esulerebbe dai limiti della presente trattazione anche solo il tentativo di fornire una risposta al primo quesito. Si può solo osservare che la questione sembra assumere, almeno a tratti, le proporzioni di un'autentica quadratura del cerchio: la sfida ancora aperta resta quella di stabilire se l'accertamento del rapporto causale possa prescindere del tutto da coefficienti di tipo soggettivo o se, al contrario, il riferimento alle conoscenze del soggetto agente resti inevitabile, senza tuttavia comportare necessariamente un'inaccettabile sovrapposizione tra l'elemento oggettivo e quello soggettivo del reato.

Sembra invece che si possa, con una certa sicurezza, prendere posizione in merito al secondo dei quesiti posti in precedenza: indubbiamente le regole che presiedono all'accertamento del nesso di causalità subiscono in parte delle variazioni se a venire in considerazione sia una condotta omissiva anziché attiva[12].

---

in cui si afferma che il primo comma dell'art. 40 c.p., non operando distinzione alcuna tra azione ed omissione, risolve il problema della causalità materiale in rapporto all'omissione nel senso di ammettere la possibilità di un rapporto materiale tra omissione ed evento (*Lavori preparatori*, cit., Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco*, Parte I, *Relazione sul Libro I del progetto*, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 84). La Relazione, in realtà, prosegue con la considerazione per cui il capoverso dell'art. 40 c.p. regolerebbe quella particolare ipotesi in cui «l'omissione consista nel non impedire un evento, che direttamente è legato ad altra causa». Nell'ambito dei reati omissivi, quindi, dovrebbe distinguersi tra reati in cui la condotta è direttamente produttiva dell'evento e reati in cui la condotta si risolve in mancato impedimento dello stesso. Non si vede, tuttavia, in che modo possa accertarsi che una certa condotta omissiva sia direttamente produttiva dell'evento: la relazione tra un'omissione e un evento può consistere solo in un mancato impedimento dello stesso e il riferimento normativo al riguardo è costituito unicamente dall'art. 40, secondo comma, c.p.. Sul punto, tra gli altri, F. CARNELUTTI, *Illiceità penale dell'omissione*, cit., p. 4; O. VANNINI, *Ancora sull'omissione causale*, in *La palestra del diritto*, *Giugno-Luglio*, 1932; F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., p. 41; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, p. 127.

[12] Secondo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., pp. 127-128 chiarire se il rapporto causale che intercorre tra omissione ed evento sia dello stesso tipo di quello che intercorre tra azione ed evento risponde ad una mera «curiosità metagiuridica»; ciò che rileva è solo la tecnica di accertamento del nesso causale, indubbiamente diversa nei reati di azione rispetto a quelli omissivi. V. anche M. SINISCALCO, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, Vol. VI., Milano, Giuffrè, 1960, p. 650, secondo

"Spiegare" un evento significa individuarne le ragioni, il *propter quid*; la spiegazione, cioè, è una conoscenza che coglie le cause, che fornisce una risposta alla domanda "perché?"[13]. Analoghe considerazioni varrebbero anche per la spiegazione causale in diritto penale. Si è affermato che il problema del nesso eziologico deriva dalla necessità di spiegare *perché* un certo evento può essere imputato ad un soggetto[14]: più correttamente, forse, si tratta di chiarire, innanzi tutto, *perché* un certo evento si è verificato e, in secondo luogo, se un certo soggetto possa esserne ritenuto penalmente responsabile.

La peculiarità della "causalità omissiva", a ben considerare, risiede proprio nel fatto che mediante il suo accertamento non si intende *spiegare* alcunché o che, in ogni caso, la spiegazione assume una struttura assai peculiare[15]: «domandiamo come mai fece freddo e ci viene risposto che non avremmo sentito freddo se avessimo acceso il calorifero; ma con questo non si dice quali sieno le ragioni naturali dell'abbassamento del clima»[16]. *Mutatis mutandis*: chiediamo perché il paziente è morto e ci viene risposto che se fosse stato ricoverato sarebbe ancora in vita; ma non ci si dice quali siano le ragioni della morte.

Il dato sul quale si intende richiamare l'attenzione è il seguente: anche a voler ammettere che un evento si verifica non solo per l'insieme delle condizioni positive, ma anche per mancanza di impedimenti (condizioni negative), resta il fatto che, in caso di condotta omissiva, la serie causale "positiva" da cui è derivato il risultato vietato dalla legge e a cui non prende parte il comportamento dell'agente deve essere

---

il quale, poiché la forma di collegamento fra la condotta omissiva e l'evento è diversa dalla relazione intercorrente fra la condotta positiva e l'evento stesso, diviene solo una questione terminologica definire come causale il rapporto derivante da un comportamento omissivo.

[13] In particolare E. AGAZZI, *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 393-394 e *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in *Scritti per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, Jovene, 2007, pp. 380 e ss.; F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., p. 92 e *Giustizia e modernità*, cit., p. 341. Sembra che il concetto di "spiegazione" continui a costituire un utile punto di riferimento per una corretta ricostruzione della causalità (anche, come si vedrà, della c.d. causalità della colpa), sebbene si sia di recente sostenuto che il modello di sussunzione sotto leggi scientifiche non serva tanto a spiegare un dato evento, quanto piuttosto a "surrogare" sul piano probatorio un spiegazione causale che, per poter essere davvero tale, dovrebbe essere fornita *a posteriori*, mentre il riferimento alla sufficienza della causa (intesa come probabilità della stessa) esaurisce *ex ante* la sua portata: O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., pp. 658-659.

[14] F. GRISPIGNI, *Il nesso causale*, cit., p. 14.

[15] Secondo GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 386, il condizionale controfattuale "se l'azione doverosa fosse stata compiuta, l'evento non si sarebbe verificato" non ha ad oggetto né la *spiegazione* di un evento passato, né la *previsione* di un evento futuro. *Contra* F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 375-376: «[…] il processo esplicativo è identico, nella sua struttura, per la causalità attiva e per la causalità omissiva. Identico è infatti l'*explandandum*: un avvenimento del passato; identico il procedimento di inferenza: da leggi universali o statistiche e da un insieme di condizioni empiriche antecedenti; identica è la struttura della spiegazione offerta. La diversità riguarda il giudizio ipotetico […]». V. anche, sia pur in termini non perfettamente coincidenti, F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., p. 386.

[16] O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, cit., p. 79.

integralmente ricostruibile. In altri termini: già siamo in grado di fornire una prima risposta alla domanda "*perché* un certo evento si è verificato?"; si tratta di accertare se a seguito dell'attivazione del soggetto che aveva l'obbligo giuridico di intervenire quello stesso evento si sarebbe evitato[17]. Da una spiegazione di tipo "naturalistico", presupposto per l'accertamento del rapporto di derivazione causale in presenza di una condotta attiva, si passa ad una spiegazione "giuridica", di tipo ipotetico-normativo, che attribuisce rilevanza penale ad una condotta che non c'è stata, ma doveva e poteva esserci[18].

L'esatta ricostruzione, sul piano naturalistico, del decorso eziologico che ha condotto all'evento resta pur sempre, come si diceva, il necessario punto di partenza. Se nel reparto di ematologia di un ospedale si verificano dei casi di epatite B, ma, nonostante gli accertamenti compiuti, non si riesce ad individuare il veicolo attraverso il quale si è verificata la trasmissione del *virus* (trasfusione? Somministrazione di terapia? Prelievo di sangue?), mancano i presupposti per accertare una responsabilità penale del primario per omessa vigilanza, in quanto mancano i dati necessari per formulare l'ipotesi controffattuale[19]. Del resto, la questione del rapporto di causalità come problema di imputazione sorge solo quando è noto lo svolgimento dei fatti ed è stato individuato un potenziale autore: ciò per «l'ovvio rilievo che *se non si conosce*, con l'aiuto delle leggi dell'esperienza, il «*perché?*» dell'evento lesivo, non si è neppure in grado di stabilire, con il procedimento di «eliminazione» mentale, *se ad un certo antecedente competa o non competa la qualifica di condizione necessaria*»[20]. Potrebbe aggiungersi: «prima di fare questione di imputare, bisogna che preceda la certezza del fatto [...]. *Prius de re quam de reo*»[21].

La corretta ricostruzione della catena eziologica che conduce al risultato consente dunque di individuare l'enunciato ipotetico che costituirà la protasi del giudizio controfattuale: se Tizio non avesse sparato, Caio non sarebbe morto. A tal

---

[17] Cfr. P. NUVOLONE, *Osservazioni in tema di causalità nel diritto penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1955, p. 386, il quale osserva che la fattispecie omissiva presenta innanzi tutto un profilo di causalità materiale in relazione a ciò che si è effettivamente verificato (ad esempio, il digiuno è la causa della morte del bambino); presenta poi un profilo normativo in riferimento a ciò che doveva verificarsi e non si è verificato (ad esempio, il mancato adempimento del dovere di allattare da parte della nutrice). Sulla necessaria ricostruzione del decorso causale che ha condotto all'evento anche R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, cit., p. 220.

[18] Cfr. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., p. 1975.

[19] Il caso è stato deciso in questo senso da Sez. IV, 25 maggio 2005 (dep. 12 luglio 2005), Lucarelli, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2393 ss., con nota di D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti della più recente giurisprudenza di merito e di legittimità* e *ivi*, p. 3219 con nota di BARTOLI, *Causalità omissiva e modello di accertamento* ex ante-ex post.

[20] F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., pp. 16-17. Sul momento in cui sorge il problema giuridico della causalità, F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., pp. 199-200.

[21] F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 62.

proposito sono tuttavia doverose delle precisazioni. È anzitutto necessario un criterio di selezione dei fatti rilevanti, fornito proprio dal "tentativo di soluzione" che l'interprete si propone mediante la formulazione di un'ipotesi causale: al giudice, per il quale, come già chiarito, l'accertamento causale è uno "strumento di imputazione", non interessano i processi biologici che hanno condotto alla morte di Caio, ma solo se l'evento in questione sia conseguenza del colpo di pistola sparato da Tizio[22].

Anche a seguito di questa prima "selezione dei fatti", tuttavia, è assai difficile che siano noti all'interprete, o da lui ricostruibili, tutti gli anelli della catena causale che ha prodotto l'evento penalmente rilevante: si è rilevato al riguardo che la scoperta dell'intero meccanismo causale non costituisce un elemento indispensabile dell'accertamento del nesso eziologico e che, del resto, la spiegazione di eventi particolari presuppone sempre l'operatività della clausola c.d. *coeteris paribus*[23]: tuttavia è pur sempre necessario che venga raggiunta la "prova particolaristica"[24]: «il modello della sussunzione sotto leggi resta un'espressione vuota, buona per tutti gli usi, se non si prova che si sono verificati gli antecedenti concreti – compreso l'antecedente concreto *sine qua non* – che possono essere sussunti sotto gli **antecedenti astratti**, previsti dalla legge di copertura»[25].

La prova degli antecedenti concreti può essere raggiunta anche a seguito della ragionevole esclusione del possibile intervento di decorsi causali alternativi, che, fornendo spiegazioni diverse del medesimo evento, smentiscano la ricostruzione ipotizzata (rilevanza delle ipotesi rivali)[26]. Si tratta per la verità di un criterio che non è andato esente da critiche[27]. Sembrano tuttavia condivisibili le considerazioni

---

[22] F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., pp. 159 ss. e p. 260, in cui conclude che «l'*explanandum*, lungi dall'essere un "dato" precostituito, rappresenta esso stesso il frutto di una ricerca, che il giudice compie facendo una o più "congetture" esplicative». Sul «punto di vista» che guida il giudice penale nella ricerca della causa come criterio di imputazione, anche F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., pp. 335-336.

[23] Per tutti F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., pp. 285 ss., *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 362-365 e *Il contesto della spiegazione causale: il processo penale*, in AA. VV., *Scienza e causalità*, a cura di C. DE MAGLIE E S. SEMINARA, Padova, Cedam, 2006, p. 36: le domande "perché" vengono poste solo in contesti in cui le conoscenze sono incomplete; l'uomo è costretto dai propri limiti a ricorrere ad assunzioni tacite di leggi e di condizioni iniziali e, quindi, a fornire una spiegazione causale dando per scontato di conoscere "il sistema completo" che invece non conosce.

[24] F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 416 e ss..

[25] F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 424 (grassetto originale).

[26] F. STELLA, *Leggi scientifiche*, cit., pp. 186 e ss..

[27] Lo stesso F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 350 e ss., valutando l'ammissibilità del ricorso ad argomenti basati su frequenze medio-basse nella spiegazione causale (sull'ammissibilità del ricorso anche a leggi statistiche v. in precedenza *Leggi scientifiche*, cit., pp. 311) , ritiene che un'imputazione causale basata su una legge statistica con coefficiente percentualistico medio-basso significherebbe incorrere nella fallacia del *post hoc, ergo propter hoc*: è una questione di mera fortuna che il giudice riesca ad «azzeccare» l'individuazione di ciò che è realmente accaduto utilizzando frequenze medio-basse, ma le questioni di fortuna non hanno niente a che vedere con la giustizia. Di conseguenza: «l'accusa, utilizzando frequenze medio-basse, non riuscirà mai a dimostrare che l'evento non dipende da altre cause, sia perché la gran parte di queste cause non è né conosciuta né conoscibile,

di chi ritiene che, almeno a certe condizioni, all'accertamento del nesso di causalità materiale possa pervenirsi anche per esclusione: è ovviamente necessario che oggetto di indagine sia un'ipotesi causale specifica, connotata da tutti quei dettagli che possano assumere una qualche rilevanza nella spiegazione dell'evento e che le possibili alternative vengano rigorosamente vagliate e concretamente escluse: se ne resta in piedi anche una sola, non indagata o non smentita, il principio *in dubio pro reo* impone di non ritenere raggiunta la prova del rapporto causale[28].

Anche in giurisprudenza è affermazione ormai ricorrente quella per cui l'accertamento della causalità richiede non solo la conferma dell'ipotesi formulata, ma «anche la conferma, o meno, dell'esistenza di fattori causali alternativi che possano costituire elementi di smentita della ricostruzione ipotizzata». Con la conseguenza che «l'impossibilità di escludere, al di là di ogni ragionevole dubbio, i fattori causali alternativi non consente di ritenere processualmente certo il rapporto di causalità»[29].

Ciò precisato, si può tornare alla rilevanza attribuita alla preventiva ricostruzione della spiegazione causale. Dalle possibili modalità attraverso cui può realizzarsi il passaggio dalla *res* al *reus* sembra possano trarsi utili indicazioni in ordine alla distinzione tra condotta attiva e condotta omissiva.

È affermazione ricorrente quella per cui ogni tentativo di individuare i criteri distintivi tra agire ed omettere sul piano ontologico-naturalistico sembra destinato ad un inevitabile insuccesso. Fallita dunque l'ambizione sistematica di ridurre "fare"

---

sia perché – sotto un profilo pragmatico – appaiono insuperabili gli ostacoli relativi alla prova». Oltre alla fallacia del *post hoc, propter hoc*, il rischio insito in una spiegazione causale ottenuta "per esclusione" è soprattutto quello riassunto dal c.d. *argumentum ad ignorantiam*, che consiste nel ritenere vera una proposizione solo perché non si è dimostrato che sia falsa (i fantasmi devono esistere perché nessuno è mai riuscito a provare il contrario): sul punto I. M. COPI, *Introduzione alla logica*, Bologna, Il Mulino, 1964, pp. 72-73.

[28] Così M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Studi per Federico Stella*, cit., pp. 902 e ss.. A sostegno delle proprie considerazioni l'Autore porta il caso della giovane donna violentata da un bruto, affetto da Aids, che risulti a sua volta contagiata dopo qualche tempo dall'avvenuta violenza. Se le indagini sul caso, esaminando scrupolosamente le abitudini della ragazza e la sua situazione clinica, pervengano ad escludere che il contagio possa trovare la sua causa in un fatto diverso dalla violenza, sembra corretto ritenere raggiunta la prova che sia stato proprio quel contatto sessuale a trasmettere la malattia. Proprio alla casistica in questione si riferisce criticamente F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 359, ricordando come gli studiosi che si sono occupati della trasmissione del virus dell'AIDS dal partner malato al partner sano non hanno esitato a definire "diabolica" la prova dell'esclusione di cause diverse dal rapporto sessuale con il partner in questione. Sulla valorizzazione della "causalità negativa" nelle pronunce relative alla responsabilità penale per danni da prodotto C. PIEGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., pp. 198 e ss..

[29] Cass., S.U., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1139. Sulla necessaria esclusione di decorsi causali alternativi anche, tra le altre, Cass. pen., 2 marzo 1990 (dep. 11 maggio 1990), Papini, in *Cass. pen.*, 1991, 1826; Cass. pen., 28 maggio 2003 (dep. 16 settembre 2003), Palladino, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2387 e ss.; Cass. Pen., Sez. IV, 10 gennaio 2008, n. 840, *inedita*. In dottrina O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico*, c. 614: «Quando si parla di "necessità" non si allude […] alla certezza dell'ipotesi ricostruttiva, ma (più modestamente) all'avvenuta verifica, spesso pretermessa nelle sentenze, che non siano intervenute nella produzione dell'evento altre cause (= fattori ritenuti tali dalla scienza)».

ed "omettere" sotto un più generale concetto di "azione" sembrerebbe che l'unica via seriamente percorribile sia quella che si riferisce al contenuto della regola violata: se l'obbligo ha un contenuto negativo (divieto) il comportamento che allo stesso trasgredisce andrà qualificato come azione; se, al contrario, l'obbligo trasgredito ha un contenuto positivo (comando) la condotta assumerà la forma dell'omissione. La distinzione tra azione ed omissione, in altri termini, deriverebbe da un giudizio di relazione, riferendosi unicamente ai modi in cui una condotta può essere contraria ad una norma. Da ciò deriva anche che la condotta "normativamente" omissiva può "naturalisticamente" consistere tanto in un movimento corporeo quanto in un'inerzia[30].

Il criterio in questione, tuttavia, pur condivisibile in linea di principio, rivela innegabili difficoltà in sede applicativa[31]. Il fatto è che la distinzione tra comando e divieto non sempre si rivela risolutiva. Ciò non solo per il rilievo che, come pure è stato ritenuto, ogni divieto può essere convertito nel rispettivo comando e viceversa[32]. Come a dire: Una è la stessa e la via che va all'insù o all'ingiù. Ma ammettiamo pure che, ad esempio, dall'art. 575 c.p. possa ricavarsi, senza troppe incertezze, il comando "non uccidere"; ancora non disporremmo degli strumenti in base ai quali stabilire se, nel caso concreto, la condotta del soggetto abbia violato la fattispecie di cui all'art. 575 c.p. o, piuttosto, la nuova fattispecie ricavabile dalla combinazione dell'art. 575 c.p. con l'art. 40, secondo comma c.p.. Anche in giurisprudenza si è recentemente preso atto del fatto che «in astratto, la distinzione tra causalità commissiva e causalità omissiva è del tutto chiara: nella prima viene violato un divieto nella seconda è un comando ad essere violato. Non sempre agevole è però la distinzione in concreto tra le due forme di causalità»[33].

La questione, pertanto, sembra possa proficuamente impostarsi assumendo come premessa un rilievo compiuto dal Massari in merito alle classificazioni proposte in tema di reati di azione o di omissione: «se si considerano tutte queste partizioni sotto l'aspetto metodologico, una prima osservazione, ch'esse suggeriscono, è la seguente: che, or tengono presente lo schema astratto del reato, per definire la forma

---

[30] F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, cit., p. 18.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, cit., p. 60; I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei reati omissivi*, cit., p. 2 e ss.; M. SPASARI, *L'omissione*, cit., p. 54.

[31] Cfr. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., pp. 58-59.

[32] «Il comando di compiere qualcosa è il rovescio del divieto di non compierla, proprio come il divieto di cagionare un risultato equivale esattamente al comando di non produrlo»: M. SPASARI, *L'omissione*, cit., p. 31. O. VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, cit, pp. 30-32 osserva che la distinzione dei precetti in comandi e divieti non deriva dal fatto che la legge imponga di agire o non agire, ma ha un significato solo in riferimento al fine che la norma si propone di realizzare.

[33] Cass. Pen., Sez. IV, 10 gennaio 2008, n. 840, cit. e Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2007 (dep. 11 marzo 2008), Pozzi, in *Cass. pen.*, 2008, fasc. 12, p. 4636, con nota di M. BARALDO, *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale.*

criminosa come attiva o omissiva; ed ora, invece, si riferiscono, non ai tipi criminosi in sé considerati, ma alle concrete possibilità episodiche della esecuzione»[34].

Distinguere tra «lo schema astratto del reato» e le «concrete possibilità episodiche» della condotta di cui si deve verificare la conformità al tipo: questo, si diceva, sembrerebbe un utile punto di partenza.

Sul piano astratto, si tratta di verificare se il reato può essere realizzato solo mediante un'azione, solo mediante un'omissione o, indifferentemente, mediante un'azione o un'omissione. Il problema non si pone per i reati omissivi "propri"; in questi casi, infatti, la legge descrive la condotta tipica come una condotta necessariamente omissiva. Il discorso è invece più complesso per i reati omissivi impropri. Il problema a questo punto diviene quello di delineare i limiti di operatività della clausola di equivalenza di cui al capoverso dell'art. 40 c.p.[35].

Nel caso in cui dovesse concludersi che la fattispecie, sul piano astratto, ammette una sua realizzazione tanto mediante una condotta attiva quanto mediante una condotta omissiva, la sua astratta formulazione non può fornire indicazioni ulteriori per l'esatta qualificazione della condotta che viene in considerazione.

Si tratta quindi di passare dal **piano** astratto a quello **concreto**. Il criterio più convincente sembra quello che qualifica la condotta dell'agente attraverso il riferimento congiunto al decorso causale che ha condotto all'evento e alla presenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento stesso. Le ragioni di una simile scelta sono state in parte anticipate. Si è già detto, infatti, che nei reati omissivi la serie causale "positiva" da cui è derivato il risultato vietato dalle legge è già integralmente ricostruibile, indipendentemente da qualsiasi riferimento al comportamento tenuto da parte dell'agente. A questa circostanza sembrano riferirsi quegli Autori secondo i quali, in caso di omissione, l'evento «si sarebbe ugualmente verificato anche se la persona dell'omittente non fosse mai esistita!»[36]; o per i quali si avrà omissione ogni volta in cui il soggetto agente lasci che «le cose procedano per conto loro»[37-38]. E

---

[34] E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, cit., p. 42.

[35] *Supra*, Cap. I, § 6.

[36] O. VANNINI, *Omissione causale*, cit., p. 40.

[37] M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 316. L'Autore precisa tuttavia che quello proposto non è un criterio naturalistico, di cui quello causale costituisce una variante, ma piuttosto un criterio normativo. Sembra opportuno riportare testualmente il passo da cui si è tratta l'espressione citata nel testo: «considerato dunque che le omissioni consistono in passività, negatività, inerzia, che le azioni invece sono intese dall'ordinamento come (almeno potenzialmente) «invasive» della sfera giuridica di terzi, si avrà un'omissione quante volte, pure in presenza di un «*facere*» diverso da quello imposto al soggetto, «le cose procedano per conto loro», senza peggioramento della situazione per il bene protetto; si avrà viceversa azione quando il «*facere*» abbia condotto a un maggiore pericolo per il bene stesso». Per il medesimo ordine di considerazioni E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, cit., p. 40, che distingue tra i fenomeni che si producono per l'intervento del soggetto e i fenomeni in cui la relazione causale si snoda tutta al di fuori del soggetto stesso, il quale si atteggia dunque a mero elemento passivo, semplice spettatore dell'operare di forze a lui estrinseche; C. SALTELLI – E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del Codice penale*, III ed., Vol. I, Roma, Jandi Sapi, 1956: «nei reati di pure omissione l'evento consiste non in una *modificazione*

questa è anche la premessa dalla quale si muove quando si osserva che, in tutti i casi in cui l'evento è stato cagionato da una precedente attività pericolosa posta in essere dal soggetto, la condotta che viene in considerazione è un'azione in senso stretto, perché è proprio un comportamento attivo che ha innescato il processo causale produttivo dell'evento, mentre la mancata adozione delle cautele necessarie rileverà unicamente sotto il profilo della colpa (momento omissivo)[39]. Pare quindi corretto distinguere i casi in cui l'evento è conseguenza della condotta pericolosa del soggetto (azione in senso stretto) da quelli in cui l'evento è conseguenza di una condotta altrui o di forze naturali (eventuale responsabilità per omesso impedimento dell'evento)[40].

---

del mondo esteriore, ma in una *immodificazione* del mondo esteriore, cioè nel lasciare le cose così come sono» (corsivi originali); P. NUVOLONE, *Osservazioni in tema di causalità nel diritto penale*, cit., p. 386, secondo il quale, mentre l'azione modifica una realtà che in sua assenza rimarrebbe probabilmente inerte, l'omissione non impedisce la modificazione di una realtà che è già in atto indipendentemente dall'intervento umano; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 234, che ravvisa una condotta omissiva in tutte quelle ipotesi in cui il "fare" concretamente compiuto dal soggetto non ha modificato il decorso casuale che si sarebbe avuto anche in assenza di quel "fare"; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, 2003, VIII ed., p. 366-367, portando l'esempio del naufrago che muore per omissione di soccorso, rileva che l'evento deriva da una serie causale (assideramento o annegamento, per esempio) che non ha nulla a che fare con la condotta effettivamente tenuta da chi potrebbe impedire l'evento. La ricostruzione proposta dall'Autore si rivela in realtà più complessa (in particolare A. PAGLIARO, *Il reato*, cit., p. 80): dovrebbe parlarsi di condotta commissiva in tutti quei casi in cui la condotta miri ad una modifica del mondo esterno: così, un omicidio, in quanto richiede la morte di un uomo, è costituito sempre da una condotta commissiva, anche se la stessa venga realizzata mediante omissione (per esempio facendo mancare l'assistenza ad un malato). Per contro una condotta omissiva sarebbe solo quella che mira a lasciare inalterato un certo aspetto del mondo esterno e potrebbe essere realizzata tanto mediante omissione (omissione di atto d'ufficio tralasciando di compierlo) quanto mediante commissione (omissione di atto d'ufficio distruggendo il materiale necessario per compierlo. In argomento v. anche, di recente, L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento*, cit., pp. 576-577. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. IV, 5 luglio 2000 (dep. 20 ottobre 2000), Diele, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2712, la quale precisa che, mentre nella "causa commissiva" la condotta dell'uomo interviene a modificare il corso degli eventi, nella causalità omissiva è il normale succedersi degli eventi che deve essere impedito, alterato, ostacolato, sulla base di quanto prescritto dal comando di agire.

[38] A proposito della imprescindibilità del riferimento a dati di tipo "naturalistico" nell'individuazione della condotta penalmente rilevante, è significativo che proprio in A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, p. 123, la cui ricostruzione è tutta ispirata a considerazioni di tipo teleologico-funzionale, si trovi l'avvertimento per cui se le valutazioni politico-criminali interferiscono con concetti di fattura naturalistica si ottiene il solo risultato di confondere la acque e di creare equivoci.

[39] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 152, secondo il quale causalità attiva ed omissiva si pongono tra loro in rapporto di alternatività, di esclusione reciproca, nel senso che si ha sempre e solo causalità attiva nei casi di azione pericolosa (attività industriale, circolazione stradale), anche se sia possibile individuare un connesso obbligo di diligenza espressamente imposto e sanzionato per legge; al contrario, si entra nell'ambito esclusivo della causalità omissiva nei casi in cui il soggetto non abbia posto in essere alcuna attività pericolosa, ma abbia omesso di impedire la verificazione dell'evento nonostante la presenza di un obbligo giuridico in tal senso. Analoghe considerazioni, sul versante della responsabilità civile, si trovano in G. ALPA, *Colpa omissiva e principi di responsabilità civile*, cit., c. 1369: «non di "omissione" si tratta in realtà, ma di esercizio di un'attività senza l'adozione delle opportune misure di sicurezza» (a proposito della responsabilità di un appaltatore per aver installato un cantiere stradale senza segnalarne la presenza con apposite indicazioni luminose).

[40] I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi,* cit., p. 112.

Quest'ultima precisazione, tra l'altro, ha il merito di ricondurre entro i suoi esatti confini la dibattuta questione circa la configurabilità del "fare pericoloso precedente" quale autonoma fonte dell'obbligo giuridico di impedimento dell'evento, che nella maggior parte dei casi pone un "falso problema", trattandosi di vere e proprie ipotesi di reati commissivi.

Sono fin troppo note le dispute sorte attorno all'idoneità della precedente attività pericolosa a funzionare quale fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento rilevanza *ex* art. 40, secondo comma c.p. [41]. Accanto a chi ha ritenuto che la fonte in questione rappresentasse un fin troppo evidente *vulnus* ai presupposti di fondo della teoria formale[42], si è replicato che il fondamento normativo che la fonte dell'obbligo andrebbe individuata non tanto nello svolgimento dell'attività pericolosa, ma piuttosto nell'art. 2050 c.c., che prescrive di adottare tutte le misure idonee ad evitare il danno[43].

Sul punto non possono che condividersi le osservazioni di chi evidenzia la difficoltà e, a ben vedere, la non necessità di individuare nel "fare pericoloso precedente" una possibile fonte di un obbligo di impedimento, dotata di effettiva autonomia nell'ambito del sistema. Sta di fatto che quando l'evento è conseguenza di un'attività pericolosa svolta senza l'adozione delle cautele doverose, i contorni tra azione ed omissione si fanno più sfumati e la tentazione, nei reati colposi, potrebbe essere quella di valorizzare *tout court* il c.d. momento omissivo della colpa e di ritenere responsabile il soggetto per il mancato impedimento dell'evento. Del resto, anche chi ha sostenuto che le ipotesi in cui l'evento derivi da una precedente attività pericolosa vanno più correttamente inquadrate nel *genus* della "responsabilità per azione in senso stretto", non ha esitato a rilevare che questa conclusione non può certo dirsi assoluta: in certi casi, infatti, il soggetto con la propria attività pericolosa darebbe origine ad una vera e propria "fonte di pericolo" di cui è dalla legge costituito garante, in quanto titolare di poteri esclusivi di organizzazione e di disposizione della fonte stessa: a questa categoria apparterebbe anche il celeberrimo caso di colui che scavi una buca senza poi segnalarla adeguatamente[44].

---

[41] Critici sulla configurabilità del "fare pericoloso precedente" quale autonoma fonte di una responsabilità per omissione G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 204 e ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 277 e ss.; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi,* cit., pp. 111 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 162 e ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 598-599; M. ROMANO, *Art. 40*, *Commentario sistematico*, cit., pp. 390-391. In giurisprudenza Cass. pen., Sez. IV, 11 luglio 2007, Bosticco, in *CED Cass.*, Rv. 237883; Cass. pen., Sez. IV, 1 dicembre 2000, Durante, in *Riv. pen.*, 2001, p. 357; Cass. pen, Sez. IV, 24 gennaio 2006, Pisanu, in *Resp. e risarc.*, 2006, fasc. 6, p. 74; Cass. pen., Sez. IV, 27 aprile 2006, Frappi, in *Arch. circ. strad.*, 2007, p. 119; Cass. pen., Sez. IV, 2 marzo 2006, Finato, in *Riv. pen.*, 2006, p. 936.

[42] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 598-599; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 162.

[43] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 131.

[44] I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi,* cit., pp. 113-114.

Sembra possa tornare utile al riguardo la distinzione tra attività già esaurite ed attività ancora in corso di svolgimento[45]. In particolare, nel caso in cui l'attività pericolosa sia ancora in fase di svolgimento sembra possa farsi riferimento, senza troppe incertezze, ad una condotta attiva quale antecedente causale dell'evento. Se, per contro, l'attività pericolosa è già esaurita occorrerà verificare se il "prodotto" dell'attività stessa sia oggetto di quella che è comunemente definita come "posizione di controllo", nel senso che il soggetto ha l'obbligo giuridico di evitare che una certa fonte di pericolo produca effetti dannosi o pericolosi per i terzi.

In conclusione (recuperando la distinzione tra "valutazione" e "oggetto della valutazione"): se nella spiegazione dell'evento concreto uno degli anelli causali è costituito dal comportamento posto in essere dall'agente, la condotta in questione dovrà essere qualificata come azione (a meno che non si tratti di una precedente attività pericolosa già esaurita, per la quale varranno le considerazioni appena precedenti); se, al contrario, la ricostruzione della catena eziologica che ha condotto al verificarsi dell'evento può avvenire, sul piano naturalistico, senza fare riferimento alcuno al comportamento dell'agente, ma l'evento stesso assume rilevanza penale (spiegazione dell'evento in senso giuridico) se si immagina esistente una condotta dell'agente modellata attorno ad un obbligo giuridico di impedire l'evento, significa che dovrà discutersi di una possibile responsabilità per omissione. È evidente, infatti, la differenza che esiste tra i due tipi di spiegazione "giuridica": "Caio è morto perché Tizio ha sparato" e "Caio è morto di inedia, ma se Tizia lo avesse allattato (come doveva e poteva fare) la morte sarebbe stata evitata"[46].

In definitiva, poiché la ricostruzione del decorso eziologico e la formulazione del condizionale controfattuale sono fasi inscindibilmente connesse, che concorrono a riempire di contenuto la "spiegazione causale", è proprio l'individuazione dell'antecedente assunto *contra facta* che assume decisiva rilevanza. I condizionali controfattuali, come è noto, sono costrutti linguistici costituiti da un antecedente ed un conseguente, in cui, come nei periodi ipotetici dell'irrealtà della grammatica latina, il fatto ipotizzato nella protasi è noto essere falso (propriamente è quindi la protasi a risultare controfattuale, non il condizionale in quanto tale)[47]: senza prendere in considerazione le applicazioni che il modello in questione ha conosciuto nel campo della logica e applicando la formulazione-base dello stesso a fini di imputazione, può dirsi che il giudizio controfattuale rappresenti il modello logico-linguistico che consente di enunciare la c.d. doppia formula della *condicio sine qua*

[45] Cui fa riferimento F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 174.

[46] Cfr. A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 54 il quale, per sottolineare l'inconsistenza naturalistica della causalità omissiva, adduce quale conferma il linguaggio comune: si dice "A ha ucciso B con un colpo di pistola e non "C ha *ucciso* B perché ha impedito ad A di sparargli".

[47] Per tutti, C. PIZZI, *Introduzione*, in *Leggi di natura, modalità, ipotesi*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 12.

non[48]. Ebbene. Se la formulazione dell'antecedente assunto *contra facta* richiede che sia proceduto all'eliminazione mentale della condotta dell'agente, significa che l'agente è intervenuto nel processo eziologico mediante una condotta attiva: la domanda "se Tizio non avesse sparato, Caio sarebbe morto?" si fonda infatti sulla preventiva individuazione del colpo di pistola esploso da Tizio quale "antecedente decisivo" della morte di Caio. Se, al contrario, l'ipotesi controfattuale si risolve nell'addizione mentale di una condotta ricavata da un obbligo giuridico di impedire dell'evento, la condotta di cui si tratta assume i contorni di un'omissione: l'enunciato ipotetico "se Tizia avesse allattato Caio, Caio sarebbe morto?" presuppone che l'"antecedente decisivo" della morte di Caio venga individuato nell'inedia e, dunque, nella mancata somministrazione di cibo da parte di chi aveva l'obbligo giuridico di provvedere[49]. Di conseguenza, la considerazione per cui il giudizio controfattuale, in caso di condotta omissiva, richiede *non* la *eliminazione* mentale della condotta posta in essere, ma la *addizione* mentale della condotta doverosa omessa, non rappresenta solo l'esito della qualificazione giuridica della condotta penalmente rilevante, ma, anzi, contribuisce alla qualificazione stessa, in quanto presuppone l'esatta ricostruzione, sotto il profilo eziologico e a fini di imputazione, di quanto "realmente accaduto".

A ben vedere, in sede di accertamento è necessario procedere dal piano concreto a quello astratto e non viceversa. Occorrerà dapprima stabilire se la condotta che viene in considerazione debba qualificarsi come azione o come omissione; nel caso in cui si risponda nel secondo senso dell'alternativa, sarà poi necessario verificare se la fattispecie incriminatrice ammetta una sua realizzazione anche mediante omissione (*rectius*: se sia possibile individuare una nuova ed autonoma fattispecie omissiva accanto alla quella commissiva, derivante dalla combinazione di quest'ultima con l'art. 40, secondo comma, c.p.).

Il discorso rischierebbe tuttavia di restare incompleto se non si fornissero criteri più precisi che consentano di isolare l'"antecedente decisivo" attorno al quale costruire poi il giudizio controfattuale. Del resto si è già richiamata l'attenzione sul c.d. momento omissivo della colpa[50], avvertendo che le incertezze sul punto rimandano direttamente alla mancata individuazione di sicuri criteri distintivi tra

---

[48] La condotta umana è condizione necessaria dell'evento se, eliminata (o aggiunta) mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l'evento non si sarebbe verificato. La condotta umana non è condizione necessaria dell'evento se, eliminata (o aggiunta) mentalmente mediante il medesimo procedimento, l'evento si sarebbe ugualmente verificato.

[49] Si è osservato al riguardo che una condizione positiva (come una colpa da arma da fuoco mortale) può essere bensì spiegata o convertita in termini condizionalistici negativi (senza lo sparo il soggetto non sarebbe morto): tuttavia l'uso dei termini condizionalistici è la mera traduzione linguistica in espressioni ipotetico-congiuntive di un decorso causale comunque certo. Nelle ipotesi di condizioni negative, viceversa, l'accertamento ipotetico ha un vero e proprio valore costitutivo rispetto alla verifica della causalità: M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, cit., pp. 57-58.

[50] *Supra*, Cap. II, § 8.

fare ed omettere. Utili indicazioni sembra possano venire al riguardo, come già anticipato, da una corretta qualificazione del "fare pericoloso precedente": in presenza di un'attività pericolosa dell'agente, seppur svolta senza l'adozione delle doverose cautele, l'evento che ne deriva è "conseguenza" di un'azione in senso stretto, alla quale in effetti deve farsi necessario riferimento nella spiegazione naturalistica del risultato vietato. L'"omissione delle cautele doverose", dunque, rileverà solo in una fase successiva dell'accertamento: più precisamente, attorno alla regola cautelare violata andrà modellato il comportamento alternativo diligente di cui il giudice dovrà valutare l'effettiva capacità impeditiva rispetto all'evento verificatosi[51].

Accanto al settore dell'attività medico-chiurgica, la casistica che, specie nell'ultimo decennio, ha messo allo scoperto le difficoltà di una chiara distinzione tra "azione in senso stretto" ed "omissione" è quella relativa alle malattie professionali dovute all'esposizione dei lavoratori a sostanze nocive. Se nel caso del Petrolchimico di Porto Marghera la Suprema Corte – che pure non rinuncia ad una digressione in tema di causalità omissiva – , ha confermato che a venire in considerazione sono condotte attive, visto che agli imputati viene contestata non la violazione di un obbligo, ma piuttosto la violazione di un divieto, consistente nel non sottoporre i lavoratori ad esposizioni nocive[52]; nella casistica, per molti versi analoga, relativa all'esposizione dei lavoratori all'amianto, è stata prevalente in giurisprudenza la qualificazione in termini di omissione della condotta penalmente rilevante[53]. In

[51] *Infra*, §§ successivi.

[52] Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartalini, cit., c. 555.

[53] Sul tema, costantemente in bilico tra colpa e causalità, Pretura di Torino, 9 febbraio 1995, e App. Torino, 15 ottobre 1996, Barbotto Beraud entrambe in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1447 e ss., con nota di C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»* (relativamente al caso in questione v. anche D. MICHELETTI, *Tumori da amianto e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, pp. 218 e ss. e B. DEIDDA, *Un po' di chiarezza sull'uso indiscriminato dell'amianto in Italia negli anni '70*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, pp. 751 e ss.); Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio 1998, Calamandrei, in *Foro it.*, 1999, II, c. 236, con nota di R. GUARINIELLO, *I tumori professionali nella giurisprudenza di legittimità*; Cass. pen., Sez. IV, 30 marzo 2000, Camposano, in *Foro it.*, 2001, II, cc. 278 e ss., con nota di R. GUARINIELLO, *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*; Pret. Bergamo, 3 aprile 1997, Covili, in *Foro it.*, 1998, II, c. 484; Cass. pen., Sez. IV, 25 settembre 2001 (dep. 13 febbraio 2002), Covili, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 740 e ss.; Pretura Padova, 3 giugno 1998, Macola, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pp. 720 e ss.; App.Venezia, 15 gennaio 2001, Macola, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, pp. 349 e ss.; *Cass. pen.*, Sez. IV., 11 luglio 2002, Macola, in Cass. pen., pp. 3383 e ss., con nota di R. BLAIOTTA, *Causalità e neoplasie da amianto*; Cass. pen., Sez. IV, 2 luglio 1999, Giannitrapani, in *Dir. prat. lav.*, 2000, p. 706; Trib. Milano, 20 dicembre 1999, Trioni, in *Foro it.*, 2001, II, c. 54; Trib. Milano, 20 dicembre 1999, Montingelli, in *Foro ambr.*, 2000, p. 293, con nota di F. MUCCIARELLI, *Colpa e causalità: una sentenza contro il brocardo «*qui in re illicita versatur, teneatur etiam pro casu»; Cass. pen., 15 maggio 2003 (dep. 1 luglio 2003), Eva, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 424 e ss., con nota di E. DI SALVO, *Tumori da amianto e nesso di causalità*; Cass. pen., Sez. IV, 22 novembre 2007 (dep. 1 febbraio 2998), Biasotti, in *CED Cass.*, 2008, Rv. 238777; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 245 e ss.; F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano*, cit., pp. 141 e ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., pp. 85 e ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, cit., p. 75-78 e 205-214.

effetti l'individuazione di una condotta attiva sembrerebbe in questi casi la soluzione preferibile[54]. A conferma dell'equivocità insita nell'impiego del criterio fondato sulla contrapposizione tra violazione di comandi-condotta omissiva e violazione di divieti-condotta attiva, non si vede perché la norma violata dal datore di lavoro non possa essere ricostruita come "mettere in sicurezza l'ambiente di lavoro", anziché come "non esporre i lavoratori a materiali tossici". Facendo invece applicazione del criterio che si è cercato di illustrare in precedenza, nell'ipotesi di spiegazione causale formulata in riferimento all'evento in questione e della quale si ricerca la conferma in leggi scientifiche di copertura, assume rilevanza assorbente proprio l'esposizione del lavoratore a sostanze rivelatesi poi cancerogene, in una catena eziologica avviata dal comportamento del datore di lavoro; la circostanza per cui l'ambiente di lavoro risulti privo delle necessarie misure di sicurezza (consistenti, per esempio, nella fornitura di adeguati strumenti di protezione o nella riduzione dei livelli di esposizione entro limiti di sicurezza), rileva più propriamente come mancata adozione delle cautele doverose e, dunque, come "momento omissivo" della colpa.

Il rischio sempre presente in un simile modo di argomentare – e che certo non vuole qui essere minimizzato – è quello di cedere ad una tanto ottimistica quanto ingenua fiducia nella capacità euristica del dogma causale[55], per effetto di una

---

[54] In questo senso R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, cit., p. 205, secondo il quale nell'ambito delle patologie derivate dall'esposizione all'amianto la condotta che viene in considerazione è di regola una condotta attiva, «giacché l'esposizione all'agente lesivo è frutto di una determinazione di tipo organizzativo che ha evidentemente rilievo condizionante, giacché se il lavoratore non fosse stato addetto a quella lavorazione l'evento non si sarebbe verificato». Analoghe considerazioni in L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., p. 4124, per la quale l'omissione della misure precauzionali necessarie costituisce il momento omissivo della colpa di una condotta che, tuttavia, resta una condotta attiva e in M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"* , cit., pp. 67-68, sebbene con specifico riferimento al solo caso dell'Absestospray, deciso da Pretura di Torino, 9 febbraio 1995, cit.. Per la casistica dei danni da prodotto v. invece C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., pp. 232 e ss., il quale, assumendo quale riferimento il caso tedesco del *Lederspray*, rileva piuttosto una tendenza a qualificare in termini di "azione" condotte *ictu oculi* omissive, allo scopo di «*aggirare e di scavalcare* tutte le questioni concernenti l'individuazione delle sfere di competenza e delle correlate *posizioni di garanzia*» (corsivi originali): in tema di danno da prodotto, più precisamente, la presa di coscienza di un bene pericoloso per i consumatori impone il suo ritiro dal mercato e l'interruzione dei meccanismi distributivi e, dunque, la norma di comportamento della cui violazione si discute assume la forma del comando, cui può trasgredirsi solo con una condotta omissiva. Anche in queste ipotesi, tuttavia, pare che la mancata attivazione da parte del produttore individui non tanto una condotta omissiva, ma piuttosto il momento omissivo della colpa.

[55] In effetti, quando si definisce l'evento in senso naturalistico come la modificazione della realtà esteriore causalmente collegata alla condotta e rilevante per il diritto, o quando si individua l'atto tipico nei reati dolosi d'azione come l'ultimo atto a partire dal quale si avvia un processo causale non più controllabile dall'agente, il nesso di causalità diviene l'elemento cui è affidato il compito di isolare la condotta tipica (in senso anche naturalistico, se trattasi di un'azione; in senso solo normativo, se trattasi di un'omissione): cfr., per esempio, P. NUVOLONE, *Osservazioni in tema di causalità*, cit., p. 378, il quale osserva che in tutti i reati di evento la condotta «*in tanto è tipica in quanto è causale*» (circostanza che, secondo l'Autore, si verifica quando la condotta è obbiettivamente univoca rispetto all'evento). Ciò vale non solo per i reati a forma libera, ma anche per quelli a forma vincolata: con l'unica differenza per cui nel primo caso si tratta di tipicizzare l'intera condotta, mentre nel secondo

necessaria valorizzazione (sebbene da solo non sufficiente) del dato naturalistico che, in non pochi casi, rischia di rivelarsi ancor più equivoco dell'astratto dato normativo. Nondimeno, pare che l'esatta definizione del ruolo svolto dalla condotta della cui rilevanza penale si discute nella spiegazione naturalistica dell'evento sia il solo criterio che riesca a scongiurare una poco condivisibile esasperazione del momento omissivo della colpa, per mezzo della quale formulare pretesi comandi trasgrediti dall'agente ogni qual volta l'individuazione di una condotta omissiva risulti "più conveniente" a fini probatori.

Le considerazioni in questione possono assumere maggiore concretezza se esaminate sul banco di prova della "responsabilità penale del medico". Va premesso che la difficoltà in questo settore è duplice: innanzi tutto è assai raro che il soggetto agente, in una prospettiva naturalistica, resti completamente inerte di fronte al malato[56]; in secondo luogo l'intervento umano si colloca spesso in un momento in cui la malattia ha già avviato un decorso causale degenerativo[57]. Ciò che conta, tuttavia, è la corretta ricostruzione del processo eziologico, della catena causale, che ha condotto all'evento concreto, al fine di verificare quale ruolo abbia svolto al suo interno la condotta del soggetto agente.

Nel caso di omessa diagnosi seguita da morte del paziente, per esempio, non rileverà, in quanto tale, né il mancato riconoscimento della patologia da parte del medico, né la somministrazione di farmaci diversi da quelli adeguati. Se infatti la morte può essere "spiegata" attraverso il solo riferimento al processo patologico già in atto, che i farmaci somministrati non hanno arrestato ma non hanno neppure accelerato, dovrà discutersi di una possibile responsabilità per omissione del sanitario, il quale, pur avendo l'obbligo giuridico di intervenire, ha lasciato che la malattia "procedesse per conto suo". Ipotesi controfattuale: se il medico avesse praticato le terapie adeguate (= addizione mentale della condotta doverosa omessa), il paziente sarebbe morto? Se, al contrario, la morte *hic et nunc* è stata provocata dal medicinale somministrato per errore o in dosi diverse da quelle necesarie, il medico, con la sua prescrizione errata, ha partecipato attivamente alla produzione

---

alcuni aspetti della stessa risultano già tipicizzati dal legislatore (ancora P. NUVOLONE, *Osservazioni in tema di causalità*, cit., 378).

[56] Spesso ci si trova di fronte a «condotte eterogenee ed interagenti, in parte attive e in parte omissive per la mancata attivazione di condizioni negative o impeditive» che accrescono il rischio di confusione tra la condotta e la componente omissiva della colpa: Sez. un., 10 luglio 2002 (dep. 11 settembre 2002), Franzese, cit., p. 1137. Di recente anche in Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2007 (dep. 10 gennaio 2008), cit., si legge che «sono ben pochi i casi nei quali la condotta cui riferire l'evento dannoso è chiaramente [aggiungiamo: sotto il profilo naturalistico] attiva (il chirurgo ha inavvertitamente tagliato un vaso durante l'intervento) o passiva (il medico ha colposamente omesso di ricoverare il paziente)». Curioso che i giudici inseriscano nell'esemplificazione proposta, senza che peraltro ciò sia indispensabile, indicazioni relative all'elemento soggettivo ("colposamente", "innavertitamente"): le medesime conclusioni, infatti, varrebbero anche nel caso in cui il medico avesse agito con dolo. In dottrina P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., p. 1970.

[57] O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico*, cit., c. 616.

dell'evento dannoso. Ipotesi controfattuale: se il medico non avesse somministrato il farmaco sbagliato (= eliminazione mentale della condotta tenuta), il paziente sarebbe morto? In quest'ultimo caso il profilo dell'"omessa diagnosi" rileverà sul piano soggettivo, come possibile "momento omissivo della colpa", con ciò evitando pericolose sovrapposizioni, sul piano sistematico e su quello dell'accertamento, tra l'elemento oggettivo e soggettivo del reato [58].

La tematica diviene inevitabilmente più complessa nel caso in cui il paziente abbia prestato il proprio consenso alla mancata somministrazione delle cure necessarie ad evitare la sua morte *hic et nunc*. Si tratta di questioni in riferimento alle quali, in questa sede, possono essere dedicati solo cenni rapidi ed incompleti e che, in ogni caso, comporterebbero una responsabilità dolosa del sanitario[59]. A nostro avviso, in tutti i casi in cui la morte del paziente può essere spiegata come "effetto" della pregressa malattia, la condotta del medico va qualificata come omissiva. Il problema successivo sarà quello di verificare se i principi costituzionali ammettano la configurabilità di un omicidio del consenziente mediante omissione o se, piuttosto, i principi in questione impediscano di costruire una nuova fattispecie di omicidio del consenziente, derivante dalla combinazione dell'art. 579 c.p. con la clausola generale di cui all'art. 40, secondo comma c.p..

Per concludere: la diversa formulazione del giudizio controfattuale che, in caso di condotta omissiva, ipotizza *non* la *eliminazione* mentale della condotta tenuta, ma la *addizione* mentale della condotta doverosa omessa, non costituisce dunque una precisazione meramente terminologica[60]. L'omissione, evidentemente, non compare mai tra i termini del giudizio controfattuale: l'accertamento andrà condotto sempre in riferimento ad una condotta attiva, reale nel primo caso, ipotetica (e quindi da ricostruire, ad opera dell'interprete, attraverso il riferimento

---

[58] Conclusioni differenti in M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"* , cit., pp. 55-56, che, nel caso di morte di un paziente che presenti una sintomatologia tipica da infezione da tetano e si veda prescritto dal medico un semplice tranquillante, ravvisa un tipico caso di *culpa in agendo*, in quanto non ricorrerebbe nessun omesso impedimento dell'evento: il sanitario in questione, infatti, avrebbe violato il divieto di cagionare lesioni o morte per effetto di un comportamento negligente o imperito "nell'esercizio" dell'attività professionale: si tratterebbe quindi di «situazioni normalissime in cui emerge ***il c.d. momento omissivo della colpa***» (grassetto e corsivo dell'Autore).

[59] Tra gli altri F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, Cedam, 1974, *passim* e *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 448 e ss.; S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 670 e ss. e *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 1561 e ss.; F. GIUNTA, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 377 e ss. e *Il morire tra bioetica e diritto*, in *Pol. dir.*, 2003, pp. 559 e ss.; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 906 e ss.; F. VIGANÒ, *Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, fasc. 1, pp. 5 e ss.; A. VALLINI, *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 1 , pp. 68 e ss..

[60] *Contra*, STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., pp. 385-387.

all'obbligo giuridico di impedire l'evento e alla regola cautelare) nel secondo[61]. In tutti e due i casi, si tratta di ragionare *contra facta* e, dunque, di verificare, sul piano ipotetico del "come se", cosa sarebbe accaduto nel caso in cui l'agente non avesse tenuto la condotta vietata o, al contrario, avesse tenuto la condotta comandata.

Le considerazioni che precedono, unite alla circostanza per cui l'accertamento del rapporto di causalità deve necessariamente effettuarsi in relazione all'evento *hic et nunc*, condurrebbero, prendendo ancora a modello il settore dell'attività medica, alle seguenti conclusioni:

- se un medico recide un'arteria del proprio paziente nel corso di un intervento cagionandone la morte per emorragia, non è necessario accertare se quello stesso paziente sarebbe o meno sopravvissuto a seguito di un intervento eseguito *lege artis*;

- se, all'opposto, il medico non commette errori in fase esecutiva, ma omette *tout court* di praticare l'intervento necessario, la struttura del giudizio controfattuale comporta che egli risponderà della morte del paziente solo se l'intervento omesso avrebbe evitato l'evento dannoso.

In altri termini potrebbe aversi l'impressione l'accertamento della causalità nei reati di azione si rivela, sul piano pratico, "meno complesso": se l'evento *hic et nunc* in assenza della condotta del soggetto agente non si sarebbe verificato ciò è sufficiente a ritenere accertato il rapporto di derivazione causale, senza la necessità di verificare anche se l'evento stesso si sarebbe comunque verificato in circostanze diverse. Si muti per un attimo prospettiva, spostandosi dalle aule di tribunale alle corsie di ospedale: nel caso in cui il medico-chirurgo fosse ben informato circa le applicazioni dei giudizi controfattuali in tema di responsabilità penale, a fronte di un intervento particolarmente complesso, ad alto rischio e, oltretutto, su di un paziente piuttosto malconcio, la scelta "più conveniente", in linea con i dettami di una "medicina difensiva", potrebbe risultare quella dell'astensione: il paziente, infatti, con ogni probabilità morirebbe comunque, mentre entrando in sala operatoria il chirurgo correrebbe il serio rischio di cagionarne la morte *hic et nunc*.

La situazione, a ben vedere, è esattamente speculare a quella che era venuta determinandosi prima della c.d. Sentenza Franzese[62], quando la tendenza era di

---

[61] Ciò ha condotto a qualificare come «doppiamente ipotetica» la formula esplicativa della causalità omissiva: mentre in caso di condotta attiva l'interprete ha l'onere di ridescrivere, attraverso il riferimento a leggi scientifiche di copertura, il solo evento, in presenza di una condotta omissiva anche l'azione impeditiva dovrà essere spiegata (cioè ricostruita e descritta): C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., pp. 842-844. Sottolinea la rilevanza di considerazioni di ordine ipotetico-prognostico anche nell'accertamento dell'illecito commissivo G. LICCI, *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 298.

[62] Tra i primi commenti alla pronuncia: F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 767 ss.; O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, II, 2002, c. 608 ss.; M. TRAPASSO, *Imputazione oggettiva e colpa tra "azione" ed "omissione": dalla struttura all'accertamento*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 1225 ss.; MASSA, *Le Sezioni unite davanti a «nuvole ed orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 3661

qualificare come omissiva, pressoché automaticamente, la condotta del sanitario. Le ragioni che spiegano orientamenti giurisprudenziali di questo tipo erano molteplici[63].

Si sono già evidenziati i fattori che, sul piano della tecnica legislativa e della struttura del reato, contribuiscono a rendere meno evidente il confine tra colpa ed omissione. Nello specifico settore dell'attività medico-chirugica, che ha costituito l'indiscusso punto di riferimento prasseologico per le elaborazioni giurisprudenziali in argomento, viene spesso assegnata valenza decisiva al ruolo di "garante" svolto dal soggetto agente[64] e al fatto che l'attività medica è, per definizione, volta ad "impedire" eventi dannosi per il paziente. Senza contare la dimensione assiologia, che pure ha svolto in certi casi un ruolo determinante[65].

Ma a queste "ragioni sistematiche" si aggiungevano indubbiamente delle "ragioni probatorie". Lo schema del reato omissivo improprio, infatti, almeno prima della condivisibile presa di posizione sul punto da parte delle Sezioni Unite, consentiva di avvalersi dello statuto "meno rigoroso" della causalità omissiva[66]. La

---

ss.; R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano il modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, *ivi*, 2003, pp. 1176 ss; DI SALVO, *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, *ivi*, pp. 2799 ss.; DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive, tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 58 e ss.; Più di recente P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., pp. 1989 e ss.; BARTOLI, *Causalità omissiva*, cit., pp. 3220 ss..

[63] Sul punto TRAPASSO, *Imputazione oggettiva e colpa*, cit., p. 1231, la quale osserva che l'erronea qualificazione della condotta commissiva colposa come reato omissivo improprio colposo, nella quale sarebbero incorse anche le Sezioni Unite nel caso Franzese, costituisce una vera e propria «costante interpretativa» in tema di responsabilità medica colposa.

[64] C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., p. 831, denunciando il rischio di una «fuga in avanti» tra gli elementi della fattispecie omissiva colposa, rileva che l'*iter* seguito da un parte della giurisprudenza muove dall'individuazione della posizione giuridica di garanzia, ricavando da questa l'esistenza di un dovere di diligenza violato e, di conseguenza, della colpa, con «un tendenziale dissolvimento degli elementi naturalistici (condotta, nesso di causalità) in tale macro-elemento normativo». Anche F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., p. 1280 sottolinea la circostanza per cui il medico rappresenta «la figura di garante per eccellenza». Per analoghe considerazioni in ordine alla responsabilità penale del datore di lavoro per gli infortuni sul lavoro P. VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro*, cit., p. 499.

[65] È rimasta celebre l'argomentazione contenuta in Sez. IV, 7 gennaio 1983, Melis, in *Foro it.*, 1986, II, 351 ss., con nota di L. RENDA, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*: negli interventi chirurgici «non sussiste mai la certezza che un tempestivo atto operatorio possa avere pieno successo», ma «quando è in gioco la vita umana anche solo poche probabilità di successo di un immediato o sollecito intervento chirurgico sono sufficienti». O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico*, c. 608 avanza tuttavia l'ipotesi che i problemi della causalità nel settore dell'attività medica trovino origine non tanto nell'assiologia, quanto piuttosto nella difficoltà tecnica della materia.

[66] *Contra* R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, cit., p. 214. Per l'orientamento, antecedente alla sentenza Franzese, che si accontentava di "qualcosa di meno" nell'accertamento della causalità omissiva, rimandando a volte al discutibile paradigma dell'"aumento del rischio, tra le tante App. Venezia, 29 aprile 1981, De Vido, in *Riv. it. med. leg.*, 1982, p. 249; Cass. pen., Sez. IV, 12 maggio 1983, Melis, cit., c. 351; Cass. pen., Sez. IV, 22 aprile 1987 (dep. 10 luglio 1987), Ziliotto, in *Cass. pen.*, 1989, p. 72; Cass. pen., Sez. IV, 7 marzo 1989, Prinzivalli, in *Riv. Pen.*, 1990, p. 119; Cass. pen., Sez. IV, 30 maggio 1990 (dep. 10 agosto 1990), Berardino, in *CED Cass.*, n. 185086; Cass. pen., Sez. IV, 13 giugno 1990, D'erme, *Giust. pen.*, 1991, II, c. 157; Cass.

Suprema Corte ha invece avuto il merito di rimarcare che «pretese difficoltà di prova [...] non possono mai legittimare un'attenuazione del rigore nell'accertamento del nesso di condizionamento necessario e, con essa, una nozione "debole" della causalità che, collocandosi ancora sul terreno della teoria, ripudiata dal vigente sistema penale, dell' "aumento del rischio", finirebbe per comportare un'abnorme espansione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento».

La chiara affermazione delle Sezioni Unite, tuttavia, potrebbe produrre un curioso e forse inaspettato "effetto collaterale" sul piano probatorio, determinando quel rovesciamento di fronte cui si è fatto cenno: se qualificare una certa condotta come omissiva non autorizza ad un accertamento meno rigoroso del nesso di causalità, l'accertamento stesso, per le ragioni sopra esposte, risulterà "più agevole" in presenza di una condotta attiva del sanitario. È vero che «una cattiva terapia è sempre più opinabile di una mancata diagnosi»[67]. Ma è anche vero che al giudice basterà accertare che la «cattiva terapia» abbia cagionato l'evento dannoso descritto

---

pen., Sez. IV, 18 ottobre 1990, Oria, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2102; Cass. pen., Sez. IV, 12 luglio 1991 (dep. 17 gennaio 1992), Silvestri, cit., c. 363; Cass. pen., Sez. IV, 13 maggio 1992, Massimo, in *Riv. it. med. leg.*, 1993, p. 460; Cass. pen., Sez. IV, 27 settembre 1993, Rossello, in *Cass. pen.*, 1995, pp. 291 e ss.; Cass. pen., Sez. IV, 31 ottobre 1991 (dep. 19 maggio 1992), Rezza, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1024; Cass. pen., Sez. IV, 17 settembre 2002 (dep. 21 maggio 2003), in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2379 e ss., con nota di P. F. PIRAS, *Il giudizio causale in assenza di leggi scientifiche. Contra*, estendo ai reati omissivi i principi recepiti a livello giurisprudenziale dalla nota pronuncia relativa al "disastro di Stava" (Sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Foro it.*, 1992, II, cc. 36 e ss.), v. in particolare Cass. pen., Sez. IV, 28 settembre 2000, Baltrocchi, Cass. pen., Sez. IV, 29 novembre 2000, Musto e Cass. pen., Sez. IV, 28 novembre 2000, Di Cintio tutte in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 277 e ss., con nota di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità* (v. anche G. IADECOLA, *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medico-chirugica in recenti interventi della Corte di Cassazione* in *Cass. pen.*, 2002, pp. 174 e ss. e R. BLAIOTTA, *La causalità e i suoi limiti: il contesto della professione medica*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 181 e ss..; Cass. pen., Sez. IV, 1 settembre 1998 (dep. 20 ottobre 1998), Casaccio, in *Cass. pen.*, 2000, pp. 1183 e ss., con nota di R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*; Cass. pen., Sez. IV, 25 settembre 2001 (dep. 13 febbraio 2002), Covili e Cass. pen., Sez. IV, 25 settembre 2001 (dep. 16 gennaio 2002), entrambe in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, con nota di F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di Cassazione sull'"oltre ogni ragionevole dubbio"*. Per le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza nell'adeguamento al *dictum* Franzese Cass. pen., Sez. IV, 10 giugno 2002, Orlando, in *Riv. pen.*, 2002, pp. 671 e ss., Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2002, Albissini, in *Riv. trim. dir. pen. econ*, 2004, pp. 265 e ss., con nota di S. MANCINI, *Probabilità logica e probabilità statistica nell'accertamento del nesso causale in materia penale*, Cass. pen., Sez. IV, 22 novembre 2002, Amato, in *Riv. pen.*, 2003, pp. 110 e ss., Cass. pen., Sez. IV, 6 novembre 2003, Guida, cit., tutte commentate da F. STELLA, *Fallacie e anarchia metodologica in tema di causalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, pp. 23 e ss. e *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., pp. 1893 e ss.; Cass. pen., Sez. IV, 15 ottobre 2002 (dep. 13 febbraio 2003), Loi, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2347 e ss., con nota di R. BLAIOTTA, *Incidenti da aviolancio, problemi causali nuovi, attività rischiose*. Un recente quadro della giurisprudenza in tema di causalità omissiva è offerto anche da C. F. GROSSO, *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva*, in *Studi per Federico Stella*, cit., pp. 729 e ss..

[67] O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico*, cit., c. 617.

hic et nunc[68]. Con l'ulteriore conseguenza per cui il giudizio sull'evitabilità dell'evento e sull'utilità del comportamento alternativo diligente, spostandosi dal piano oggettivo a quello soggettivo della colpa, ammetterebbe, secondo un (poco condivisibile, come si chiarirà) orientamento, un ampio ricorso a criteri probabilistici[69]. Considerazioni esattamente speculari valgono sotto il profilo di una conveniente strategia difensiva: accade infatti che, anche in presenza di una condotta inequivocabilmente attiva, l'imputato cerchi di ottenere un'improbabile qualificazione omissiva della stessa[70].

Concludendo sul punto: ciò che muta tra causalità attiva e causalità omissiva, in definitiva, è "solo" la diversa formulazione del giudizio controfattuale, non già i criteri di determinazione e di apprezzamento del valore probabilistico della spiegazione causale. Né accogliere l'idea che nei reati omissivi sia preferibile parlare di "equivalente normativo della causalità" anziché di "nesso di causalità" autorizza un minor rigore nell'accertamento, come ha ritenuto in passato parte della giurisprudenza di legittimità. Anzi: a voler conferire piena operatività alla clausola di equivalenza tra il non impedire e il cagionare, è anche e soprattutto sul versante probatorio che tale equivalenza va realizzata[71].

La diversa formulazione del giudizio controfattuale sembra un dato difficilmente discutibile. Lo sforzo, di conseguenza, deve essere quello di individuare una sicura linea tra "agire" ed "omettere", al fine di evitare che la condotta penalmente rilevante subisca indebite manipolazioni e riceva la qualifica di "azione" o di "omissione" solo in vista del superamento di possibili ostacoli sul piano dell'accertamento.

2. Il nesso intercorrente tra "colpa" ed evento. La c.d. causalità della colpa: lo scopo di tutela della norma e la rilevanza del comportamento alternativo lecito.

Si è fatto più volte riferimento all'esigenza di una "individualizzazione" del rimprovero, che consenta un'autentica "personalizzazione" della responsabilità

---

[68] Proprio la maggiore complessità dell'accertamento delle "cause ipotetiche" aveva indotto Spendel a ritenere che, in caso di dubbio sulla classificazione del comportamento come azione o omissione, bisogna propendere per il primo polo dell'alternativa, se non altro perché il diritto penale è in prevalenza orientato a vietare determinate azioni anziché a comandare la loro osservanza (*in dubio pro facere*!): SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingunstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948, pp. 38-39 come citato da A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., pp. 101-102.

[69] Sul punto *infra*, § 3.

[70] Per es., Cass. Pen., Sez. IV, 10 gennaio 2008, n. 840, *inedita*.

[71] Sul pari rigore che deve presidere all'accertamento della "causalità omissiva", per tutti, M. ROMANO, *Art. 40*, *Commentario sistematico*, cit., pp. 376-378.

penale tanto sul piano dell'elemento oggettivo quanto su quello dell'elemento soggettivo del reato.

Nell'ambito della causalità l'esigenza in questione trova anzitutto riscontro nella necessità di condurre l'accertamento in riferimento all'evento *hic et nunc* e, dunque, nel deciso rifiuto per ogni schema di causalità generale, a tutto vantaggio di una causalità autenticamente individuale[72].

Nell'ambito della colpa si tratta invece non solo di valorizzare esplicitamente il riferimento all'agente concreto, ma anche di individuare un nesso, il più possibile robusto, tra la "colpa" e l'evento, comunemente individuato, con una terminologia che ne rivela appieno la problematicità, come "causalità della colpa" (*in nomine res*!). Sembrerebbe in realtà più corretto parlare di un nesso intercorrente tra la violazione della regola cautelare e l'evento, visto che la colpa è il concetto riassuntivo alla cui definizione contribuisce anche il nesso in questione; o, il che è lo stesso, il rapporto di cui tratta non costituisce un requisito aggiuntivo rispetto alla colpa propriamente intesa.

Le considerazioni in questione ricevono un solido sostegno normativo nella stessa formulazione dell'art. 43, primo comma c.p. che, impiegando – come già evidenziato – una terminologia di stampo squisitamente "oggettivo", richiede che l'evento si sia verificato «a causa» di negligenza, imprudenza o imperizia o «per» inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La stessa Relazione al Progetto definitivo del nuovo codice penale precisa che «in ogni reato è da distinguere la causalità fisica (art. 40) dalla causalità psichica (art. 42); perché la responsabilità penale sussista, il fatto che costituisce il reato deve anzitutto essere causato materialmente dall'agente e, in secondo luogo deve essere da lui causato anche psicologicamente»[73]. La scelta del legislatore appare sufficientemente chiara da delegittimare in radice ogni tentativo di estromettere l'evento dalla struttura del reato colposo all'interno del nostro ordinamento[74], il quale si porrebbe in irrimediabile contrasto con le indicazioni fornite dal diritto positivo[75].

---

[72] Fondamentali sul punto le riflessioni di F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., pp. 291 e ss.. Per l'insostenibilità, nell'accertamento causale proprio del diritto penale, del concetto di "causalità individuale" invece O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., p. 659: «La causalità individuale, nella sua accezione deterministica, resta […] appannaggio esclusivo della logica; mentre, al di fuori di questa, sembra una chimera inafferrabile. Il richiamo alle leggi causali, spogliato dell'enfasi a cui si affida la funzione *di antidoto delle sovversioni giurisprudenziali*, si riduce a strumento che consente la previsione di eventi *del tipo* di quello verificatosi (causalità – inevitabilmente – generale)» (corsivi originali).

[73] *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, Parte I, *Relazione sul Libro I del Progetto*, cit, p. 41.

[74] Sul punto *supra*, Cap. II, § 3.

[75] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 340. L'Autore (pp. 341-342), muovendo dal presupposto per cui la nozione di evento che compare nella definizione del delitto colposo *ex* art. 43 c.p. vada intesa come evento in senso naturalistico, ammette che ben possono configurarsi reati colposi privi di evento e che la formula definitoria in questione non può certo obbligare l'interprete a ricercare comunque la presenza dell'elemento in questione. Tuttavia, e in senso perfettamente speculare, si

È necessario dunque chiarire a quali condizioni il requisito della "causalità psichica (*rectius*: soggettiva)" o, se si vuole, della "causalità della colpa", possa dirsi pienamente realizzato. Considerate anche le incertezze terminologiche in argomento, pare opportuno chiarire in via preliminare che il concetto di "causalità della colpa" viene qui inteso in senso ampio, comprensivo cioè di due problematiche tra loro distinte[76] (di cui la prima viene spesso individuata come il *prius* logico per procedere all'accertamento della seconda), ma che rispondono alla comune esigenza di "individualizzare" l'accertamento della colpa e, al contempo, di segnare un deciso allontanamento dalla logica del *versari in re illicita*:

- La **c.d. realizzazione del rischio**, sintetizzabile nell'esigenza per cui, accertata la formale violazione di una regola cautelare, occorre altresì verificare che l'evento concretamente cagionato rientri nel "tipo" di eventi che la regola preventiva mirava ad evitare[77]; si tratta, come correttamente rilevato, di un criterio sostanzialmente equivalente a quello che fa riferimento allo **scopo di tutela della norma**[78] e che, a ben vedere, risulta una formula preferibile sotto il profilo terminologico per evitare confusioni rispetto agli schemi propri della c.d. imputazione oggettiva dell'evento.
- La **rilevanza del c.d. comportamento alternativo** lecito o, meglio, del comportamento alternativo **diligente**, consistente nella verifica che se il soggetto agente avesse tenuto la condotta prescritta dalla regola cautelare

---

rivelerebbe in contrasto con la disposizione dell'art. 43 c.p. una ricostruzione sistematica che ne ribaltasse completamente il tenore letterale, «non accontentandosi di prescindere dall'evento in relazione a determinare fattispecie, ma addirittura ricostruendo la struttura dell'illecito penale colposo in modo tale che […] l'evento vi sia *sempre* e *necessariamente* estraneo». Richiama l'attenzione sul dato normativo anche G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., pp. 263-264. Non sono tuttavia mancate recenti prese di posizione volte a ridimensionare la rilevanza comunemente attribuita alla verifica del collegamento tra colpa ed evento, da cui deriverebbe anzi il rischio di «una moltiplicazione di categorie sistematiche, di cui non sembra avvertirsi, a conti fatti, l'impellente necessità»: G. DE FRANCESCO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 448.

[76] Sull'esigenza di mantenere distinte le due questioni G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., spec. pp. 444 e ss. e L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., p. 4111 e ss.. Non sembra invece emergere una chiara differenziazione in G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 552 e ss. e in F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., pp. 384-392.

[77] M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., p. 642 *Appunti di diritto penale*, Vol. II, cit., p. 165; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 272; G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., pp. 114 e 164 e *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 14 e ss.; G. DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, cit., p. 65; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 372-373; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 333; P. NUVOLONE, *La répression e la prevention en matière d'infractions involontaires*, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, p. 464; M. RONCO, in AA.VV., *Il reato*, cit., p. 563-566.

[78] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., spec. pp. 426-427.

che si assume violata l'evento non si sarebbe verificato (c.d. prevedibilità in concreto)[79].

Si è da più parti rilevata l'improprietà dell'espressione "causalità della colpa", posto che, sulla base di argomentazioni significativamente analoghe a quelle portate comunemente in tema di "causalità dell'omissione", la violazione del dovere di diligenza, in quanto entità unicamente normativa, non può davvero causare alcunché[80]. Senza contare che, come già anticipato, la terminologia in questione potrebbe rivelarsi pericolosamente evocativa di pretese assimilazioni e, dunque, sovrapposizioni, tra il rapporto di causalità materiale intercorrente tra la condotta colposa e l'evento e la relazione intercorrente tra la medesima condotta e il medesimo evento, esaminata però sotto il profilo dell'addebito "per colpa"[81].

Sembra tuttavia che si possa continuare a fare utile riferimento alla categoria della "causalità della colpa", non solo (e non tanto) per il suo ormai consapevole accoglimento da parte della giurisprudenza di legittimità[82], ma soprattutto perché le considerazioni svolte in precedenza in riferimento alla causalità dell'omissione possono essere correttamente riferite anche alla tematica *de qua*. Messa da parte ogni velleità di affrontare la questione da una prospettiva di tipo ontologico, non resta che prendere atto della scelta compiuta dal legislatore e ricondurre la stessa entro i confini di un "problema di imputazione": come l'art. 40, primo comma c.p. ammette che un evento possa essere «conseguenza» non solo di un'azione ma anche di un'omissione, allo stesso modo l'art. 43 c.p. subordina la responsabilità per colpa all'accertamento che l'evento si sia verificato «a causa» dell'inosservanza di una

---

[79] M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, cit., pp. 170-173; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 272-275; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 659 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 334; M. RONCO, in AA.VV., *Il reato*, cit., p. 566-570; G. FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, pp. 1598 e ss..

[80] G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 269. In senso adesivo P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., p. 1973. V. anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 554.

[81] Quale emblema della confusione tra le due prospettive Cass. pen., Sez. IV, 18 marzo 2004 (dep. 26 maggio 2004), Fatuzzo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1535: «Non è infatti sufficiente che venga accertato che una determinata condotta, omissiva o commissiva, abbia determinato il verificarsi dell'evento (causalità della colpa: art. 43 c.p.), ma è altresì necessario che la previsione della regola di cautela fosse prederminata ad evitare quell'evento (c.d. concretizzazione del rischio)», con nota critica di L. GIZZI, *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*. Per una più ampia rassegna delle pronunce giurisprudenziali che, in maniera più o meno consapevole, hanno fatto riferimento alla rilevanza del comportamento alternativo lecito si rinvia a L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., pp. 4116 e ss.. Non è un caso, del resto, che lo scopo di tutela della norma costituisca il perno attorno a cui ruota la c.d. imputazione dell'evento, cui spesso è stato rimproverato proprio di incorrere in evidenti confusioni tra il piano oggettivo e quello soggettivo: per tutti G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., spec. pp. 18 e ss. e di recente M. RONCO, *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, fasc. n. 6, p. 823. Sul punto più diffusamente *infra*, § 5.

[82] In particolare Cass. pen., Sez. IV, 6 luglio 2007 (dep. 12 ottobre 2007), Rinaldi, cit., p. 272; Cass. pen., 14 febbraio 2008 (dep. 15 maggio 2008), in *Guida dir*, 2008, fasc. 25, p. 93; Cass. pen., Sez. IV, 1 ottobre 2008 (dep. 23 ottobre 2008), *inedita*.

regola cautelare, poco importa se tanto la condotta omissiva quanto quella colposa (specie se anche omissiva) non siano in grado di esercitare un effettivo condizionamento eziologico da un punto di vista strettamente naturalistico. Del resto non è un caso che gli schemi concettuali che vengono in considerazione quando si tratti di riempire di contenuto la "relazione individualizzante" tra la violazione della regola cautelare e l'evento siano sostanzialmente gli stessi attorno a cui ruota il modello della causalità individuale: la descrizione dell'evento per ciò che attiene alla realizzazione del rischio e l'evitabilità dell'evento concreto a seguito del comportamento alternativo diligente. Valorizzando l'affinità in questione potrebbe anzi concludersi che accanto ad una causalità materiale individuale vada collocata anche una "causalità individuale della colpa".

La terminologia in questione d'altronde, come si cercherà di dimostrare, si rivela efficace anche in quanto evidenzia, già a livello terminologico, i criteri eminentemente oggettivi che presiedono all'accertamento del nesso intercorrente tra la violazione della regola cautelare e l'evento: si tratta, dunque, di tematiche che vanno collocate entro l'orizzonte sistematico disegnato dalla funzione oggettiva della colpa.

Non sembrano dunque ravvisabili insormontabili ostacoli di tipo logico-giuridico che sconsiglino il riferimento alla "causalità della colpa" e, anzi, si tratta di una scelta linguistico-classificatoria per molti aspetti condivisibile.

La premessa dalla quale sembrerebbe giocoforza doversi muovere per una più esatta definizione della categoria in commento parrebbe la sua "alterità" rispetto al rapporto di derivazione causale che intercorre tra condotta ed evento[83], nel senso che si tratterebbe di un requisito diverso ed ulteriore rispetto a quello individuato dalla causalità materiale. In realtà la premessa "sistematica" in questione, *prima facie* di un'evidenza tale da non necessitare di dimostrazioni ulteriori, incontra evidenti difficoltà applicative già nell'ambito dei reati commissivi colposi; difficoltà destinate ad incrementare esponenzialmente in presenza di una condotta omissiva: tanto da far apparire fondato il rilievo per cui la pur proclamata distinzione tra causalità omissiva e causalità della colpa non sia stata sempre oggetto di una verifica rigorosa e, dunque, fatichi a concretizzarsi in relazione alle singole ipotesi che possono venire in considerazione[84].

Pare tuttavia necessaria una precisazione volta a chiarire il senso delle considerazioni precedenti e di quelle che seguiranno. Sebbene si sia ritenuto che il

---

[83] *Contra* L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, pp. 1059-1061, il quale, muovendo dal presupposto per cui la condotta penalmente rilevante è sempre e solo quella che vìola una regola di diligenza finalizzata ad evitare eventi del tipo di quello verificatosi, perviene alla conclusione per cui le nozioni di causalità cui fanno riferimento gli articoli 40 e 43 c.p. «non si riferiscono a due realtà distinte, da considerarsi in successione, bensì alla medesima realtà e, dunque, *coincidono*» (corsivo dell'Autore).

[84] G. DE FRANCESCO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 448.

nesso tra la violazione di una regola cautelare e il risultato dannoso o pericoloso che ne è derivato sia compiutamente individuato solo dalla congiunta operatività della riconducibilità dell'evento allo scopo preventivo della regola violata e della rilevanza del comportamento alternativo diligente, deve avvertirsi come il primo dei due requisiti non sia dotato, in realtà, di effettiva autonomia nella sistematica del reato colposo. In effetti, il dato per cui l'evento concreto deve potersi ricondurre al tipo di quelli che la regola a finalità preventiva mirava ad evitare, lungi dal costituire una precisazione ulteriore cui è affidato il mero compito di specificare l'ambito applicativo di una regola cautelare già individuata, concorre all'individuazione della regola stessa. I giudizi di prevedibilità e di evitabilità che definiscono il contenuto della regola a finalità preventiva non avrebbero senso alcuno se non venisse definito l'oggetto dei giudizi stessi: non tenendo i comportamenti indicati dalla regola cautelare è prevedibile che seguiranno eventi del tipo di quello concretamente verificatosi[85]. Solo per ragioni di chiarezza espositiva si è deciso di affrontare la tematica in questione a questo punto della trattazione.

La precisazione, a nostro avviso, non pare di poco conto. Se infatti si muove dalla duplice premessa per cui:

a) la regola cautelare assolve ad una funzione oggettiva della colpa, nel senso che contribuisce alla descrizione della condotta tipica

e

b) lo "scopo di tutela" viene in considerazione già in sede di formulazione della regola cautelare

dovrebbe ottenersi la sillogistica conclusione per cui la riconducibilità dell'evento concreto allo scopo di tutela della regola cautelare che si assume violata contribuisce alla stessa "selezione" della condotta penalmente rilevante.

In altri termini: nel caso di scuola dell'anziano debole di cuore, còlto da infarto alla vista di una manovra di sorpasso proibita, non pare corretto porsi né un problema di derivazione causale dell'evento dalla condotta dell'automobilista imprudente né aprire alle considerazioni di valore su cui si fonda la c.d. imputazione oggettiva dell'evento. Più banalmente in questo caso sembra che manchi una condotta penalmente rilevante che possa costituire il primo termine della relazione "causale" rispetto all'evento, in quanto manca una regola cautelare della cui operatività si possa discutere nel caso di specie[86]

[85] V. gli Autori citati *supra*, nota n. 72.

[86] Prima di procedere oltre sembra opportuno anche chiarire con quale significato il termine evento venga impiegato nel terzo alinea del primo comma dell'art. 43 c.p.. Pare doversi condividere l'opinione di chi ritiene che il significato del termine "evento" nella definizione del delitto colposo coincida in tutto e per tutto con quello che va attribuito allo stesso termine nella definizione del delitto doloso: si tratta cioè dell'offesa all'interesse tutelato dalla norma (evento in senso giuridico):

3. Profili problematici della "causalità della colpa" nei reati commissivi colposi.

Già in tema di reati commissivi colposi – si diceva – i casi comunemente proposti per evidenziare il valore e la portata del nesso intercorrente tra la violazione di una regola cautelare e l'evento mostrano chiaramente come, quando dal piano dell'enunciazione astratta di principi si passi alla concreta applicazione degli stessi, il giudizio sulla "causalità soggettiva" fatichi a ritagliarsi un autonomo ambito applicativo rispetto a quello relativo alla "causalità materiale". Emblematica, in riferimento al requisito della concretizzazione del rischio, la distinzione tra i due casi seguenti:

1) Tizio, compiendo alla guida della propria autovettura un sorpasso vietato, investe un bambino improvvisamente uscito dalla porta o caduto dal balcone. Si tratta di uno di quei casi in cui, per dirla con la giurisprudenza, il nesso di causalità materiale è dimostrato con caratteri di tale evidenza che non abbisognano di ulteriore sottolineatura[87]. Tuttavia, visto che scopo della regola cautelare che vieta il sorpasso in certi tratti stradali è quello di evitare un scontro con autoveicoli provenienti dal senso opposto di marcia, sarà esclusa una responsabilità dell'automobilista per colpa specifica (ben potendo però residuare una responsabilità per colpa generica)[88].
2) Tizio, violando delle regole cautelari, cagiona delle gravi ustioni a Caio, che muore non a causa delle ustioni, ma a seguito delle narcosi cui viene sottoposto per un'operazione di trapianto di pelle, resosi necessario proprio a

---

M. GALLO, voce *Colpa penale (dir. vig.)*, cit., p. 626 e M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., p. 142. *Contra*, per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 108 e ss.. Contro l'identificazione dell'evento cui fa riferimento l'art. 43 c.p. con la mera modificazione della realtà esteriore, difficilmente contestabile si rivela la considerazione per cui risulterebbe quanto meno curiosa la scelta del legislatore di riferire definizioni così significative sotto il profilo sistematico ai soli reati dotati di evento naturalistico, anche considerando che i reati di mera condotta non rappresentano certo, dal punto di vista "quantitativo", una trascurabile eccezione in grado di giustificare la "dimenticanza" del legislatore (M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., p. 23). Del resto solo muovendo da un'accezione giuridica di evento si riescono ad evitare fraintendimenti quali quelli che hanno condotto in passato a ritenere che in caso, per esempio, di erronea supposizione di una causa di giustificazione ci si trovasse al cospetto di una colpa "impropria". È evidente, tuttavia, che nei reati di mera condotta il nesso tra la violazione della regola cautelare e l'evento assume contorni peculiari. In particolare, ha un senso parlare di "rilevanza del comportamento alternativo diligente" solo in presenza di un evento in senso naturalistico: nel caso in cui, per contro, il legislatore attribuisca rilevanza alla mera omissione, indipendentemente dai risultati che ne siano derivati potrebbe dirsi che la rilevanza del comportamento alternativo diligente sia "*in re ipsa*", visto che se il soggetto avesse tenuto la condotta diligente si sarebbe per ciò solo ottenuto il risultato voluto dall'ordinamento.

[87] Per esempio Cass. pen., Sez. IV, 6 luglio 2007 (dep. 12 ottobre 2007), Rinaldi, cit., p. 272 e Cass. pen., 14 febbraio 2008 (dep. 15 maggio 2008), cit., p. 93.

[88] Per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 333-334.

seguito delle ferite riportate[89]. È evidente l'affinità del caso in questione rispetto a quello, divenuto famoso in tema di causalità materiale, del ferito che muoia per un incendio dell'ospedale[90], se si immagina che la condotta da cui siano derivate le lesioni non sia dolosa, ma colposa.

Volendo generalizzare: la questione risulta assai complessa se si considera che i tentativi di "correggere" gli eccessi cui condurrebbe un criterio condizionalistico "puro" nell'accertamento del nesso di causalità materiale e, dunque, di riempire di contenuto la disposizione dell'art. 41, secondo comma c.p. per cui «le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento»[91], si sono mossi per molto tempo nel solco tracciato dall'adeguatezza e/o dalla prevedibilità[92]; lo spostamento da una prospettiva più marcatamente meccanicistico-causale a costruzioni aperte anche a considerazioni di tipo teleologico-sostanziale ha condotto con sé il rischio di anticipare un giudizio che per requisiti (non ontologici ma) strutturali è tipico dell'accertamento della colpa; fino a raggiungere il punto di massima criticità con la c.d. teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento. Sempre attuale, in particolare, è l'annosa questione circa la possibilità di ricostruire il nesso di causalità sulla base di criteri "oggettivi", o, più propriamente, sulla base di criteri che operino indipendentemente dal carattere doloso o colposo della condotta posta in essere[93].

Sebbene riferito ad un'ipotesi dolosa, sembra possa fornire utili spunti di riflessione l'esempio portato da Antolisei proprio al fine di dimostrare la necessità di

---

[89] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 370.

[90] *Lavori preparatori*, cit., Vol. V, Parte I, *Relazione sul libro I del Progetto*, p. 85.

[91] Per un'efficace ricostruzione storica dell'origine del capoverso dell'art. 41 c.p. si rinvia a M. RONCO, *Interruzione del nesso causale*, cit., pp. 819-822.

[92] Si rinvia sul punto alla "parte critica" dell'opera di F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., pp. 29 e ss..

[93] F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., pp. 229-230, prevedendo possibili obiezioni sul punto alla propria teoria, chiarisce come, pur restando inevitabile il riferimento alle conoscenze del soggetto agente, l'indagine relativa all'elemento oggettivo e quella sull'elemento soggettivo del reato restano distinte: «In quella che riguarda la causalità, infatti, non si considera il singolo individuo, ma l'uomo in astratto, secondo le sue attitudini generali; nell'indagine sulla colpevolezza, invece, si ha presente quella determinata persona; in altri termini, si tiene conto delle speciali capacità e possibilità del soggetto». Sulla necessità di tenere in considerazione, già nel momento dell'accertamento causale, le «conoscenze del colpevole», senza peraltro confondere il problema psicologico con quello causale anche M. FINZI, *Rapporto di causalità e concorso di cause nel codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, pp. 498-499. Per la conclusione che causalità materiale e causalità psichica sono solo due diversi aspetti dell'unico processo causale umano, E. ONDEI, *Per un concetto unitario della causalità e della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 137. Denuncia i rischi derivanti da una sovrapposizione tra causalità oggettiva e causalità soggettiva O. VANNINI, *Il problema della causalità*, in *Giust. pen.*, II, 1948, c. 116 e *Quid iuris?*, cit., pp. 409 e ss., il quale, tuttavia, secondo alcuni, «mentre accusa l'Antolisei di confondere il problema della causalità con quello della colpevolezza, non si avvede di incappare nello stesso errore»: così G. GUARNERI, *In difesa della causalità adeguata*, cit., p. 613, che rivendica altresì la «priorità logica della causalità sulla colpevolezza» (dello stesso Autore v. anche *Rapporto di causalità e volontà colpevole*, in *Giur. it.*, 1953, cc. 57 e ss.).

introdurre nell'accertamento del rapporto di derivazione eziologica un criterio estraneo alla pura considerazione meccanico-causale[94]: Tizio sa che, ad una certa ora, degli anarchici faranno scoppiare una bomba in una determinata piazza. Odiando Caio, gli dà appuntamento all'ora e nel luogo scelti per l'attentato e Caio, recandovisi, rimane ucciso. Si supponga che, al contrario, Tizio dia il medesimo appuntamento a Caio, ignorando però il piano degli anarchici. I due casi sono perfettamente identici dal punto di vista oggettivo e l'unica differenza sta nel fatto che nella prima ipotesi Tizio conosceva una circostanza che, invece, ignorava nel secondo. Il senso comune suggerisce che solo nel primo caso Tizio risponderà dell'omicidio di Caio: come tradurre la conclusione in termini giuridici? In questo caso, in realtà, non si discute neppure di un fattore interruttivo in senso tecnico, in quanto se l'appuntamento tra Tizio e Caio viene concordato all'insaputa dell'attentato che verrà realizzato in quella stessa piazza a quella stessa ora, la prospettiva di imputazione dalla quale si muove nella ricostruzione del nesso di causalità impedirebbe la stessa formulazione di un'ipotesi causale nella quale assuma qualche rilievo la condotta "ignara" di Tizio. Se, muovendo dall'approccio pratico suggerito dal buon senso, si cerca lo strumentario tecnico-giuridico che conduca senza difficoltà all'esclusione del rapporto di causalità, potrebbe dirsi che nessuna generalizzazione causale, sia essa considerata nell'ottica dell'adeguatezza causale o in quella della sussunzione sotto leggi scientifiche, permetterebbe di concludere che l'appuntamento ha "causato" la morte. A condizione però, si ripete, che l'agente non abbia tenuto conto dell'esplosione della bomba nel momento in cui ha avviato il decorso causale che ha condotto alla morte di Caio.

Del resto la rappresentazione o quanto meno la rappresentabilità del fattore sopravvenuto è un tema con il quale, da qualsiasi prospettiva si muova, è giocoforza confrontarsi in sede di ricostruzione della causalità penalmente rilevante[95]; e si tratta, a ben vedere, dell'esatto *pendant* delle discussioni relative alla rilevanza delle maggiori conoscenze possedute dall'agente concreto nella formulazione del giudizio di colpa.

---

[94] F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità*, cit., p. 203.

[95] A titolo meramente esemplificativo, per la teoria della "causa efficiente", A. STOPPATO, *L'evento punibile*, cit., p. 91: «L'operaio pone una tegola sul tetto di una casa, un uomo la prende e la getta in un via affollata uccidendo un passante. L'operaio certamente fu condizione dell'uccisione, non la sua causa. Lo sarebbe se invece avesse agito d'accordo coll'uomo che la prese. Lo sarebbe egualmente, se avesse lasciata la tegola sull'orlo del tetto così che la sua caduta non fosse stato altro che il risultato della legge naturale»; per la "causalità adeguata" KRIES, *über die Begriffe der Wahsscheinlichkeit und Möglichkeit und ühre Bedeutung im Strafrecht*, in *Zeitschrift für die ges. Strafr.*, Vol. IX (1889) p. 228, come citato da F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 115, secondo il quale il giudizio di possibilità posto a fondamento della causalità adeguata deve formularsi dal punto di vista dell'agente, cioè sulla base delle circostanze che il soggetto conosceva o poteva conoscere al momento della condotta; nella prospettiva della "imputazione oggettiva dell'evento" A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., pp. 68-69: «la misura tollerabile del rischio provocato va fissata *in primis* astrattamente, ma *contemporaneamente* corretta, individualizzandola con riguardo alle concrete conoscenze dell'Autore».

In altri termini, il concetto cardine è di nuovo quello della "dominabilità", a conferma che la fortuna della costruzione antoliseiana non è da ascrivere unicamente alla straordinaria duttilità del fattore eccezionale[96]. Con considerazioni per molti versi analoghe a quelle già svolte in tema di *suitas*, deve ritenersi che la "dominabilità" che qui viene in considerazione si sostanzia nella mera conoscenza o conoscibilità del fattore che, sotto il profilo meccanicistico-causale, ha cagionato l'evento finale. Nel caso in cui, come nell'esempio proposto in precedenza, la condotta iniziale non si svolga neppure in contrasto con delle regole cautelari, la mancata conoscenza/conoscibilità del "fattore sopravvenuto" impedirà addirittura di selezionare una condotta penalmente rilevante. Se, invece, l'evento finale sia la conseguenza di un decorso eziologico avviato da una condotta dolosa o colposa dell'agente, l'efficacia interruttiva di cui all'art. 41, secondo comma c.p. può essere riconosciuta solo in presenza di un fattore interposto tra la condotta e l'evento (sopravvenuto), tale per cui dalla sua eliminazione mentale derivi che l'evento non si sarebbe verificato *hic et nunc* e di cui l'agente non aveva tenuto conto.

Resta in ogni caso da chiarire se il mancato verificarsi dell'evento *hic et nunc* in assenza del fattore sopravvenuto valga da solo a concretizzare quella "preponderanza causale" cui fa riferimento il cpv. dell'art. 41 c.p. con l'espressione "da sole sufficienti a determinare l'evento"; o se al contrario l'operatività della clausola in questione necessiti di specificazioni ulteriori del fattore sopravvenuto, soprattutto allo scopo di individuare un solido criterio distintivo rispetto alle cause sopravvenute che, ai sensi del primo comma dell'art. 41 c.p., anche se indipendenti dall'azione o dall'omissione del colpevole, non escludono il rapporto di causalità.

Pienamente rappresentativa delle difficoltà ricostruttive della tematica in questione è la casistica relativa ai c.d. "danni conseguenziali", ai c.d. "danni da *shock* emotivo" o ai c.d. "danni protratti"[97], che, a seconda della prospettiva dalla quale si muova, possono essere variamente risolti nel senso dell'insussistenza già del rapporto di causalità materiale o della sola colpa.

Se si tralascia la questione relativa alla "dominabilità soggettiva", intesa come rappresentazione/rappresentabilità del decorso causale avviato con la propria condotta, i maggiori problemi in sede di ricostruzione del rapporto di causalità materiale si pongono indubbiamente nei casi in cui non sia dato ravvisare un *continuum* tra la condotta e l'evento, non solo da un punto di vista "logico", ma, prima ancora, da un punto di vista meccanicistico-causale. Già Carrara, trattando delle c.d. cause mediate nella responsabilità colposa, prendeva atto che fino a quando si immagina che l'evento «sia il prodotto immediato e diretto» della condotta umana (esplose il fucile, lanciò il sasso…) «la ipotesi è semplice e piana». Ma spesso avviene

[96] Per la riconoscibile eco della ricostruzione di Antolisei anche tra i teorici della c.d. imputazione oggettiva dell'evento *infra*, § 5.

[97] Sulle tematiche in questione si rinvia all'analisi compiuta da G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 562 e ss..

che tra la condotta e l'evento «siasi frapposta una forza intermedia (umana o divina) la quale sia stata dell'evento stesso l'unica causa *immediata*»[98]. Allo stesso modo Antolisei rilevava che se in certi casi l'esistenza o meno del rapporto causale è di «palmare evidenza», in altri le incertezze sono notevoli, specie se «il risultato esterno non segue immediatamente l'azione», ma «fra l'operato del soggetto e l'evento si frappongono avvenimenti naturali od altre azioni umane»[99]. Del resto la teoria della causa prossima, ma anche, a ben vedere, quella della causa efficiente, si fondano sull'istintiva intuizione[100] per cui i casi davvero critici in tema di causalità materiale sono quelli in cui non sia possibile individuare, da un punto di vista squisitamente naturalistico, un rapporto di derivazione "diretta" tra condotta ed evento. Del resto, pare possa condividersi l'opinione di chi ritiene che una "causa sopravvenuta" *ex* art. 41, secondo comma c.p. può intervenire solo quando «la condotta si è oramai esaurita»[101].

Le considerazioni che precedono, pur nella loro consistenza meramente riepilogativa di problematiche fin troppo note, consentono di mettere a fuoco (se non il significato quanto meno) le ragioni che, sembrerebbe, sono alla base dell'introduzione dell'art. 41, secondo comma c.p., riassunte con chiarezza proprio dal caso dell'incendio in ospedale, della cui effettiva rilevanza non si è mancato peraltro di dubitare[102]. L'efficacia interruttiva del nesso causale o, se si preferisce, l'esclusione *tout court* del medesimo, può venire in considerazione quando concorrano (almeno) due elementi:

---

[98] F. CARRARA, *Omicidio colposo*, cit., p. 20, in cui di nuovo torna il riferimento alla prevedibilità o meno della causa immediata dell'evento da parte del soggetto agente.

[99] F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 9.

[100] Ancora F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., pp. 59-60: «il criterio che più naturalmente si affaccia allo spirito e del quale normalmente si serve il linguaggio popolare in modo quasi istintivo […] è quello che distingue la causa dalla semplice condizione secondo la maggiore o minore prossimità al risultato»: *in jure non remota causa, sed proxima spectatur*. Lo stesso F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 34 chiarisce che il rimprovero di *regressus ad infinitum* cui condurrebbe la ricostruzione di John Stuart Mill, laddove individua la causa nell'insieme delle condizioni (positive o negative) è agevolmente superabile, se solo si consideri che, secondo Stuart Mill, le condizioni di un certo fenomeno sono solo quelle da cui è scaturito "immediatamente" il fenomeno stesso: «in sostanza la causa è costituita dalle ultime condizioni delle varie serie causali che, interferendo tra loro, determinano il fenomeno». Sugli esiti cui la *proximate cause* ha condotto nell'esperienza anglosassone, tanto civile quanto penale, si rinvia a G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 394 e ss..

[101] A. A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruttive del nesso causale*, Napoli, Jovene, 1975, pp. 115 e 164. Adesivamente M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 231-232, il quale ritiene necessario un «preciso e significativo *stacco temporale*» (corsivo dell'Autore) tra il momento della condotta e l'incidenza della concausa.

[102] Il riferimento è a F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., pp. 401-403, che si dice assai scettico sulla correttezza di un modo di argomentare che pretenda di attribuire rilevanza decisiva all'esempio in questione, anche in considerazione delle incertezze mostrate sul punto dallo stesso Arturo Rocco nel corso dei lavori preparatori.

1) L'agente non conosceva o non poteva conoscere gli sviluppi del decorso causale avviato dalla propria condotta e da cui è derivato l'evento *hic et nunc*.
2) L'evento *hic et nunc* si è verificato a seguito dell'intervento di un fattore sopravvenuto, da intendersi come "serie causale apparentemente indipendente"[103].

In negativo, dunque, pare doversi concludere che se nessuna serie causale apparentemente indipendente si è frapposta tra la condotta penalmente rilevante e l'evento risulti preclusa la possibilità di interrogarsi sulla possibile esclusione del nesso di causalità materiale; sempre che, beninteso, sia possibile individuare una

[103] Sembra possano trarsi ancora utili indicazioni dalla distinzione tra "serie causali apparentemente indipendenti" e "serie causale autonome" propriamente dette. La serie causale è apparentemente indipendente quando il fattore sopravvenuto, sebbene non sia in rapporto di derivazione causale rispetto alla condotta dell'agente, si inserisce tuttavia nel decorso eziologico avviato da quest'ultima, nel senso che senza l'azione precedente l'evento *hic et nunc* non si sarebbe verificato: in questa categoria rientra per l'appunto l'incendio dell'ospedale che determina la morte di colui che si trovava nel nosocomio a seguito delle lesioni provocategli dall'agente. Le serie causale, per contro, è autonoma in senso proprio nel caso in cui il fattore sopravvenuto non si inserisce nel decorso causale che trova la sua "origine" nella condotta dell'agente, ma determina un evento che si sarebbe verificato allo stesso modo anche se il soggetto non avesse tenuto condotta alcuna: si pensi al caso della cuoca che avvelena la vivanda del suo padrone il quale, prima che la sostanza faccia effetto, muore per la caduta di un fulmine. Sulla distinzione in questione, risalente al Listz, F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., pp. 181-182. È fin troppo evidente che se l'operatività dell'art. 41, secondo comma c.p. venisse limitata alle serie causali autonome "in senso stretto", pienamente fondata si rivelerebbe l'obiezione di Antolisei (p. 183) circa la sua sostanziale inutilità. Analoghe considerazioni in M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 112. L'argomentazione è stata riproposta di recente anche dalla giurisprudenza di legittimità: Cass. pen., Sez. IV, 26 ottobre 2005 (dep. 13 gennaio 2006), in *CED Cass.*, Rv. 233173. Questo, in definitiva, anche il senso delle considerazioni di A. A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruttive del nesso causale*, cit., pp. 183-184, laddove si rileva che la causa sopravvenuta è, allo stesso tempo, dipendente ed indipendente dalla condotta, nel senso che «si inserisce nel rapporto causale in ragione di dipendenza dall'azione od omissione posta in essere e successivamente si sviluppa in modo autonomo, indipendente e porta all'evento che è sua conseguenza, perché la sua efficacia causale è tale che l'evento si realizza, a prescindere dalla condotta»; deve tuttavia riconoscersi che tra la condotta e la causa nuova esiste un rapporto di streatta dipendenza, nel senso che «la seconda si è espressa, in quanto era stata posta in essere la prima». Sembrerebbe muoversi nell'ottica della "serie causale apparentemente indipendente", di recente, E. MEZZETTI, *Giurisprudenza "creativa" nell'accertamento del nesso causale per la morte del tossicodipendente*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2847-2848, secondo il quale il fattore sopravvenuto interruttivo è quello "autosufficiente" (dunque né autonomo né indipendente), che determina cioè uno sviluppo "sovrastante", con funzione "paralizzante" o "bloccante" degli effetti prodotti fino a quel punto dal decorso causale, tanto che, nell'ottica controfattuale, si pone come l'unica spiegazione logico-razionale dell'evento concretamente verificatosi. *Contra*, sulla corretta riferibilità dell'art. 41, secondo comma c.p. alle serie causali autonome v. le note impostazione di O. VANNINI, *Quid iuris?*, cit., p. 416 e di F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., pp. 398 e ss.. Ha concluso per la sostanziale superfluità dell'art. 41 cpv. c.p. anche O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale*, cit., p. 687 e *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 311. In giurisprudenza Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 2000 (dep. 8 agosto 2000), Aloisi, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2085 n. 1002; Cass. pen., Sez. V, 13 febbraio 2002 (dep. 6 aprile 2002), in *Cass. pen.*, 2003, pp. 2299 e ss.; Cass. pen., 19 dicembre 1999, Fundiario, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 69 e ss.; Cass. pen., 12 novembre 1997, Insiriello, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 3245 e ss..

condotta penalmente rilevante. Le considerazioni in questione, a nostro avviso, vanno messe in stretta relazione con una distinzione tra la prospettiva *ex post* della "causalità materiale" e la prospettiva *ex ante* della "causalità psichica"; distinzione che, nei termini che si cercherà di chiarire, conserva una propria validità anche nel caso in cui a venire in considerazione sia una condotta omissiva.

Muovendo dai reati commissivi, nessuna questione di "interruzione" o, se si preferisce, di "esclusione" del nesso di causalità materiale si pone nei casi in cui il rapporto di derivazione eziologico rappresenti una mera ipotesi che necessita di rigorosa conferma in sede di accertamento: vengono messi in commercio dei farmaci di cui si ipotizzano effetti teratogenetici; vengono compiuti opere di invaso e svaso che si ritiene possano aver provocato una frana. In situazioni di questo tipo si spiega appieno la portata euristica del modello di sussunzione sotto leggi scientifiche, in grado di assicurare risultati conformi ai principi generali in tema di responsabilità penale. Tuttavia, nella spiegazione causale che si assume quale ipotesi ricostruttiva, tra il processo eziologico avviato dalla condotta dell'agente e l'evento non è dato ravvisare alcuna serie causale apparentemente indipendente che potrebbe far dubitare della "continuità" del rapporto causale (la patologia del feto andrebbe ricondotta all'assunzione di un certo farmaco, come la frana ai lavori compiuti in una certa zona); si trattandosi "solo" di accertare la validità scientifica di una simile ipotesi o, più propriamente, di verificare se davvero la condotta che viene in considerazione rappresenti una *condicio sine qua non* dell'evento secondo la miglior scienza ed esperienza del momento del giudizio. Solo qualora la conferma dell'ipotesi causale dia esito positivo potrà discutersi della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento concreto per l'agente che operava nella situazione concreta: e si tratterà di un accertamento che può condursi solo riportandosi mentalmente al momento della condotta. Parrebbe dunque sufficientemente delineata la distinzione tra una prospettiva *ex post*, caratteristica della causalità materiale, ed una prospettiva *ex ante*, che invece contraddistingue la causalità della colpa.

La distinzione in questione va valorizzata, a nostro avviso, anche in tutti quei casi caratterizzati da un'acquisizione scientifica *in fieri* circa gli effetti che possono derivare dallo svolgimento di una certa attività o dall'esposizione a date sostanze e che si manifestano a seguito di intervalli temporali anche consistenti rispetto alla condotta penalmente rilevante. L'accertamento *ex post* del nesso di causalità materiale, in effetti, impone di far riferimento alle conoscenze offerte dalla miglior scienza ed esperienza del momento storico in cui viene compiuto l'accertamento, mentre la verifica *ex ante* caratteristica del giudizio di colpa e la necessaria predeterminazione della regola cautelare che si assume violata richiedono di riportarsi mentalmente al momento in cui è stata posta in essere la condotta tipica, per verificare se, in quel momento, l'agente poteva (e quindi doveva) prevedere le conseguenze dannose e pericolose della propria condotta, poi effettivamente

verificatesi. Già si è discusso dell'individuazione del momento a partire dal quale si può pretendere che l'agente riconosca i rischi connessi ad una certa attività e, quindi, si attivi per impedirne i possibili sviluppi lesivi[104]. Ora si tratta di interrogarsi con maggiore attenzione su come possa operare in questi contesti il requisito della realizzazione del rischio che, come si è visto, contribuisce ad individuare il nesso che lega la condotta negligente all'evento e, dunque, rappresenta uno dei cardini per una solida costruzione dello schema del reato colposo.

Il Petrolchimico di Porto Marghera assume ancora una volta una significativa portata esemplificativa. Assumiamo come ipotesi di lavoro, conformemente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità e secondo l'opinione che in effetti pare preferibile, che la casistica dell'esposizione a sostanze rivelatesi poi cancerogene vada ricondotta entro lo schema proprio della condotta (e quindi della causalità) attiva. Ammettiamo pure che le acquisizioni scientifiche disponibili al momento del giudizio permettano di ritenere accertato, con un alto grado di credibilità razionale e, quindi, al di là di ogni ragionevole dubbio, il rapporto di derivazione causale di determinate patologie dall'esposizione dei lavoratori a cvm; ma, trattandosi di generalizzazioni causali che solo progressivamente hanno ricevuto definitiva conferma nell'ambito della comunità scientifica, si tratta di verificare se, nel periodo in cui si collocano temporalmente le condotte contestate, la prevedibilità e l'evitabilità di effetti cancerogeni potesse ricondursi entro lo scopo preventivo della regola cautelare violata o se, al contrario, quest'ultima si riferisse solo a patologie meno gravi, quali la malattia di Reynaud o l'acreosteolisi.

Va anzitutto premesso che la questione di cui si discute assume indubbiamente una portata differente a seconda tanto della tipologia di regola cautelare che venga in considerazione quanto della tipologia di eventi che si pretenda di ricondurre alla sua violazione. Il punto di massima criticità viene raggiunto in presenza di regole "elastiche", formulate mediante l'impiego di criteri "aperti" o per le quali, comunque, non è ravvisabile, a volte per una precisa scelta in tal senso da parte del legislatore, uno scopo precauzionale riferito ad eventi ben individuati e che di conseguenza rendono tutt'altro che agevole l'individuazione di quello "scopo di tutela" della regola cautelare al quale, sia pure muovendo da premesse assai diverse tra loro, è stata riconosciuta indiscussa rilevanza nella sistematica della colpa. Rientrano appieno in questa tipologia proprio le regole relative all'esposizione dei lavoratori a sostanze giudicate sì pericolose, ma le cui potenzialità nocive non sono conosciute compiutamente e costituiscono piuttosto oggetto di acquisizione progressiva da parte della scienza. La questione della concretizzazione del rischio in cui consiste lo scopo della regola cautelare che si assume violata emerge in tutta la sua evidenza: si tratta cioè di verificare se i principi generali in tema di colpa e, di

[104] V. *supra*, Cap. II, § 9.

conseguenza, il discrimine rispetto alla logica del *versari in re illicita*, possano dirsi assicurati solo in presenza di norme "pensate" per la prevenzione di eventi sufficientemente determinati o, al contrario, sia sufficiente l'individuazione di una più ampia e generica categoria di conseguenze dannose o pericolose cui, *ex post*, risulti riconducibile anche l'evento concreto.

Condividendo il primo senso dell'alternativa, il Tribunale di Venezia[105] aveva ritenuto che in riferimento alle più gravi patologie derivate dall'esposizione a cvm, pur dovendosi ritenere accertato il rapporto di causalità materiale, difettasse il requisito soggettivo della colpa: «la prevedibilità deve […] riguardare un evento che possa concretamente ed effettivamente verificarsi e non già un evento di contenuto generico o realizzabile in via di mera ipotesi», perché in caso contrario «si giungerebbe a sanzionare un comportamento genericamente inosservante, contrariamente alla necessità che il soggetto debba sempre potersi rappresentare le conseguenze del proprio operato». Il giudice di prime cure precisa anche che dal momento in cui le acquisizioni relative agli effetti cancerogeni del cvm divennero sufficientemente consolidate, Montedison prima ed Enichem poi agirono nel completo rispetto delle regole cautelari in materia, riducendo le esposizioni entro i livelli di sicurezza.

Nonostante l'apparente ineccepibilità delle argomentazioni in diritto portate a sostegno delle proprie argomentazioni è proprio sotto questo profilo che la Corte di appello di Venezia[106] sovverte il giudizio di primo grado, muovendo dalla premessa per cui «se deve senz'altro condividersi la preoccupazione di evitare che la colpa regredisca verso forme di responsabilità oggettiva, neppure […] si può soggettivizzarla sino al punto di renderla inapplicabile, di svuotarla di contenuto». In riferimento agli omicidi e alle lesioni derivanti dall'esposizione al cvm, la colpa degli imputati dovrebbe quindi ritenersi sussistente indipendentemente dalla prevedibilità dell'evento come *hic et nunc* verificatosi: «ciò che occorre cercare è la mera rappresentabilità di un evento generico di danno alla vita o alla salute», visto che «in ambito di colpa il parametro è il rischio» (*sic*! Evidente l'eco del c.d. principio di precauzione[107]). Poco importa se la malattia in concreto derivata dall'inosservanza di certi *standard* di sicurezza sia diversa e più grave di quelle che, nella sua formulazione originaria, la regola cautelare mirava ad evitare[108]. La soluzione è stata sostanzialmente condivisa anche dalla Corte di Cassazione[109].

---

[105] Trib. Venezia, 22 ottobre 2001, Cefis e altri, cit., pp. 1671 e ss..

[106] Corte App. Venezia, 15 dicembre 2004, cit., pp. 1677 e ss..

[107] V. *supra*, Cap. I, § 3.

[108] Severamente critico nei confronti della decisione in questione C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., pp. 1684 e ss. di cui si riportano le conclusioni, che rimandano, almeno in parte, alle considerazioni già espresse *supra*, Cap. I, § 3 esaminando la "logica della precauzione": «La strada del diritto penale del rischio è, dunque, lastricata di troppe insidie, soprattutto quando è la prassi applicativa ad imboccarla, senza curarsi di rispettare il codice genetico di un tipo delittuoso che impone di ascrivere nomologicamente l'evento per colpa. Non si tratta, *de*

La questione rimanda direttamente alla corretta "descrizione dell'evento" ai fini della sua riconducibilità entro lo scopo cautelare della regola cautelare, ricostruito, si ripete, in una prospettiva *ex ante*. Non si è esitato a rilevare come il problema della descrizione dell'evento rappresenti il punto cruciale tanto in sede di ricostruzione del rapporto di causalità materiale quanto in sede di individuazione dell'elemento soggettivo del reato: la scelta delle modalità da includere nella descrizione è un fattore che spesso si rivela decisivo nel condizionare l'esito dell'imputazione[110]. In particolare, la riconducibilità dell'evento concreto entro lo scopo di tutela attribuibile alla regola cautelare violata significherebbe chiedersi se il fatto verificatosi nella realtà fosse "prevedibile" secondo il punto di vista della regola cautelare[111].

Un approccio al problema non tanto "rinunciatario" ma, piuttosto, "realista" dovrebbe, a nostro avviso, prendere atto che, in sede di ricostruzione generale, l'opera dell'interprete debba arrestarsi alla mera enunciazione di "principi direttivi", che potranno ricevere adeguata concretizzazione solo tenendo conto le peculiarità del caso di specie. In proposito, nonostante gli orientamenti giurisprudenziali al riguardo, non sembra necessiti di particolare dimostrazione l'insufficienza di un riferimento ad una classe di eventi talmente ampia da risultare onnicomprensiva. Il "danno alla salute o all'integrità fisica", assunto quale criterio risolutore nella

---

lege ferenda, di esorcizzarla in blocco, specie quando la cornice empirico-criminologica restituisce "costanti" capaci di essere imbrigliate in condotte fortemente tipicizzate e a forma vincolata, che rinuncino espressamente all'(ingenua, perché ormai impraticabile) idea di ascrivere eventi. Occorre, però, massima cautela e va riaffermato con forza che non spetta al giudice intraprendere un simile percorso, ma – lo reclama lo Stato di diritto – alla penna del legislatore». Per un esame della vicenda "di merito" del Petrolchimico di Porto Marghera anche G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio*, cit., p. 192; D. PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, cit., pp. 786-787; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit., pp. 1766 e ss..

[109] Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, Bartalini, cit., cc. 572-578: «Insomma: l'evento deve rientrare nel tipo di eventi che la regola cautelare mirava a prevenire (per es. il pericolo per la vita del soggetto tutelato o un grave danno alla sua salute) ma questi eventi non devono avere carattere di eccezionalità. L'agente è rimproverabile se agisce – in contrasto con regole cautelari – sapendo (o dovendo sapere) che la sua condotta può avere conseguenze dannose anche se questi esiti della condotta non sono preventivamente determinabili purché si tratti di conseguenze del tipo di quelle prese in considerazione nel momento in cui la regola cautelare è stata redatta anche se non ancora interamente descritte e conosciute». La Corte (c. 570) hai poi cura di prendere la distanze, almeno nominalisticamente, dal principio di precauzione, negando la sua diretta efficacia nel diritto penale ed evidenziando come, in ogni caso, ben diverso rispetto alle ipotesi di vera e propria incertezza scientifica è il caso in cui una certa sostanza si sia già dimostrata dannosa per la salute umana, sebbene non risultino ancora ben delineati i confini di tale pericolosità.

[110] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 373, nota n. 46. Dello stesso Autore anche *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, pp. 1560 e ss.. Resta evidentemente fondamentale il riferimento alle pagine di F. STELLA, *La «descrizione» dell'evento*, cit., pp. 87 e ss. e *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, cit., pp. 252 e ss.. Sulla descrizione dell'evento ai fini del giudizio di responsabilità per colpa di recente C. CORI, *Presunzioni di colpa e forme di responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, a cura di L. Marafioti e M. Masucci, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 24 e ss.

[111] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 446.

casistica relativa all'esposizione dei lavoratori a sostanze nocive, appartiene proprio a questa categoria: sarebbe quanto meno necessario distinguere tra patologie mortali e malattie che possono integrare la sola fattispecie di lesioni personali. All'opposto una particolarizzazione dell'evento che pretendesse di ricomprendere tutte le peculiarità del caso di specie rischierebbe di rivelarsi "paralizzante": si pensi al caso di avvelenamento ai danni di una persona particolarmente resistente alla sostanza tossica, la quale, anziché fare effetto nello stomaco, come avviene nella generalità dei casi, abbia agito nell'intestino[112]. La "via mediana" sembra quella tracciata dalle indicazioni fornite nella nostra dottrina da Federico Stella in tema di causalità materiale: l'evento può dirsi "cagionato" dalla violazione della regola cautelare quando sia possibile individuare una generalizzazione causale in grado di "spiegare" l'evento concreto quale conseguenza di quella violazione.

Risulta piuttosto evidente che casi come quello del malore occorso allo spettatore di una manovra di sorpasso vietato non pongono difficoltà particolare. Le ipotesi davvero problematiche sono piuttosto quelle efficacemente esemplificate dal caso del Petrolchimico di Porto Marghera. Più in generale: anche muovendo dalla premessa per cui la riconducibilità dell'evento concreto alla finalità preventiva della regola cautelare rileva già in sede di individuazione della condotta tipica, *nulla quaestio* nel caso in cui lo scopo preventivo della regola risulti il medesimo tanto al momento della condotta quanto al momento del giudizio. *Quid iuris*, per contro, nel caso in cui l'evento concreto risulti compreso nello scopo preventivo della regola, ma solo sulla base delle conoscenze disponibili al momento del giudizio? In ipotesi di questo tipo, sembrerebbe, sono due le regole cautelari che vengono in considerazione, a seconda del momento prescelto per l'individuazione della regola:

- Regola *ex ante*: tenendo il comportamento X è prevedibile che si verifichi un evento del tipo Y (e, in negativo: non tenendo il comportamento X sono evitabili eventi del tipo Y).
- Regola *ex post*: tenendo il comportamento X è prevedibile che si verifichi un evento del tipo Y + Z (e in negativo: non tenendo il comportamento X sono evitabili eventi del tipo Y + Z).

Se si discute della responsabilità per un evento del tipo Z la complessità della questione emerge in tutta la sua evidenza. Non è un caso, del resto, che le incertezze tra una prospettiva *ex ante* ed una prospettiva *ex post* nell'accertamento del "nesso di rischio" abbiano caratterizzato in modo evidente anche le teoriche che si muovono nell'ottica della c.d. imputazione oggettiva dell'evento.

A nostro avviso le conoscenze in base alle quali individuare la regola cautelare attorno a cui costruire la condotta tipica sono quelle disponibili al momento del giudizio. Nella conclusione in questione assume rilevanza decisiva il ruolo svolto dalla regola che si assume violata già in sede di individuazione del termine iniziale

[112] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., pp. 477 e ss..

della relazione causale e, quindi, in definitiva, della relazione stessa. Uno dei presupposti che meglio riesce a garantire quella separazione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato, che si è ritenuto di assumere quale filo conduttore della presente indagine, è proprio la ricostruzione del nesso di causalità materiale quale rapporto di derivazione eziologica di un certo evento da una certa condotta da accertarsi sulla base della miglior scienza ed esperienza del momento del giudizio e la cui sussistenza non può, già da un punto di vista "logico", risultare condizionata dalla conoscenza che il soggetto aveva o poteva avere della legge scientifica di copertura. Del resto, anche quando si discute della possibile rilevanza delle conoscenze dell'agente per una corretta individuazione delle "cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento", quel che viene in rilievo è solo la conoscenza/conoscibilità all'intervento di un preteso fattore interruttivo, non anche della legge scientifica che consente di attribuire l'evento finale al fattore stesso.

L'effettiva portata dello scopo di prevenzione della regola cautelare attorno alla quale "costruire" la condotta tipica va dunque verificata utilizzando le conoscenze disponibili *ex post* e non solo quelle di cui l'agente poteva disporre al momento della condotta. Non varrebbe obiettare che quest'ordine di considerazioni rischierebbe di mettere in discussione la necessaria predeterminazione della regola cautelare, cui tanto risalto si è ritenuto di attribuire in sede di ricostruzione della "dominabilità" nella colpa. Una cosa è il comportamento prescritto dalla regola cautelare; cosa diversa è lo scopo di tutela che alla stessa regola si ritenga di attribuire[113]. Nella schematizzazione delle regole cautelari cui si è fatto riferimento in precedenza, pare sufficientemente chiaro che il comportamento diligente X non subisce alcuna variazione nel passaggio da una prospettiva *ex ante* ad una prospettiva *ex post*. Diversamente starebbero le cose nel caso in cui, sulla base delle conoscenze sopravvenute alla condotta, si ritesse di poter formulare una regola cautelare che, per prevenire l'evento Z, imponesse all'agente un comportamento W. Ma, si ripete, non è questo il caso che si sta esaminando. Le regole cautelari che vengono in considerazione sono tra loro in rapporto di specialità: identiche quanto al contenuto del comportamento diligente, diverse quanto all'ampiezza dello scopo preventivo, che risulta più ampio nella seconda e tale da ricomprendere quello della prima.

Tornando per esempio al caso dell'esposizione a sostanze nocive, qualora risulti che la predisposizione di dispositivi di sicurezza, imposti al momento della

[113] A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, cit., p. 1056 e *Il reato*, cit., p. 211, proprio muovendo dalla premessa per cui le qualifiche cautelari possono concretizzarsi nei confronti dell'evento solo se quest'ultimo è prevedibile *ex ante*, perviene alla perentoria affermazione per cui «il nesso causale richiede la *prevedibilità ex ante* dell'evento colposo » (corsivo dell'Autore). Di recente anche A. SERENI, *Causalità e responsabilità penale*, cit., p. 381 evidenzia «la collocazione *ex ante* della causalità generale e dunque la sua fisiologica rilevanza già nel momento realizzativo della condotta illecita»; del resto, osserva l'Autore, sarebbe quanto meno illogico «far valere a ritroso un nesso causale che in ipotesi *nessuno* conosca al momento della commissione del fatto» (corsivo originale).

condotta da una regola riconoscibile dall'agente modello, avrebbe evitato il contatto diretto con sostanze che, secondo le conoscenze disponibili al momento del giudizio, possiedono anche proprietà cancerogene e qualora si accerti che la morte del lavoratore è derivata dall'esposizione prolungata a quelle sostanze, potrà ritenersi sussistente un rapporto di derivazione causale tra la condotta negligente del datore di lavoro e l'evento verificatosi ai danni del lavoratore. Spostandosi sul piano dell'elemento soggettivo occorrerà poi valutare se l'agente concreto poteva, al momento della condotta, prevedere l'evento concreto e, in caso di esito positivo di questa prima verifica, accertare l'effettiva rilevanza del comportamento alternativo diligente; in caso di esito negativo in ordine alla sussistenza dei requisiti costitutivi della colpa l'imputato andrà assolto (non perché il fatto non sussiste ma perché) il fatto non costituisce reato.

A quest'ultimo proposito, si discute su quale sia il coefficiente probabilistico necessario all'accertamento del nesso ipotetico-normativo in questione. Si tratta di un quesito *prima facie* assimilabile a quello che aveva diviso la giurisprudenza in tema di causalità omissiva e che ha determinato l'intervento delle Sezioni Unite con la c.d. sentenza Franzese[114].

Non sono mancate, tuttavia, ricostruzioni tese a rimarcare la sostanziale differenza intercorrente tra la causazione in senso stretto dell'evento (art. 40 c.p.) e il giudizio sull'evitabilità dell'evento stesso mediante un comportamento diligente (art. 43 c.p.)[115]. Il particolare, se in materia di causalità materiale dovrebbe certamente condividersi l'accoglimento delle formule dell'"alta credibilità razionale" o della "probabilità confinante con la certezza" processuale, l'accertamento della rilevanza del comportamento alternativo lecito ammetterebbe valutazioni molto più probabilistiche: «se, infatti, già sussiste la prova della causalità c.d. "materiale" della condotta da un lato, della colpa come inosservanza di una cautela dall'altro, e altresì la prova che comunque l'evento materialmente condizionato (almeno nell'*hic et nunc*) era del tipo degli eventi che lo scopo della regola precauzionale mirava a prevenire (ad es. salvare la vita, o almeno prolungarla il più possibile, minimizzando i rischi e massimizzando i tempi della sua perdita), non si può dubitare che si imputa un evento cagionato come "fatto proprio", non essendovi qui alcuna surrettizia "trasformazione di un reato di evento in reato di pericolo"»[116]. In altri termini

---

[114] Si tratta, inoltre, di un quesito che viene da lontano, se già G.B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., pp. 131 e ss., commentando il caso deciso da App. Brescia, 30 aprile 1981, Lucksinger, in *Riv. pen.*, XXXIV, p. 347 e ss. (i passaggi più significativi della motivazione sono riportati dallo stesso Autore), si interrogava sulla possibilità di ritenere accertata la responsabilità colposa del datore di lavoro per la mancata predisposizione di una misura di sicurezza che, anche qualora predisposta, non avrebbe impedito con certezza il verificarsi dell'evento.

[115] Il riferimento è anzi tutto a M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"* , cit., pp. 76-80.

[116] M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"* , cit., pp. 77-78. Lo stesso Autore, in *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 122 sottolinea l'esigenza, *de lege ferenda*,

sarebbe sufficiente accertare che la condotta illecita, confrontata con quella alternativa lecita, abbia aumentato il rischio del prodursi dell'evento[117].

A ben vedere non riescono a cogliersi con esattezza, nel modo di argomentare appena riassunto, le ragioni di una sorta di sistemazione gerarchica degli elementi del reato (e del relativo accertamento), tale per cui, a mano a mano che ci si allontana dall'elemento oggettivo, sarebbero giustificati modelli di accertamento meno rigoroso. Del resto nessun dubbio pare sussistere sulla circostanza per cui, lo *stesso* giudizio, riferito però alla causalità dell'omissione, dovrebbe passare attraverso le forche caudine dell'oltre ogni ragionevole dubbio. In altri termini: seppure una diversificazione tra la causalità dell'omissione e la rilevanza del comportamento alternativo lecito non pare logicamente inconcepibile, resta pur tuttavia necessario indicare con esattezza il fondamento sistematico di un simile *distinguo* o, quanto meno, le ragioni che, al di là della mera opportunità. la rendono preferibile.

Il nucleo più consistente delle obiezioni mosse all'aumento del rischio pare costituito non tanto dall'indebita conversione, che per esso verrebbe a verificarsi, dei reati di danno in reati di pericolo, visto che premessa indiscussa anche della teorica in questione è pur sempre la riferibilità "oggettiva" dell'evento alla condotta dell'agente; a suscitare perplessità è piuttosto il contrasto che verrebbe a determinarsi rispetto al principio dell'*in dubio pro reo*, che peraltro ha ormai ricevuto esplicita codificazione all'interno del nostro ordinamento quale canone generale e che, sembra, non può ritenersi valevole, per ragioni di mera opportunità, solo per l'accertamento di alcuni degli elementi del reato[118]-[119].

---

di specificare il "grado" di evitabilità necessario, ritenendo servibile a tal fine il criterio del "più probabile che no" (uguale o maggiore del 50%). Per l'impiego del criterio in questione da parte della giurisprudenza civile, in sede di accertamento del nesso causale, di recente Cass., Sez. III civ., 16 ottobre 2007, n. 21619 *Resp. civ. e prev.* 2008, fasc. 2, p. 323 che proprio nell'impiego di un coefficiente probabilistico meno rigoroso individua la differenza della causalità civile rispetto a quella penale.

[117] Sulla teoria dell'aumento del rischio, anche per una completa rassegna delle opinione emerse sul punto nella dottrina tedesca, si rinvia a A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., pp. 139 e ss.. Nella nostra dottrina condivide la tesi dell'aumento del rischio M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pp. 410-411, che evidenzia le «conclusioni difficilmente accettabili» cui si perverrebbe pretendendo di ricostruire in termini di "certezza" la rilevanza del comportamento alternativo lecito: ad esempio, non potrebbe rispondere della morte del paziente il chirurgo che pure l'abbia cagionata con un gravissimo errore nel caso in cui non si fosse in grado di escludere che il paziente potesse morire anche a seguito di un intervento eseguito *lege artis*. In questo caso, tuttavia, efficacia dirimente sembrerebbe assumere non tanto il coefficiente probabilistico cui si ritenga di fare riferimento, quanto piuttosto l'assunzione quale secondo termine del giudizio causale, tanto nella causalità materiale quanto in quella della colpa, dell'evento come *hic et nunc* verificatosi. Sul punto anche P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003, p. 33.

[118] Per tutti, G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 723, secondo il quale, quando sussista un ragionevole dubbio sull'intervento di circostanze tali da neutralizzare, sulla base di generalizzazioni ulteriori rispetto a quelle poste a fondamento della regola cautelare, l'attitudine della condotta preventiva a rimuovere modalità del decorso causale rilevanti in base alla norma, esse dovranno essere valutare a favore del reo.

4. La "causalità della colpa" nei reati omissivi colposi.

Se nell'ambito dei reati commissivi i profili problematici della c.d. causalità della colpa derivano sostanzialmente dalla tendenza a "correggere" il criterio condizionalistico mediante il ricorso, più o meno scoperto, a requisiti di tipo soggettivo e dalle indecisioni tra una prospettiva *ex ante* ed una prospettiva *ex post* quando si tratti di circoscrivere lo scopo di tutela della regola violata, nei reati omissivi è la stessa autonomia concettuale della "causalità psichica" rispetto al mero rapporto di derivazione causale a risultare visibilmente offuscata.

Si torni nuovamente alla premessa, in apparenza assai difficilmente contestabile, per cui l'accertamento della realizzazione del rischio e quello della rilevanza del comportamento alternativo diligente non solo sono diversi, ma sono legati da un rapporto di rigorosa consequenzialità, nel senso della priorità logico-giuridica assunta dal criterio della realizzazione del rischio rispetto al successivo giudizio sull'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito[120]: si tratta di considerazioni che spiegano efficacemente i casi, ormai celeberrimi, della cocaina somministrata per errore in luogo della novocaina in un soggetto ipersensibile nei confronti di qualsiasi anestetico o dell'automobilista che, superando i limiti di velocità, investa un ciclista ubriaco a seguito di una manovra di quest'ultimo che non sarebbe stata evitabile neppure mantenendo la velocità imposta in quel tratto stradale.

Non appena si tenti di riferire le considerazioni in questione ai casi in cui la condotta rilevante assuma i contorni di un'omissione, tuttavia, ci si imbatte immediatamente nella peculiare struttura che, in questi casi, viene ad assumere il giudizio controfattuale su cui si fonda l'acertamento del rapporto di causalità materiale. Si sono già chiarite le ragioni per cui il riferimento terminologico alla "causalità della colpa" può ritenersi condivisibile, anche perché evocativo della necessità di porre mano allo strumentario concettuale caratteristico della causalità materiale. Per quel che qui interessa, il giudizio di evitabilità, in cui si sostanzia la verifica relativa alla rilevanza del comportamento alternativo lecito, non è altro che un ragionamento *contra facta*: occorre cioè verificare cosa sarebbe accaduto se,

---

[119] La tesi della certezza e le critiche all'aumento del rischio sono efficacemente riassunte dalle considerazioni di G.B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, cit., p. 136: «Se questa certezza manca, si può avere una mancanza socialmente censurabile, ma non legalmente, sopratutto in linea penale, giacché per punire bisogna *provare* la reità dell'agente, e non v'è la *prova* ma il *dubbio*, quando v'è soltanto la *probabilità* che l'adoperamento di un dato congegno avrebbe evitato il sinistro» (corsivi dell'Autore). V. anche F. CARRARA, *Omicidio colposo*, cit., pp. 53 e ss., che, muovendo dal presupposto per cui la colpa non è da sola sufficiente se non possa anche accertarsi, con positiva certezza, che essa sia stata causa dell'evento, rappresenta una consapevole affermazione *ante litteram* del principio per cui anche in caso di reato omissivo colposo è necessario accertare che la condotta doverosa e diligente avrebbe con certezza (= al di là di ogni ragionevole dubbio) evitato l'evento.

[120] G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 451.

contrariamente a quanto in realtà verificatosi, l'agente avesse tenuto la condotta prescritta dalla regola cautelare violata. Detto altrimenti: si tratta di "aggiungere mentalmente" la condotta doverosa omessa e di verificare se l'evento si sarebbe comunque verificato, secondo le cadenze di un giudizio ipotetico-normativo che, almeno in apparenza, parrebbe perfettamente sovrapponibile a quello cui si ricorre per verificare l'efficacia causale di una condotta omissiva[121]: la causabilità alternativa ipotetica che è necessario accertare per verificare la rilevanza causale della condotta omissiva verrebbe a coincidere con quella relativa alla rilevanza del comportamento alternativo diligente.

È necessario a questo punto riprendere e precisare le considerazioni, in precedenza solo accennate, relative ai rapporti tra l'obbligo giuridico di impedire l'evento e la regola cautelare. Si è già detto[122] che nei reati omissivi impropri la condotta penalmente rilevante risulta specificata a seguito di una "doppia qualificazione normativa", prima ad opera dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, che assume portata generale, poi per effetto dell'obbligo di diligenza/regola cautelare, che ne specifica il contenuto. Si è anche anticipato[123] che, quando si tratta di verificare la rilevanza causale di una condotta omissiva, il riferimento alla sola funzione tipizzante dell'obbligo di impedire l'evento rischia di rivelarsi insufficiente e, soprattutto, accertato che sussisteva in capo al soggetto l'obbligo di attivarsi e di impedire l'evento, una corretta formulazione del giudizio controfattuale in sede di causalità materiale, non sembra possa prescindere dalle "modalità di comportamento" la cui specificazione resta affidata alla regola preventiva: la netta affermazione per cui l'obbligo c.d. di garanzia e l'obbligo di diligenza restano distinti ed autonomi, in quanto il primo attiene alla causalità (omissiva) mentre il secondo alla colpa[124], sembrerebbe uscirne attenuata nelle sua perentorietà.

Ai fini di una maggiore chiarezza sul punto, si ripropone un esempio mediante il quale si è ritenuto di poter evidenziare un'autonomia della "sfera obbligatoria" propria dell'obbligo di impedimento dell'evento rispetto a quella dell'obbligo di diligenza:

«È quindi possibile che si abbia una violazione dell'obbligo di garanzia (perché l'agente è rimasto del tutto inattivo), senza che venga violato il dovere di

---

[121] Sottolinea l'analoga struttura logica del giudizio ipotetico volto ad accertare l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento diligente rispetto a quello che si effettua nella causalità omissiva, G. FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 128. V. anche M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., p. 43, secondo il quale «nelle ipotesi di vera omissione *non è possibile attribuire al soggetto come "fatto proprio" il decorso causale effettivo se non ricostruendolo come omissione*, e quindi attraverso il suo ipotetico comportamento alternativo lecito» (corsivi dell'Autore). Considerazioni analoghe in L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., p. 4121; L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento*, cit., p. 572; G. S. COCO, *Causalità omissiva e responsabilità sanitaria colposa*, in *Giust. pen.*, 2003, II, c . 376.

[122] *Supra*, Cap. II, § 8.

[123] V. ancora *supra*, Cap. II, § 8.

[124] Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 170 (nota n. 47).

diligenza e che quindi, pur sussistendo un'omissione tipica ai sensi di una fattispecie omissiva impropria colposa, debba escludersi la sussistenza dell'elemento soggettivo colposo. Così, se […] il bagnino non sente il grido lanciato dal bagnante e non interviene in tempo per salvarlo si può ritenere sussistente un "non fare tipico" ai sensi della relativa fattispecie, ma perché un tale comportamento possa essere considerato come imputabile a titolo di colpa occorre accertare una mancanza della diligenza obiettivamente esigibile dal garante, occorre valutare, cioè, se la situazione di pericolo per il bene affidatogli fosse riconoscibile da quest'ultimo sulla base dell'attenzione per lui doverosa (facendo riferimento alle caratteristiche del modello di bagnino "avveduto")»[125].

Dietro un simile modo di argomentare rischia tuttavia di celarsi una sostanziale espunzione della verifica relativa all'effettiva rilevanza causale dell'omissione del soggetto obbligato, reputando sufficiente, ai fini della sussistenza dell'elemento oggettivo del reato omissivo, l'accertamento dell'avvenuta verificazione dell'evento che pure il soggetto aveva l'obbligo giuridico di impedire. È vero che il tenore letterale del capoverso dell'art. 40 c.p. potrebbe sul punto indurre in equivoco, visto che il "non impedire" viene *tout court* equiparato al "cagionare": come se, per l'appunto, fosse sufficiente verificare che l'evento si è verificato, e quindi non è stato impedito, per ricavarne che l'evento stesso è "come se" fosse stato cagionato. È tuttavia fin troppo evidente che la clausola di equivalenza introdotta dal legislatore non esime dal verificare, con lo stesso rigore cui si è chiamati in riferimento alla causalità attiva, che l'evento sia effettivamente "conseguenza" dell'omissione, come peraltro richiesto dal primo comma dello stesso art. 40 c.p.; e pare ormai acquisizione sufficientemente consolidata quella per cui lo strumento mediante il quale concretizzare una simile verifica sia costituito in primo luogo dal giudizio controfattuale[126].

Tornando all'esempio precedente, il solo fatto che il bagnino non abbia impedito l'annegamento del bagnante, nonostante avesse l'obbligo giuridico di farlo, non esaurisce l'accertamento relativo all'elemento oggettivo del delitto di omicidio colposo: occorrerà anche verificare che se il bagnino fosse intervenuto l'evento non si sarebbe verificato. Ma – e questo è il punto – trattandosi di una condotta colposa, è necessario a tal fine individuare quale fosse la modalità di intervento diligente,

---

[125] G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 374.

[126] Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 1 settembre 1998 (dep. 20 ottobre 1998), Casaccio, cit., p. 1186, dove si legge che il rapporto eziologico nei reati omissivi non può «rimanere assorbito o identificato nella posizione di garanzia» né può «essere fatto automaticamente scaturire da essa o, addirittura, dalla semplice verificazione dell'evento»: «la causalità omissiva, insomma, non può essere presunta né data per scontata ma va individuata attraverso un giudizio ipotetico che, partendo dall'evento, lo suppone mentalmente cagionato ove si accerti che esso – senza l'omissione colpevole – non si sarebbe verificato, così che, se il processo logico perviene alla conclusione che l'azione doverosa (omessa) sarebbe valsa – secondo una valutazione probabilistica – ad impedire l'evento stesso, si stabilisce il nesso causale in base alla clausola generale di equivalenza».

tenuto conto della situazione concreta: tuffarsi in acqua, lanciare un salvagente, entrare in mare con il pattino. Questo ovviamente non esaurirà l'indagine relativa alla sussistenza della colpa, restando impregiudicata la verifica della sua "misura soggettiva"[127]: occorrerà pur sempre verificare se quel bagnino, in quella data circostanza, avesse potuto prevedere ed evitare l'evento e in questa sede assumerà rilievo anche la "riconoscibilità della situazione di pericolo" cui si fa riferimento nell'esempio citato.

La struttura del giudizio controfattuale nei reati omissivi impropri, sostanziandosi nell'addizione mentale della "condotta doverosa e diligente omessa", pur non esaurendo l'accertamento della colpa, sembrerebbe precludere ogni spazio logico per l'ulteriore verifica di qual particolare nesso tra la condotta negligente e l'evento in cui si sostanzia la rilevanza del comportamento alternativo lecito. Fin qui non vi sarebbero problemi particolari: si tratterebbe solo di prendere atto che nel reato omissivo colposo, a differenza di quanto avviene per quello commissivo colposo, non sarebbero logicamente immaginabili casi in cui, accertata la rilevanza causale della condotta, possano residuare ipotesi in cui il comportamento diligente individuato dalla regola cautelare disattesa non sarebbe comunque valso ad evitare l'evento: verrebbe dunque meno in radice quell'esigenza di particolarizzazione della colpa che il requisito in questione intende soddisfare.

Volendo schematizzare: nei reati commissivi colposi i giudizi controfattuali, relativi, rispettivamente, alla causalità e alla colpa, sono formulabili in termini di perfetta reciprocità: in entrambi il contenuto dell'apodosi consiste nella mancata verificazione dell'evento; ma, quanto alla protasi, se in sede di accertamento causale si ipotizza che la condotta negligente non sia stata tenuta, in sede di accertamento della colpa, al contrario, si procede all'addizione mentale della condotta diligente.

Nesso causale: - C [≠ Rc] = - E
Colpa: + C [Rc] = - E
Dove: C = condotta - Rc = regola cautelare - E = evento

Nei reati omissivi impropri colposi, per contro, nella protasi del controfattuale relativo all'accertamento causale è già compresa la protasi caratteristica del giudizio di rilevanza del comportamento lecito, visto che la regola cautelare rileva già in sede di descrizione della condotta della cui efficacia causale si discute. Manca, in altri termini, un comportamento "alternativo" del quale verificare la reale efficacia impeditiva, che sia diverso non solo da quello

[127] Concorda sul punto lo stesso G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 375.

effettivamente tenuto, ma anche da quello che costituisce il primo termine della relazione causale "oggettiva".

Nesso causale: + C [Og + Rc] = - E
Colpa: + C [Rc] = - E
Dove: Og = obbligo giuridico di impedire l'evento

A ben vedere, se dalle premesse in questione venissero tratte tutte le necessarie conseguenze, la circostanza per cui la verifica del (o almeno di una parte del) nesso intercorrente tra violazione della regola cautelare ed evento nei reati omissivi impropri colposi risulta "anticipata" in sede di accertamento causale, determinerebbe un significativo mutamento "strutturale" dello stesso giudizio causale rispetto a quello caratteristico dei reati commissivi. Se, infatti, la regola cautelare su cui può legittimamente fondarsi un rimprovero per colpa è solo quella riconoscibile *ex ante*, ovvero al momento della condotta, anche la causalità "materiale" dell'omissione risulterebbe condizionata da tale prospettiva *ex ante*[128], perdendo in questo modo il suo tratto più caratteristico rispetto alla c.d. causalità della colpa.

È stato osservato al riguardo che, qualora al momento del giudizio fosse dato rinvenire una regola cautelare più efficace rispetto a quelle esistenti all'epoca della condotta, di essa il giudice non potrebbe tenere conto in sede di ricostruzione ipotetica del comportamento doveroso, perché ciò comporterebbe un'inammissibile retroattività di una norma disponibile soltanto *ex post*[129].

In altri termini: tra causalità della colpa e causalità dell'omissione non vi sarebbe una semplice comunanza di categorie e schemi concettuali, ma una perfetta sovrapposizione; o, se si preferisce, non residuerebbe alcun ambito di applicazione autonomo per la causalità della colpa, in quanto il relativo giudizio risulterebbe

---

[129] P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., p. 1982. L'Autore propone al riguardo (nota n. 29) il seguente esempio: «Poniamo che nel 2002 (epoca del fatto) si potesse (e si dovesse, in conformità alle *leges artis* disponibili) utilizzare il farmaco Alfa per curare una certa patologia "X", e che la somministrazione di Alfa garantisse al paziente solo limitate *chance* di salvezza. Immaginiamo inoltre che, per colpa, il medico Tizio non abbia diagnosticato al paziente Caio, nel 2002, quella patologia, e che quindi Caio sia deceduto a causa di "X", in mancanza delle cure che forse avrebbero potuto salvarlo (ancorché con poche probabilità). Poniamo, infine, che il medico venga giudicato nel 2005, a che nel frattempo sia stata positivamente sperimentata e diffusa la terapia Beta, in grado di impedire la morte, o di ritardarla significativamente, con certezza o quasi. Ebbene, non avrebbe senso valutare la "causalità dell'omissione" del medico Tizio aggiungendo mentalmente (la corretta diagnosi e) la terapia Beta. Certo, potremmo dire che, secondo le conoscenze disponibili *ex post*, al momento del giudizio, la somministrazione del nuovo farmaco avrebbe impedito quasi certamente l'evento: ma questo giudizio sarebbe inutile, ai fini della ricostruzione della tipicità del fatto».

assorbito nell'accertamento del nesso di causalità materiale, che proprio per questa circostanza vedrebbe mutata in maniera significativa la propria struttura (passaggio da un'ottica *ex post* ad un'ottica *ex ante*).

Si tratterebbe indubbiamente della conseguenza sistematica più vistosa derivante dall'inconsistenza, sul piano naturalistico-materiale, dell'omissione e della causalità che si pretende di riferirle. Sul piano prasseologico la qualificazione della condotta come attiva o come omissiva diventerebbe addirittura decisiva in contesti caratterizzati da un'incertezza scientifica destinata col tempo ad essere superata.

Si pensi ancora alla casistica relativa alle malattie professionali: nel caso in cui la condotta venisse ricostruita come azione in senso stretto sarebbe sufficiente, ai fini dell'accertamento del rapporto di causalità materiale, che la patologia del lavoratore sia conseguenza, poniamo, dell'esposizione all'amianto; se invece venisse in considerazione una condotta omissiva, occorrerebbe, già in sede di accertamento del rapporto di causalità materiale, provare che l'evento lesivo sia derivato dall'esposizione a sostanze tossiche, ma anche verificare se il datore di lavoro abbia violato delle regole cautelari già *ex ante* riferibili all'evento concreto[130].

---

[130] Non è un caso, del resto, che la giurisprudenza civile si è trovata di recente ad affrontare un caso assai simile alla vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera, con la sola differenza che le argomentazioni che in sede penale hanno portato a dubitare della sussistenza della colpa, in sede civile investivano direttamente la sussistenza del nesso di causalità materiale. Si tratta della responsabilità per "omessa vigilanza" del Ministero della Sanità per i danni derivati dalle infezioni da HIV, epatite B ed epatite C, conseguenti ad emotrasfusioni da sangue infetto o ad assunzione di emoderivati infetti. Visto che la scienza è pervenuta alla conoscenza dei virus in questione solo, rispettivamente, nel 1978 per l'epatite B, nel 1985 per l'HIV e nel 1988 per l'epatite C, si è trattato di verificare da quale momento potesse ritenersi operativo l'obbligo per il Ministero di effettuare i controlli necessari, con il conseguente ritiro del sangue infetto e l'apposizione del divieto d'uso. La questione ruota tutta attorno al ruolo svolto dal requisito della prevedibilità nello schema della responsabilità aquiliana da condotta omissiva colposa *ex* art. 2043 c.c.. Le Sezioni Unite, intervenute sul tema con dieci sentenze (dalla n. 576 alla n. 585 del 2008, in *Foro it.* 2008, I, cc. 453 e ss.), come anticipato, hanno affrontato il caso in commento non tanto in riferimento alla tematica della colpa, quanto piuttosto sotto il profilo della possibilità di ravvisare un collegamento causale tra la trasfusione di sangue infetto e l'avvenuto contagio (Aveva invece affrontato anche la tematica della colpa Cass., Sez. III civ., 31 maggio 2005, n. 11609, cit., osservando come, ponendo «a carico del Ministero, che pure è chiamato in giudizio esclusivamente a norma dell'art. 2043 c.c., al di fuori da ogni ipotesi di presunzione di colpa o di responsabilità, la responsabilità per un evento lesivo sconosciuto a tutti e, quindi, come tale non evitabile, […] si radicherebbe la responsabilità in via preponderante sul presupposto della riconducibilità causale del danno al comportamento del soggetto agente: ma ciò costituisce una riallocazione del danno secondo un paradigma estraneo al sistema della responsabilità civile (salve le specifiche ipotesi di responsabilità oggettiva)». Più esattamente, premesso che la c.d. causalità giuridica va accertata secondo il tradizionale schema condizionalistico, temperato dal principio della c. d. causalità adeguata o da quello similare della c.d. regolarità causale, per cui ciascuno è responsabile soltanto delle conseguenze della sua condotta, attiva o omissiva, che appaiono sufficientemente prevedibili al momento nel quale ha agito, escludendo per contro la responsabilità per tutte le conseguenze assolutamente atipiche o imprevedibili (per le origini del dibattito G. GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, pp. 405 e ss.) si è ritenuta non condivisibile l'opinione secondo la quale la responsabilità del Ministero andasse limitata temporalmente a decorrere dal 1978 per l'epatite B, dal 1985 per l'HIV e dal 1988 per l'epatite C, in base all'osservazione per cui solo a partire da quelle date i virus in questione erano stati

Provando a generalizzare: nei reati di azione la verifica che l'evento concreto risulti compreso nello scopo preventivo della regola violata rappresenta l'operazione preliminare che, se in caso di esito negativo preclude ogni accertamento successivo, in caso di esito positivo "apre" alla successiva verifica circa la rilevanza del comportamento alternativo lecito (si pensi al caso del ciclista ubriaco). Nei reati omissivi impropri, per contro, l'accertamento relativo alla rilevanza del comportamento alternativo lecito costituisce vera e propria questione pregiudiziale, come imposto dalla struttura del controfattuale caratteristico della causalità omissiva. Non si tratta però – questo è il punto – di un accertamento che esaurisce da solo quello della colpa.

Restano ferme, infatti, le considerazioni relative al ruolo svolto in sede di individuazione della regola cautelare (e dunque dalla condotta) dallo scopo di tutela della regola stessa. E resta ferma la conclusione per cui l'ampiezza dello scopo in questione va valutata sulla base delle conoscenze disponibili al momento del giudizio, in quanto parte del più ampio giudizio di causalità materiale. In altri termini, anche nei reati omissivi impropri resta confermata la "logica oggettiva" che presiede all'accertamento della c.d. causalità della colpa: sebbene si debba procedere fin da subito all'addizione mentale del comportamento doveroso omesso, l'evitabilità dell'evento è, nella fase dell'individuazione della condotta e dell'accertamento causale, del tutto distinta dalle conoscenze che il soggetto poteva-doveva possedere al momento della condotta, per poi recuperare il proprio legame con il requisito della prevedibilità quando, accertata la derivazione causale dell'evento dalla condotta omissiva, si passi a verificare la riferibilità soggettiva di quest'ultima all'agente.

Si pensi al caso di una madre che omette di somministrare al figlio la medicina prescritta per la cura di un'influenza; il bambino, affetto da una patologia assai rara, magari neppure conosciuta al momento della condotta, ma nota al giudice che si trova ad accertare la responsabilità della donna, muore a seguito di complicazioni sorte per la mancata assunzione della medicina. Se l'efficacia causale della condotta venisse valutata sulla base della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento concreto

---

conosciuti dalla scienza mondiale. Ad avviso delle Sezioni Unite, infatti, non sussisterebbero tre distinti eventi lesivi, come se si trattasse di tre serie causali autonome ed indipendenti, ma un unico evento lesivo, cioè la lesione dell'integrità fisica (essenzialmente del fegato), per cui unico è il nesso causale: trasfusione con sangue infetto - contagio infettivo - lesione dell'integrità. Pertanto, a partire dalla data di conoscenza dell'epatite B, la responsabilità del Ministero deve ritenersi sussistente anche per il contagio degli altri due virus: non si tratta infatti di eventi autonomi e diversi, ma solo di forme di manifestazioni patogene dello stesso evento lesivo dell'integrità fisica da virus veicolati dal sangue infetto, che il Ministero non aveva controllato, come invece doveva e poteva fare. Il ragionamento, si diceva, sebbene applicato all'accertamento del nesso di causalità materiale, è analogo a quello impiegato dalla Cassazione penale in riferimento al nesso tra colpa ed evento per le esposizioni dei lavoratori del Petrolchimico di Porto Marghera al cvm: non è necessario che il Ministero fosse in grado di prevedere con esattezza tutte le conseguenze derivanti dalla trasfusione di sangue infetto, essendo sufficiente la conoscenza o la conoscibilità di una più ampia e generica classe di eventi lesivi, entro cui poter ricondurre anche l'evento concreto.

già al momento della condotta, dovrebbe concludersi che in questo caso manchi lo stesso rapporto causale tra la condotta omissiva e l'evento. A nostro avviso, al contrario, se si accerta che la somministrazione del farmaco prescritto avrebbe impedito il proseguire dell'influenza e, dunque, delle complicazioni che ne sono derivate, è più corretto affermare che sussiste un rapporto di derivazione causale tra la mancata somministrazione di cure e la morte del bambino, ma dovrà con ogni probabilità escludersi la responsabilità penale della donna per carenza dell'elemento soggettivo del reato.

Analoghe considerazioni varrebbero per il caso delle esposizioni dei lavoratori alle polveri di amianto, nel caso che, contrariamente all'opinione che pare preferibile ma conformemente alla giurisprudenza prevalente, si ritenga di qualificare in termini di omissione la condotta penalmente rilevante. Il primo passo dell'accertamento causale consiste nella spiegazione dell'evento sotto il profilo naturalistico: il lavoratore è morto per una patologia tumorale che, secondo la miglior scienza ed esperienza del momento del giudizio, è derivata, al di là di ogni ragionevole dubbio, dall'esposizione prolungata all'amianto (accertamento causale *ex post*). Qualora si ritenga di dover ipotizzare una responsabilità per omissione del datore di lavoro, è necessario anzitutto verificare se, durante il periodo delle esposizioni, il datore di lavoro esistevano delle regole cautelari che imponessero di mettere in sicurezza l'ambiente di lavoro in modo tale da eliminare o ridurre l'esposizione all'amianto, indipendentemente dalla circostanza per cui gli effetti cancerogeni dell'amianto fossero già noti: se, poniamo, fossero stati installati degli impianti di ventilazione, come il datore di lavoro era obbligato a fare, il lavoratore non sarebbe stato esposto ai livelli di amianto che hanno determinato l'insorgere della patologia tumorale[131]. Ciò tuttavia non esaurisce ancora l'accertamento relativo all'elemento soggettivo del reato, restando infatti impregiudicato il giudizio di riferibilità soggettiva della violazione della regola cautelare al soggetto concreto.

La collocazione della c.d. causalità entro gli schemi propri di un accertamento di tipo oggettivo costituisce, a nostro avviso, un valido strumento per una più sicura differenziazione tra l'ambito applicativo proprio della causalità materiale e quello caratteristico della colpa, specie se considerata nella sua irrinunciabile funzione di criterio di imputazione soggettivo[132]. Stabilire l'esistenza di un rapporto causale tra

---

[131] Considerazioni analoghe valgono per il caso del contagio da sangue infetto. Se si accerta che il paziente è morto perché contagiato dal virus dell'HIV a seguito di un'emotrasfusione praticata in una struttura sanitaria, ipotizzata la responsabilità del Ministero per omesso controllo, è necessario anzi tutto verificare se, al momento dell'avvenuto contagio, il Ministero dovesse, per qualsiasi scopo, effettuare dei controlli sul sangue e in caso di esito positivo disporne il ritiro. Fino a quando controlli di questo tipo non erano obbligatori l'omissione del Ministero non può dirsi dotata di alcuna efficacia causale.

[132] *Contra* di recente G. DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, cit., pp. 527-528, il quale esprime considerazioni critiche sull'«insistenza con la quale – pur nell'apprezzabile sforzo di rendere maggiormente vincolanti ed obiettivamente

condotta ed evento, tanto sotto il profilo "tradizionale" della causalità materiale quanto sotto quello dello specifico nesso che l'art. 43 c.p. richiede intercorra tra l'evento stesso e la violazione della regola cautelare, non significa ancora ritenere accertata anche la colpa del soggetto: a tal fine il riferimento all'agente che opera nella situazione concreta spigherà appieno la sua portata di criterio di "individualizzazione soggettiva".

Sembra che questa soluzione sia in grado di recuperare una sia pur parziale simmetria nella ricostruzione del ruolo svolto dal requisito della "evitabilità dell'evento" nei reati omissivi e in quelli commissivi colposi, volta non tanto al raggiungimento di un'armonia sistematica, ma piuttosto ed evitare macroscopiche disparità di trattamento tra condotta attiva e condotta omissiva che, tra l'altro, condurrebbero spesso a risultati contrari al comune buon senso. Soprattutto sembra che la soluzione proposta possa garantire una certa uniformità nell'accertamento del rapporto di derivazione causale in tutti i casi in cui l'evento non si è verificato per l'intervento di una serie causale apparentemente indipendente, ma è piuttosto conseguenza "immediata e diretta" della condotta, attiva od omissiva, del soggetto.

5. Brevi considerazioni in tema di imputazione oggettiva dell'evento.

Alla base delle considerazioni svolte fino ad ora c'è l'adesione a quelle impostazioni per cui i criteri dello scopo della norma e della rilevanza del comportamento alternativo diligente concorrono a definire il nesso intercorrente tra la violazione della regola cautelare e l'evento che ne è derivato e, dunque, svolgono il loro ruolo nell'ambito del giudizio per colpa.

Si tratta però di una premessa che può dirsi tutt'altro che pacifica, soprattutto per coloro che ritengano di muoversi nel solco tracciato dalla c.d. imputazione oggettiva dell'evento[133]. Le basi su cui si fonda la ricostruzione

---

riconoscibili i criteri di identificazione della colpa – ci si è impegnati nello sforzo di legittimare ed accreditare l'idea dell'appartenenza della violazione del precetto cautelare al piano della "tipicità" dell'illecito (colposo); un'idea […] destinata a condurre ad un progressivo avvicinamento della suddetta violazione rispetto ai requisiti (tradizionalmente) collocati nell'alveo del fatto tipico, tra i quali, *in primis*, lo stesso rapporto di causalità […]. Ed allora, come poter escludere del tutto che siffatte teorizzazioni abbiano potuto favorire – o comunque, in una certa misura, legittimare, per quanto inconsapevolmente – lo sviluppo della tendenza a fare ricorso, in tema di causalità, a quei giudizi di tipo "prognostico-probabilistico" che dovrebbero, viceversa, risultare circoscritti al solo profilo dell'imputazione soggettiva del reato? Non si corre proprio alcun rischio […] nel momento in cui […] si finisca con giustapporre "tipicità" a "tipicità", creando implicitamente le premesse perché poi, in sede applicativa, il rapporto tra i due profili venga ad essere distorto e "piegato" a contingenti logiche repressive?».

[133] Sul punto, senza alcuna pretesa di completezza, C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, pp. 83 e ss.; H. J. HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 745 e ss.; A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., *passim*; A. R. CASTALDO, *Linee politico-*

sistematica in commento sono note: «il sistema penale non va costruito su leggi dell'essere (siano esse la causalità o la finalità), ma su criteri normativi», su scelte politico-criminali di valore[134]. Di qui l'obiettivo di individuare dei correttivi al modello condizionalistico abbandonando la prospettiva naturalistico-meccaninicista che a lungo ha orientato le ricerche in tema di causalità e affidandosi, restando pur sempre nell'ambito della tipicità e senza spostarsi in quello della colpevolezza, a criteri di stampo normo-valutativo[135]. Considerazioni di tipo teleologico, infatti, inducono e ritenere che già sul piano oggettivo del reato occorra qualcosa in più del rapporto condizionalistico tra condotta ed evento: da ciò deriva, come primo e fondamentale assunto dell'imputazione oggettiva, che un evento può essere attribuito ad un soggetto solo quando costituisce la realizzazione di un pericolo non consentito, da lui creato[136]. Fin qui la teorica in questione non sembrerebbe in realtà discostarsi in maniera significativa da quanto già si ricaverebbe dalla teoria dell'adeguatezza: ma il principio della realizzazione di un pericolo o, se si preferisce, di un rischio indebitamente creato consentirebbe di andare oltre e di chiarire quegli aspetti che la teoria dell'adeguatezza non riusciva ad inquadrare in maniera convincente. Essa dunque aspira a presentarsi quale tappa conclusiva di un processo secolare che, nel tentativo di individuare criteri soddisfacenti su cui fondare

---

criminali ed imputazione oggettiva dell'evento, cit., pp. 881 e ss.; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., pp. 779 e ss.; A. R. CASTALDO, *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 1096 e ss.; M. ROMANO, *Artt. 40-41, Commentario sistematico*, cit., pp. 361 e ss.; M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, parti I e II, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 588 e ss. e 1114 e ss.; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., *passim*; G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità ed imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, pp. 945 e ss.; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., pp. 3 e ss.; E. MORSELLI, *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 11 e ss.; R. BLAIOTTA, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, fasc. 1, pp. 365 e ss.. Si segnala l'impostazione proposta di recente da M. RONCO, *Interruzione del nesso causale*, cit., pp. 823-826 il quale, muovendo dall'intento sistematico di tenere distinto il profilo dell'imputazione oggettiva dai criteri di imputazione soggettiva e di confermare la validità della *condicio sine qua non* nella prima fase dell'accertamento causale, ritiene che non è ragionevole imputare il fatto al soggetto in tutti i casi in cui «la condotta, considerata *ex post* in tutta la sua estensione spazio-temporale, non è in alcun modo correlabile con la messa in pericolo o con l'azzeramento del bene giuridico, che si sono concretamente verificati»: è dunque la categoria dell'offensività che completa l'accertamento causale, assicurando nel contempo «un'antigiuridicità penale personale».

[134] C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, cit., p. 85.

[135] A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., pp. 785-786 evidenzia gli equivoci originati dall'espressione "politica criminale", ricorrente negli scritti di Roxin. In effetti, se, come suggerito dall'accezione tradizionale, considerazioni di tipo politico-criminale possono trovare un proprio spazio solo in una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe quanto meno improprio ritenere che la politica criminale possa orientare la lettura del diritto positivo, risultando vero, al contrario, che l'interpretazione del dato positivo può fornire indicazioni utili sugli obiettivi di politica criminale perseguiti dal legislatore. Solo intendendo il concetto di "politica criminale" come sintesi di considerazioni di tipo "normativo" o "teleologico" può comprendersi il ruolo che le viene attribuito dai sostenitori della imputazione oggettiva nella sistematica del reato.

[136] C. ROXIN, *La problematica dell'imputazione oggettiva*, cit., p. 85.

l'imputazione dell'evento, era costantemente incorsa nella confusione tra la *imputatio iuris* e il piano della colpevolezza[137].

La reale portata dei rapporti tra causalità in senso stretto ed imputazione oggettiva non sempre è ricostruita in maniera univoca. Se, infatti, da parte di alcuni si sottolinea come l'esistenza del nesso causale rappresenti la condizione non sufficiente ma pur sempre necessaria perché il soggetto possa essere considerato "autore" del fatto realizzato[138], da parte di altri si fa notare come accanto ad una funzione negativa, consistente appunto nell'escludere l'imputazione nonostante la presenza del nesso condizionalistico, all'imputazione oggettiva va riconosciuta una non meno rilevante funzione positiva, che consente di fondare la responsabilità anche in casi in cui, come nel concorso di persone nel reato, la condotta non costituisce *condicio sine qua non* dell'evento[139].

In ogni caso, e per quel che qui interessa, l'intera costruzione dell'imputazione oggettiva si fonda su una valorizzazione dello "scopo della norma"[140], entro cui trova la sua ragion d'essere anche la rilevanza attribuita, specie nel delitto colposo, al comportamento alternativo diligente: poiché compito del diritto penale non è la cieca protezione dei beni giuridici, la norma incriminatrice apparirebbe priva di senso se ne fosse consentita l'applicazione in tutti i casi in cui la lesione si sarebbe verificata anche in assenza del comportamento dell'agente[141]. In questo modo la casistica che rappresenta il banco di prova su cui verificare, nella formulazione del giudizio di responsabilità per colpa, la tenuta del nesso tra violazione della regola cautelare ed evento, si ritiene possa trovare agevole (e più corretta) collocazione già in sede di imputazione oggettiva dell'evento, mediante i criteri, variamente invocati, dell'aumento e della diminuzione del rischio, dell'autoesposizione a pericolo da parte della vittima, della ripartizione delle sfere di rischio anche sulla base del principio di affidamento.

La suggestione esercitata dall'imputazione oggettiva è di certo innegabile. Del resto, se si concorda che lo scopo della norma e la rilevanza del comportamento alternativo lecito possono essere verificati solo ponendosi in una prospettiva *ex*

---

[137] Così A. R. CASTALDO, *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva*, cit., p. 894.

[138] A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., p. 14.

[139] A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., pp. 791-792. Sui rapporti tra imputazione oggettiva e causalità anche M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., pp. 61 e ss..

[140] Per tutti A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, cit., p. 785. Per una decisa valorizzazione dello scopo della norma violata anche nell'ambito della causalità in diritto civile in particolare P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XVII ed., Milano, Giuffrè, 2007, pp. 142: «il corrispondente criterio limitativo della responsabilità si può così formulare: *il danno non è risarcibile se non è realizzazione di quel rischio in considerazione del quale la condotta è illecita*» (corsivo originale). Dello stesso Autore, *amplius*, *Causalità e danno*, Milano Giuffrè, 1967, *passim*.

[141] A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., pp. 72-73. La ricostruzione dell'imputazione oggettiva proposta dall'Autore, del resto, ruota proprio attorno ai due poli costituiti dallo scopo di protezione della norma e dal comportamento alternativo lecito.

post[142], essi si iscriverebbero pienamente nella logica tipica dell'accertamento causale in senso stretto. Senza contare che si tratta di criteri che, almeno di regola, ancora non prendono in considerazione le caratteristiche del soggetto agente e che, dunque, ancora non realizzano quell'individualizzazione del giudizio di responsabilità comunemente riservata all'elemento soggettivo del reato.

Si è osservato che le premesse da cui muove l'imputazione oggettiva risulterebbero in perfetta sintonia con il nostro diritto positivo[143]. Ed è stato scritto di recente che le ragioni della resistenza mostrata dalla dottrina italiana ad un pieno ed esplicito accoglimento dell'imputazione oggettiva andrebbero individuate, tra l'altro, nella convinzione di poter comunque risolvere i problemi usando categorie più tradizionali, unita «ad una certa avversione per le novità "dogmatiche" d'oltralpe e a un attaccamento *démodé* alla lettera e alla sistematica del codice penale italiano del 1930»[144]. Tralasciamo la considerazione per cui non si vede proprio come un attaccamento alle indicazioni non solo letterali ma anche sistematiche fornite dal codice *attualmente in vigore* possano risultare "fuori moda"; e tralasciamo pure la circostanza per cui la categoria del "nesso di rischio" viene invocata anche per risolvere problemi che trovano già *aliunde*, e senza troppe incertezze, il loro inquadramento sistematico[145], mostrando di non riuscire sempre a superare indenne

---

[142] Così A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., pp. 147 e ss., evidenziando come proprio il momento dell'accertamento abbia costituito una delle più evidenti incertezze del pensiero di Roxin in tema di imputazione oggettiva. *Contra* M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 68, secondo il quale il rischio, almeno di regola, deve poter essere riconosciuto e apprezzato al momento della condotta, affinché i consociati possano orientare di conseguenza il proprio comportamento.

[143] V. di recente R. BLAIOTTA, *La causalità giuridica*, cit., p. 369, il quale rileva come l'«indecifrabilità della formula» dell'art. 41 cpv., anche volendosi muovere in una dimensione ancorata al diritto positivo, legittima pienamente una riflessione nella direzione indicata dalla teoria dell'imputazione oggettiva. A ben vedere, tuttavia, proprio la proposta di riforma con la quale l'Autore chiude il suo contributo, tutta fondata sui principi propri dell'imputazione oggettiva, consente di misurare la distanza tra quest'ultima e l'attuale dato positivo: «Rapporto di causalità. 1. La condotta umana è considerata causa di un evento quando ne costituisce una condizione logicamente necessaria. 2. È tuttavia esclusa l'imputazione delle conseguenze della condotta che sono espressione di un rischio non vietato. 3. È altresì esclusa l'imputazione della condotta illecita che non sono espressione della concreta sfera di rischio ad essa inerente, ma costituiscono realizzazione di un rischio diverso. 4. Ai fini del comma precedente non rilevano le condizioni note all'agente e quelle inerenti alle caratteristiche personali della vittima. 5. È infine esclusa l'imputazione delle conseguenze della condotta illecita che derivano dall'assunzione del rischio ad essa inerente da parte di un terzo o della vittima con determinazione libera, consapevole e completamente indipendente».

[144] M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 2, nota n. 1.

[145] Emblematici, anche perché direttamente attinenza all'oggetto della presente trattazione, gli esempi dell'elettrauto e dell'armaiolo, proposti da M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., pp. 29-30 e 42-43, rispetto ai quali lo stesso Autore ha cura di precisare che il preteso "omittente" non aveva alcuna posizione di garanzia e, dunque, nessun obbligo di impedimento dell'evento giuridicamente rilevante. Ciò pare sufficiente ad escludere la responsabilità penale, alla luce dei dati offerti dal nostro ordinamento, già per l'impossibilità di individuare una condotta penalmente rilevante. Il riferimento ad una ripartizione delle sfere di rischio o al rischio consentito non ha dunque, almeno nei casi in questione, nessuna reale portata euristica, limitandosi, al più, ad evidenziare la *ratio* che sta alla base della configurazione dei reati omissivi impropri come reati propri.

l'implacabile rasoio di Ockam. Sia concesso in ogni caso rilevare come il riferimento alla "nascita"[146] dell'imputazione oggettiva o alla "scoperta" del tema di rischio[147] possieda senza dubbio una suggestiva portata evocativa, quasi che i luoghi sistematici in questione rappresentino una sorta di Minerva nata dalla testa di Giove, in grado di rischiarare ciò che prima era avvolto dalle nebbie di una sistematica "tradizionale". A ben vedere tuttavia, per restare alla dottrina italiana, già Grispigni, nel 1935, aveva sottolineato con forza la necessità di ricorrere ad un concetto normativo di causa, il quale implica il necessario riferimento «alla natura e alla funzione delle norme»: «per stabilire quale sia il concetto di causa secondo le norme, bisogna riferirsi al momento in cui è posta la norma, ovvero a quello in cui la norma deve agire sulla psiche del destinatario per indurlo ad agire od omettere (momento della minaccia), perché è soltanto in questo momento che, tenendo presente la funzione di essa, si può comprendere quale sia il significato che la norma stessa dà al concetto di causa»[148]. Del resto, malgrado la pervicace critica alla costruzione antoliseiana della causalità umana abbia ormai assunto la dignità di *topos* nelle trattazioni in tema di imputazione oggettiva, additando, tra l'altro, la sua responsabilità per aver affidato nelle mani del giudice l'incerto ed inefficace strumento del "fattore eccezionale"[149], quando si tenta di dotare i criteri teleologici, su cui si fonda la imputazione oggettiva, di contenuti dotati di maggiore concretezza, si finisce per concludere che lo "scopo della norma" si specifica in due criteri, entrambi necessari per il suo accertamento: prevedibilità e dominabilità. L'affinità, non solo terminologica, rispetto al fattore eccezionale e alla sfera di signoria di antoliseiana memoria è troppo evidente per essere ulteriormente rimarcata.

Il limite più evidente del "nesso di rischio", almeno nelle ricostruzioni proposte nella nostra letteratura e con specifico riferimento al tema dei reati colposi, sembrerebbe il suo atteggiarsi a mero concetto riepilogativo di principi già ricavabili *aliunde* e la sua incapacità a fornire autentici criteri guida dotati di validità generale, che riescano ad andare oltre la logica del "caso per caso"[150].

Del resto se al "fattore eccezionale" di Antolisei è stata spesso rimproverata la sua inafferrabile vaghezza, neppure il "nesso di rischio" conduce a risultati applicativi univoci. Si pensi al celeberrimo caso dell'emofiliaco. Si tratta di una di quelle ipotesi in cui, ravvisandosi un *continuum* logico, ma anche cronologico, tra la condotta e l'evento, sembrerebbe doversi ravvisare la sussistenza del nesso di

---

[146] M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 23.

[147] M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 26.

[148] F. GRISPIGNI, *Il nesso causale nel diritto penale*, cit., p. 18.

[149] Per tutti R. BLAIOTTA, *La causalità giuridica*, cit., p. 370. M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., p. 7, nota n. 11, individua invece in Antolisei «il primo sostenitore dell'imputazione oggettiva in Italia» (anche pp. 1-2), pur non sottolineando l'esigenza di affrontare la tematica del nesso di rischio liberi dalle pastoie della tradizione.

[150] H. J. HIRSCH, *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva*, cit., pp. 759 e ss.. *Contra*, G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche*, cit., p. 946.

causalità, mentre la conoscenza o la conoscibilità della preesistente malattia del soggetto passivo rileveranno in sede di ricostruzione dell'elemento soggettivo; ciò anche in considerazione del fatto che l'art. 41, secondo comma c.p. attribuisce rilevanza "interruttiva" alle sole cause sopravvenute, alle quali certo non appartiene una condizione della vittima antecedente rispetto alla condotta[151]. Muovendo da un'analisi teleologicamente orientata, parrebbe giocoforza ritenere che la morte del soggetto passivo è avvenuta a causa della condotta dell'agente, ma non come specifica estrinsecazione del pericolo connesso a tale atto e che la norma mirava ad evitare[152]. Ma anche tra i teorici della imputazione oggettiva non si è mancato di rilevare che le cause simultanee e preesistenti "anomale" non interrompono l'imputazione causale, in quanto oggettivamente esistenti al momento della condotta e, dunque, potenzialmente conoscibili: la loro conoscenza e conoscibilità è dunque una questione di elemento soggettivo[153].

Concludendo: la teorica dell'imputazione oggettiva nei suoi aspetti realmente innovativi non sembra fornire sicuri criteri orientativi e non sempre risulta agevolmente ricavabile dal dato normativo vigente. Ciò non toglie, ovviamente, l'interesse dei risultati cui la stessa è prevenuta e la possibilità di tenerne conto in una prospettiva *de iure condendo*; sempreché si sia realmente convinti di trovare nel "nesso di rischio" risposte soddisfacenti alle delicate esigenze che si pongono – si perdoni la terminologia "fuori moda" – in sede di accertamento della causalità e della colpevolezza.

---

[151] Sul punto, per tutti, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 124 che, proprio esemplificando mediante il caso dell'emofiliaco, mostra di condividere la scelta operata dal legislatore con il cpv. dell'art. 41 c.p.: visto che l'accertamento del rapporto causale è uno dei momenti dell'accertamento del fatto oggettivo, «il fattore non prevedibile deve essere tale per chiunque: la non prevedibilità che agisce sulla causalità è un dato che tende a presentarsi come assoluto. Stando così le cose, il fattore eccezionale per definizione, su cui non possono sorgere dubbi, è quello sopravvenuto». In senso contrario F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, cit., p. 250, in base alla nota tesi dell'applicabilità dell'art. 41, secondo comma c.p. anche alle cause precedenti e concomitanti.

[152] In questo senso A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, cit., pp. 194-195.

[153] M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., pp. 83-84.

CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ COLPOSA PER OMESSO IMPEDIMENTO DEL REATO ALTRUI: GLI INCERTI CONFINI DELLA "*CULPA IN VIGILANDO*"

SOMMARIO: 1. La responsabilità del direttore di un periodico per i reati commessi a mezzo stampa quale archetipo della responsabilità per omesso controllo. 2. Considerazioni generali sulla rilevanza *ex* art. 40, secondo comma c.p. dell'obbligo di impedire reati altrui. 3. Concorso per omissione nel reato commissivo o omissivo. 4. Presupposti e limiti della cooperazione nel delitto colposo. 5. Il principio di affidamento e la "residuale" *culpa in vigilando*. La responsabilità del soggetto posto in posizione apicale: l'attività medico-chirurgica. 5.1. La valorizzazione della c.d. colpa d'organizzazione nel diritto penale dell'impresa: il trasferimento di funzioni e la responsabilità da reato degli enti.

1. La responsabilità del direttore di un periodico per i reati commessi a mezzo stampa quale archetipo della responsabilità per omesso controllo.

Un'analisi delle complesse problematiche di fronte alle quali si imbatte l'interprete che voglia tentare un sia pur schematico inquadramento sistematico della responsabilità per mancato impedimento di un reato commesso da altri, sembra possa rappresentare un autentico banco di prova sul quale verificare la tenuta dei principi generali in tema di reati omissivi colposi.

Il punto di partenza quasi obbligato è costituito dalla responsabilità del direttore di un periodico per i reati commessi a mezzo stampa. La vicenda storico-giuridica dell'art. 57 c.p. consente di individuare nella fattispecie in questione un vero e proprio archetipo di responsabilità colposa per "omesso controllo" all'interno del nostro ordinamento e, al contempo, di evidenziare gli aspetti di criticità inevitabilmente connessi alle tendenze espansive che, specie in sede giurisprudenziale, hanno interessato il modello in questione. Non è un caso, del resto, che proprio l'art. 57 c.p. abbia costituito una delle occasioni più ricorrenti per definire l'esatta portata del principio di personalità della responsabilità penale[1].

Non sarebbe utile in questo contesto ripercorrere nel dettaglio le tappe che hanno condotto all'attuale formulazione dell'art. 57 c.p., seguita alla modifica intervenuta con la legge n. 127 del 1958[2] e ai sensi della quale «Salva la

---

[1] V. gli Autori citati alla nota successiva.

[2] Per l'intera tematica si rinvia, oltre che alla manualistica, a P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, Padova, Cedam, 1971, pp. 102 e ss. (dello stesso Autore v. anche *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1956, pp. 1253 e ss.; *La responsabilità penale del direttore di giornale nel quadro della teoria della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, pp. 1125 e ss.; voce *Stampa*, in *Noviss.*

responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dai casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente ad un terzo».

È tuttavia possibile, da un lato, evidenziare come l'art. 57 c.p. abbia posto, fin da subito e in maniera paradigmatica, l'esigenza di confrontarsi con la difficoltà di distinguere omissione e colpa, soprattutto allo scopo di evitare che la seconda risultasse del tutto annullata nella prima; dall'altro ricavare dalle peculiarità dell'"azienda di stampa" alcuni tratti caratteristici di ogni tipo di "organizzazione complessa", specie se organizzata in forma piramidale.

Quanto al primo punto, è assai significativo che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, chiamata a pronunciarsi sul nuovo testo dell'art. 57 c.p., pur muovendo dalla premessa per cui «l'omissione dell'attività doverosa viene in considerazione quale causa dell'evento non voluto, addebitabile al direttore del periodico sotto il profilo psicologico della colpa» e che la colpa costituisse non solo il titolo ma anche il fondamento della responsabilità[3], perveniva alla conclusione che «il fatto omissivo ed il nesso di causalità materiale e psicologico tra l'omissione e l'evento non si presumono, ma devono essere provati»; salvo poi precisare, qualche riga più avanti, che «la prova della colpa, requisito costitutivo del reato, si traduce unicamente nella prova della omissione del controllo prescritto»[4].

Non si mancò in effetti di osservare che, poiché l'obbligo giuridico di impedire l'evento attribuisce rilevanza, sul piano oggettivo, all'omissione, «non può la sua inosservanza ritenersi senz'altro colposa, se si vuole evitare l'equivoco, tutta'altro che infrequente, che porta ad identificare il problema della rilevanza oggettiva

---

Dig. it., Vol. XVIII, Torino, Utet, 1971, pp. 97 e ss.); C. F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 69 e ss.; M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p.*, cit., pp. 454 e ss.; G. VASSALLI, *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1956, pp. 218 e ss.; E. BATTAGLINI, *L'art. 27 della Costituzione e l'art. 57 n. 1 del Codice penale*, in *Giust. pen.*, 1948, II, cc. 309 e ss.; G.D. PISAPIA, *La nuova disciplina della responsabilità per reati commessi a mezzo stampa*, cit., 1958, pp. 304 e ss.; G. DELITALA, *Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore responsabile per reati commessi sulla stampa periodica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, pp. 544 e ss.; F. MANTOVANI, *La responsabilità per i reati commessi a mezzo della stampa nella nuova disciplina legislativa*, in *Arch. pen.*, 1959, pp. 38 e ss.; F. STELLA, *Omissione di controllo e inadeguata valutazione della liceità penale di uno scritto diffamatorio da parte del direttore responsabile di un periodico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, pp. 238 e ss.; G. FIANDACA, *È «ripartibile» la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*, in *Foro it.*, 1983, I, cc. 570 e ss.; M. B. MAGRO, *La responsabilità del direttore di stampa periodica e il problema della determinazione della condotta tipica nei reati omissivi*, in *Cass. pen.*, 1992, pp. 1235 e ss.; T. VITARELLI, *Evento colposo e limiti del dovere di obiettivo di diligenza nella responsabilità del direttore di stampa periodica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 1222 e ss.; E. MUSCO, voce *Stampa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 633 e ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., pp. 616 e ss..

[3] Sez. Un. Pen., 18 novembre 1958, Clementi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 552.

[4] Sez. Un. Pen., 18 novembre 1958, Clementi, cit., p. 555.

dell'omissione e quello della efficienza causale con il diverso problema della esistenza del coefficiente psicologico»[5].

Non sono mancati tentativi volti a differenziare i due obblighi derivanti dall'art. 57 c.p.: accanto al'obbligo di vigilanza, estremamente rigoroso, operante sul piano oggettivo e, quindi, in sede di individuazione della condotta omissiva e della sua rilevanza causale, andrebbe individuato un più specifico dovere di attenzione che, modellato sul concetto di prevedibilità, è in grado di fondare anche la colpa del direttore e che, soprattutto, interverrebbe successivamente rispetto al primo e in funzione di limitazione della responsabilità penale[6]. Discutibile appariva in realtà la motivazione portata a sostegno di un simile assunto, secondo la quale richiedere il solo nesso di causalità tra l'omissione e il reato-evento avrebbe reso inutile ogni accertamento relativo alla stessa omissione: se il reato non è stato impedito è *in re ipsa* che il controllo necessario non è stato esercitato[7]. Il caso si mostra significativamente analogo a quello del bagnino, esaminato in precedenza[8]: ritenere che l'annegamento del bagnate valga, per ciò solo, a dimostrare che l'evento non è stato impedito e *quindi* che l'omissione è dotata rilevanza causale come richiesto dal capoverso dell'art. 40 c.p. significherebbe privare il rapporto causale di un autonomo ambito applicativo all'interno della fattispecie omissiva.

Non è un caso che, pur condividendo il ruolo, in funzione limitativa, svolta dal requisito della colpa nella nuova formulazione dell'art. 57 c.p., si sia sentita l'esigenza di precisare che «in realtà l'obbligo che rileva ai sensi dell'art. 57 c.p. è uno solo»[9]: non avrebbe molto senso, si è detto, ritenere che agli effetti del rapporto causale tra omissione ed evento il direttore è tenuto a fare tutto quanto necessario per prevenire la produzione dell'evento stesso, ma che risponderà penalmente solo nel caso in cui non osservi l'obbligo meno rigoroso che rileva ai fini del giudizio di colpa e, quindi, «tanto vale cogliere realisticamente la sostanza della situazione […] e riconoscere che tale soggetto risponde nei limiti in cui omette il controllo che si rende necessario perché di possa elevare nei suoi confronti un rimprovero tale da giustificare l'applicazione della sanzione penale»[10].

---

[5] F. STELLA, *Omissione di controllo*, cit., pp. 244-245. L'Autore concludeva che il direttore, per sottrarsi alla responsabilità penale, dovesse provare in giudizio che nessun rimprovero, neppure di mera leggerezza potesse essergli mosso: prova assai difficile da fornire quando il tenore dello scritto riveli un'indubbia ed obbiettiva attitudine ad offendere l'altrui reputazione.

[6] P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 126: «L'inciso "a titolo di colpa", oltre a qualificare il titolo della responsabilità, serve a delimitare la responsabilità ad un ambito più ristretto di quello che sarebbe proprio di una rigorosa prospettiva causale che abbia come termine di partenza l'omissione di tutto ciò che è necessario e come termine di arrivo il reato commesso da altri».

[7] P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 127.

[8] *Supra*, Cap. III, § 4.

[9] C. F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, cit., p. 144.

[10] C. F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, cit., pp. 145-146.

Il percorso che, muovendo da un'affermazione meramente nominalistica del requisito della colpa assorbendone di fatto l'accertamento in quello dell'omissione, perviene infine a riconoscere il ruolo svolto dalle regole cautelari già in sede di individuazione della condotta tipica ne esce delineato nelle sue tappe essenziali.

Del resto la funzione di "selezione" delle condotte penalmente rilevanti attribuita alla regola cautelare nella responsabilità del direttore di un periodico pare legata a filo doppio a quella relativa alla fonte e al contenuto dell'obbligo di controllo. Quanto alla fonte, la questione si era posta soprattutto sotto il vigore della disciplina precedente che, prevedendo in caso di commissione di un reato a mezzo stampa, *per ciò solo*, la responsabilità del direttore, non faceva espressa menzione di un suo obbligo giuridico di impedire reati commessi da altri. Accanto a chi riteneva che il fondamento giuridico dell'obbligo in questione andasse rinvenuto nella stessa posizione del direttore, così come ricostruibili dal sistema[11] o – come pare preferibile – dallo stesso art. 57 c.p.[12], c'era chi prendeva atto che la disposizione in questione configurasse più semplicemente un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui[13], anche se non per questo contrastante con l'art. 27 Cost.[14].

Quando la legge n. 127 del 1958 chiarì *expressis verbis* la presenza in capo al direttore di un obbligo giuridico di controllo volto ad impedire la commissione di reati con il mezzo della stampa, la questione divenne piuttosto quella di precisare i limiti di un simile controllo. Non sfuggiva infatti che imporre al direttore un controllo ininterrotto e capillare sarebbe significato attribuire rilevanza ad un obbligo, nella maggior parte dei casi, sostanzialmente impossibile, con il rischio di arretrare nuovamente nel campo della colpa presunta e, dunque, della responsabilità

[11] C. Cost., 15 giugno 1956, n. 3, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, pp. 463-464.

[12] M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. c.p.*, cit., p. 459-460.

[13] Per tutti E. BATTAGLINI, *L'art. 27 della Costituzione*, cit., c. 316: «il direttore deve in sostanza rispondere anche del fatto non proprio e […] la responsabilità per i rati commessi a mezzo della stampa, così come è regolata dall'articolo 57, è fuori dall'ambito della normale responsabilità obiettiva ed assume un carattere anomalo che è in contrasto con il principio sancito nell'art. 27 della Costituzione». G. VASSALLI, *Sulla illegittimità costituzionale*, cit., p. 230 parla di una «presunzione assoluta di una condotta quanto meno omissiva» in irrimediabile contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale.

[14] È la nota impostazione di P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 108, il quale riteneva che, insieme alla qualità di direttore responsabile, il soggetto assumesse anche il rischio delle conseguenze penali che potessero derivare dalla pubblicazione del periodico: «Accettando la carica, essi accettavano *personalmente* la clausola imposta *ope iuris* dall'ordinamento giuridico che li rendeva automaticamente responsabili dei reati altrui commessi nell'ambito della loro giurisdizione». Anche dopo la modifica dell'art. 57 c.p. G. DELITALA, *Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore responsabile*, cit., p. 556-557 osserva che spesso il legislatore avverte l'esigenza di accentrare in colui che è preposto alla direzione di una certa attività la responsabilità per le violazioni di legge che da quella attività eventualmente derivino e che ciò si ottiene imponendo al direttore l'obbligo di vigilare affinché un reato non venga commesso: seguendo questa via l'Autore perviene alla conclusione che «la responsabilità del direttore si presume, e spetterà quindi al direttore di provare caso per caso la sua mancanza di colpa».

oggettiva[15]. Del resto, come correttamente rilevato, la stampa costituisce una di quelle attività intrinsecamente pericolose, il cui esercizio è contrassegnato da un costante ed ineliminabile margine di rischio, ma che, nondimeno, l'ordinamento autorizza in quanto poste a tutela di diritti fondamentali. Se quindi la via del divieto che precluda lo stesso svolgimento dell'attività non risulta quella praticabile, le regole cautelari che possono venire in considerazione sono solo quelle che, senza incidere sull'essenzialità del comportamento autorizzato, riducano al minimo il rischio del verificarsi di eventi dannosi o pericolosi[16].

Proprio quando si tratta di delineare con maggiore precisione i contorni dell'obbligo di controllo cui è tenuto il direttore responsabile, vengono in considerazione le peculiarità dell'attività giornalistica, cui si faceva cenno in precedenza[17]. In particolare, si tratta di un'organizzazione complessa all'interno della qual è fisiologica la divisione dei compiti e delle attività; ma si tratta anche di un'organizzazione strutturata secondo uno schema di tipo piramidale, con il direttore posto al vertice della struttura stessa.

La sostituzione del "gerente responsabile" (art. 47 dell'Editto Albertino sulla stampa), di regola persona estranea alla direzione e alla redazione del periodico e nominato al solo fine di precostituire un capro espiatorio, con il "direttore responsabile", che del periodico è la guida e l'ispiratore, è stata spesso individuata quale momento di svolta nel settore *de quo*[18].

Dall'affermazione che il direttore costituisce un soggetto di esperienza e capacità professionali, ma, soprattutto «dotato di poteri pressoché illimitati»[19] alla conclusione che la conseguenza sia che anche le sue responsabilità diventino "pressoché illimitate" (potere è dovere!) il passo è fin troppo breve: ciò del resto varrebbe a garantire, in maniera apparentemente indolore vista la funzione di

---

[15] Così G. D. PISAPIA, *La nuova disciplina della responsabilità*, cit., p. 321.

[16] V. soprattutto C. F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, cit., pp.126 e ss.. Per considerazioni generali sul contenuto delle regole cautelari nel contesto delle attività intrinsecamente pericolose M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte II, cit., p. 159.

[17] Si prescinde in questa sede dalle considerazioni relative all'attività di stampa come mezzo per l'esercizio di un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, sebbene si tratti di un profilo di indubbio rilievo anche per l'esatta comprensione, specie sul piano storico-politico, delle soluzioni succedutesi nel tempo in tema di responsabilità penale per i reati commessi a mezzo stampa. Pare in effetti condivisibile il rilievo per cui la problematica in questione non potrà risolversi in modo soddisfacente né ritenendo che, poiché la stampa costituisce una materia del tutto speciale, debba sempre e comunque esservi una persona che risponda per i reati commessi servendosi della stessa; né, per contro, facendo della libertà di stampa un idolo, di cui l'anonimato costituisca l'indispensabile piedistallo: F. MANTOVANI, *La responsabilità per i reati commessi a mezzo della stampa*, cit., p. 67.

[18] C. Cost., 15 giugno 1956, n. 3, cit., pp. 459-460. M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. c.p.*, cit., p. 458-459, il quale, muovendo dalla premessa per cui un obbligo di impedimento può sussistere solo in capo a chi abbia un potere di fatto sul risultato da conseguire, osserva che mentre il gerente era chiamato a rispondere penalmente di ciò che non sapeva e non poteva sapere, il direttore, quale capo dell'azienda giornalistica, si trova effettivamente nella condizione di poter controllare ciò che in essa si svolge.

[19] C. Cost., 15 giugno 1956, n. 3, cit., pp. 461-462.

indirizzo e controllo che, per definizione, è attribuita al direttore di un periodico, l'esigenza di indicare un soggetto immediatamente identificabile che risponda di eventuali reati.

In questo modo, tuttavia, il direttore diviene il destinatario di una vera e propria "responsabilità di posizione", irrimediabilmente distante dal (se non addirittura contrapposta al) carattere personale della responsabilità penale: egli si trova a rispondere, *per ciò solo*, in quanto soggetto apicale all'interno dell'azienda giornalistica; e la situazione sostanzialmente non muta se, pur attribuendo all'inciso "a titolo di colpa" il compito di definire non solo il titolo ma anche il fondamento della responsabilità, si costruisce un obbligo di controllo talmente ampio e capillare (*rectius*: indeterminato) da ritenere che a seguito della commissione di un reato con il mezzo della stampa, *per ciò solo*, il suddetto obbligo debba ritenersi violato[20].

Prendendo atto di ciò si è gradualmente passati dall'idea che l'obbligo di controllo fosse "personale", nel senso di "non delegabile"[21], a quella per cui la responsabilità potesse essere attribuita solo a coloro che avessero «la *effettiva* possibilità di esercitare il controllo sul periodico»[22] e che l'obbiettivo potesse raggiungersi solo mediante un frazionamento delle responsabilità, che tenesse conto dei diversi compiti e delle funzioni spettanti al direttore e agli altri quadri aziendali[23]. E si tratta di considerazioni che muovono spesso dal rilievo attribuito alle grandi dimensioni raggiunte da certe aziende giornalistiche, che renderebbero materialmente impossibile un effettivo controllo, continuo e capillare, esercitato dal solo direttore responsabile[24]; e che giungono in definitiva ad ammettere la legittimità

---

[20] Sulla rilevanza assunta dalla necessaria precisazione dell'obbligo di controllo e per interessanti esiti applicativi E. MUSCO, voce *Stampa (dir. pen.)*, cit., pp. 642-644.

[21] In giurisprudenza Sez. Un. Pen., 18 novembre 1958, Clementi, cit., p. 555 e C. Cost., 24 novembre 1982, n. 198, in *Foro it.*, 1983, I, cc. 568. Con quest'ultima pronuncia la Consulta ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 57 c.p. nella parte in cui prevede l'attribuzione dell'obbligo di controllo del periodico ad un unico soggetto, senza consentire una ripartizione della responsabilità stessa e senza prendere in considerazioni le dimensioni del periodico.

[22] Così G. D. PISAPIA, *La nuova disciplina della responsabilità*, cit., p. 325.

[23] V. in particolare la mozione approvata dal Convegno per alcune delle più urgenti riforme del diritto penale, tenuto a Bellagio nell'aprile del 1958 e il cui testo è pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, pp. 424 e ss.. Cfr. F. MANTOVANI, *La responsabilità per i reati commessi a mezzo della stampa*, cit., p. 67, il quale ritiene opportuna la nomina obbligatoria di un responsabile per ogni servizio o settore del giornale.

[24] Per esempio C. F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, cit., pp. 135-138, il quale distingue tra grande e piccolo quotidiano. Nel primo caso ciò che conta è la predisposizione, da parte del direttore, di un meccanismo di vigilanza adeguato alle dimensioni del periodico; essa costituirebbe un vero e proprio obbligo, nel senso che se il direttore, malgrado le dimensioni del giornale non lo consentano, pretendesse di "far tutto da solo" dovrebbe rispondere dei reati eventualmente commessi. A mano a mano che l'ampiezza del giornale diviene più contenuta l'obbligo in questione verrebbe a stemperarsi, in quanto il direttore recupera la possibilità di far fronte personalmente e direttamente all'obbligo di controllo imposto dalla legge. Le dimensioni del periodico assumo rilevanza centrale anche nelle considerazioni di G. FIANDACA, *È «ripartibile» la responsabilità penale del direttore*, cit., p. 572.

di un trasferimento di funzioni valido a fini penalistici anche all'interno dell'azienda giornalistica[25].

Assai significativa, infine, appare la circostanza per cui uno degli aspetti su cui si è concentrata la discussione a seguito dell'introduzione dell'art. 57 c.p. sia stato rappresentato dalla possibilità di configurare la responsabilità del direttore come titolo autonomo di reato[26] o, piuttosto, come ipotesi, prevista espressamente dal legislatore, di concorso colposo in un reato doloso[27]; con la conseguenza di escludere o, per contro, di ritenere applicabile la disciplina prevista in materia di concorso di persone nel reato.

Queste, in sintesi, le ragioni che attribuiscono alla responsabilità del direttore di un periodico un'indiscutibile valenza paradigmatica in tema di responsabilità colposa per omesso controllo, specie quando a venire in considerazione sia il soggetto che occupi una posizione di vertice nell'ambito di organizzazioni o, più semplicemente di attività, complesse. Si tratta, in altri termini, di individuare gli esatti confini della dialettica potere-dovere e di chiarire i possibili punti di raccordo rispetto alla disciplina del concorso di persone nel reato; ciò soprattutto al fine di evitare che «le formule della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*» siano «sempre lì pronte e disponibili a dar luogo a delle vere e proprie responsabilità di posizione, determinando i confini della colpa attraverso una generalizzazione presuntiva costruita sulla iniziale condizione di garante»[28].

2. Considerazioni generali sulla rilevanza ex *art. 40, secondo comma c.p. dell'obbligo di impedire reati altrui.*

L'ambito della responsabilità colposa per mancato impedimento di un reato commesso da altri – come già anticipato – costituisce la sede privilegiata per ripercorrere alcune delle tendenze che si è cercato di evidenziare in riferimento al reato omissivo colposo, tanto sul piano della ricostruzione sistematica quanto su quello delle conseguenze applicative.

---

[25] Per tutti E. MUSCO, voce *Stampa (dir. pen.)*, cit., p. 645: «un rifiuto della rilevanza della delega sarebbe acritico e concettualistico: dal punto di vista dei principi generali si finirebbe forse per creare più problemi di quanti non se ne voglia risolvere ed innescherebbe di fatto prassi di neppure tanto camuffata responsabilità oggettiva».

[26] P. NUVOLONE, *Il diritto penale della stampa*, cit., p. 115; C. F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, cit., p. 116; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 385, nota n. 85; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 387. Parlano di una figura speciale di agevolazione colposa M. ROMANO, *Art. 57, Commentario sistematico* cit., p. 618; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 395-396. *Contra* F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 115; E. MUSCO, voce *Stampa (dir. pen.)*, cit., p. 640

[27] Per esempio G. DELITALA, *Titolo e struttura della responsabilità penale*, cit., pp. 554-555.

[28] V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico"*, cit., p. 116. Analoghe considerazioni in G. CONTENTO, *La responsabilità senza colpevolezza*, cit., p. 534.

In primo luogo, la tematica in questione attribuisce particolare risalto alla "naturale" predisposizione dell'omissione colposa ad esporsi a dilatazioni eticizzanti che, traendo spunto dall'empirica constatazione per cui "chi può (naturalisticamente) deve", comporta l'indiscussa prevalenza di istanze *lato sensu* solidaristiche. In questo modo la responsabilità per omissione colposa, lungi dal rimanere relegata entro i rassicuranti confini di una forma di responsabilità "eccezionale", diviene strumento ordinario di imputazione, i cui requisiti, più che superare il vaglio imposto dalla loro necessaria "giuridicità", sfumano tra le righe di motivazioni "sostanziali", quando non addirittura morali, che sfuggono alla riconducibilità entro schemi generali e che risultano vistosamente condizionate da una poco controllabile logica del "caso per caso". Se, dunque, la valorizzazione del potere naturalistico di intervento spesso precede la ricostruzione di un autentico potere-dovere giuridico di impedimento dell'evento, sul versante dell'elemento soggettivo l'accertamento della colpa rischia di perdersi tra le clausole di stile per mezzo delle quali si individua in capo al preteso responsabile un assai nebuloso obbligo di diligente sorveglianza sull'operato altrui che, in pratica, può considerarsi disatteso per il solo fatto che un reato sia stato commesso.

Al contrario, la natura "eccezionale" della responsabilità per omissione colposa meriterebbe una valorizzazione ancor più decisa proprio quando l'evento che l'ordinamento richiede sia impedito sia costituito da un fatto illecito altrui[29]. Non è in effetti rintracciabile all'interno del nostro ordinamento un obbligo generale di impedire la commissione di reati altrui, sulla base del quale ciascun consociato potrebbe, in ogni momento, assumere il ruolo di "gendarme" a difesa della collettività[30], per il solo fatto di trovarsi nella possibilità materiale di intervento (torna la logica del supereroe!). Per converso la regola sembrerebbe quella comunemente riassunta nel c.d. principio di autoresponsabilità, per cui ciascuno è chiamato a rispondere (solo) dei propri comportamenti e delle loro conseguenze.

Particolarmente significativa appare sotto questo profilo la vicenda relativa alla responsabilità penale degli appartenenti alle forze dell'ordine che, almeno *prima facie*, in quanto deputati alla tutela della pubblica sicurezza[31], sembrerebbero anche destinatari di un vero e proprio obbligo di impedimento della commissione di reati. Se la giurisprudenza ha spesso attribuito rilevanza alla mera presenza sul luogo della

---

[29] Sottolinea il carattere eccezionale della responsabilità per mancato impedimento del fatto illecito altrui L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione e reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1281. V. anche F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., pp. 150-151.

[30] Sulla tematica del "cittadino-poliziotto" si rinvia a A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Vol. II, cit., pp. 1127 e ss..

[31] Art. 1 del R.D. n. 773 del 1931: «L'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà; cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle province e dei comuni, nonché delle ordinanze delle autorità; presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni».

commissione del reato, ritenendo sostanzialmente *in re ipsa* la configurabilità di un obbligo di impedire l'illecito altrui in capo all'appartenente alle forze dell'ordine, sono sempre più diffusi orientamenti volti ad escludere l'automatismo in questione, sebbene sulla base di considerazioni non sempre coincidenti. Si è per esempio ritenuto che nell'ipotesi in questione farebbe difetto il requisito "sostanziale" della incapacità del soggetto che si pretende di identificare quale oggetto di una posizione di controllo da parte delle forze dell'ordine e, soprattutto, ci si chiede se «sarebbe ragionevolmente concepibile una posizione di controllo talmente ampia (e, dunque, così poco "determinata") da ricomprendere nel suo oggetto – come potenziale fonte di pericoli della cui neutralizzazione esser "garanti" – un numero illimitato di cittadini»[32]; ciò sempre che non siano individuabili specifici e personalizzati rapporti di protezione (si pensi all'agente di scorta).

Nel tentativo di individuare conferme normative ad un ridimensionamento di dell'obbligo in questione, si è fatto riferimento, in particolare per gli appartenenti alle forze armate, all'art. 138 del codice penale militare di pace, il quale punisce il militare che «ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'art. 40 c.p., […] per timore di un pericolo o altro inescusabile motivo, non usa ogni mezzo possibile per impedire la esecuzione di alcuno dei reati contro la fedeltà o la difesa militare, o di rivolta o di ammutinamento, che si commette in sua presenza»: la disposizione in questione anzitutto confermerebbe la generale ammissibilità del principio per cui una condotta di partecipazione penalmente rilevante può essere costituita anche da un comportamento omissivo[33]; inoltre, si è detto, potrebbe acquistare autonomo significato solo ammettendo che ogni militare non sia già, per ciò solo, titolare di un generale obbligo di impedimento di reati[34].

Si è altresì ritenuto di poter ottenere utili indicazioni normative dagli artt. 55 e 380 c.p.p., al fine di delimitare gli obblighi che l'ordinamento configura in capo agli

---

[32] G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 196-197; in senso adesivo A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 207. Rilevano la mancata "specialità" di una posizione di garanzia che pretendesse di estendersi a tutti i beni di tutti i consociati G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 334 e *Art. 110*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. II, Art. 85-149, III ed., Milano, Giuffrè, 2005, p. 177, M. ROMANO, *Art. 40*, *Commentario sistematico*, cit., p. 388 e L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1390.

[33] G. GRASSO, *Art. 110*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., p. 175-176. Analoghe indicazioni deriverebbero dall'inciso «fuori dei casi di concorso» con cui si apre l'art. 57 c.p., che deve ritenersi comprensivo anche delle ipotesi di omesso impedimento doloso del reato a mezzo stampa: L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., p. 1346 che

[34] G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 336-337. Sul significato dell'art. 13 c.p.m.p. v. anche L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 1343-1346 che dalla clausola di riserva con cui si apre la disposizione in questione ricava un argomento in grado di rafforzare la correttezza dell'idea per cui sarebbe ammissibile una generale forma di concorso nel reato altrui per suo omesso impedimento, anche al di là dei limiti di operatività dell'art. 40 cpv. c.p. tradizionalmente individuati per le fattispecie monosoggettive. Considerazioni critiche sul riferimento all'art. 138 c.p.m.p in L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, cit., pp. 1276-1277.

agenti e agli ufficiali di polizia giudiziaria. In particolare, se l'art. 380 c.p.p. prevede l'obbligo di procedere all'arresto in flagranza solo in ipotesi tassativamente indicate, dovrebbe concludersi che, al di fuori dei casi in questione, sarebbe quanto meno difficoltoso riconoscere un autentico obbligo di impedimento rilevante *ex* art. 40 cpv. c.p.[35].

Ciò non significherebbe del resto che il mancato impedimento dell'altrui reato da parte di militari o appartenenti alle forze dell'ordine sia sempre un comportamento penalmente irrilevante: esso, infatti, si osserva comunemente, potrebbe configurare un'omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) o un abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)[36].

A ben vedere gli sforzi volti a circoscrivere o addirittura a negare la riconducibilità dell'omesso impedimento di reati da parte di militari e agenti o ufficiali di polizia, pur traendo origine dalla condivisibile reazione a fronte di taluni eccessi giurisprudenziali[37], non manca di suscitare delle perplessità. Non si comprende, in effetti, quale sia la base giuridica che porti ad affermare, per esempio, la responsabilità per l'agente di scorta o per l'agente in servizio d'ordine durante una manifestazione di piazza, ma a negarla per l'agente in servizio che assista casualmente alla commissione di un reato o che, ricevuta notizia dello stesso, sia nelle condizioni di esercitare un tempestivo intervento[38]. I principi generali, dunque,

---

[35] L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, cit., p. 1283.

[36] M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 388; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 199. L'applicazione delle fattispecie in questione risulta per la verità assai difficoltosa a seguito della nuova formulazione introdotta con la riforma del 1990: in particolare, l'attuale art. 328 c.p., tanto nel primo quanto nel secondo comma, ruota tutto attorno al "rifiuto" da parte del pubblico ufficiale e, dunque, non pare riferibile anche alle omissioni che non siano precedute da una richiesta di intervento. Quanto all'art. 323 c.p., è sufficiente rilevare in questa sede la significativa limitazione introdotta sul piano dell'elemento soggettivo con l'introduzione del dolo intenzionale, assai raramente ipotizzabile nelle ipotesi qui prese in considerazione; senza contare che il reato in questione è punito meno severamente del favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) e, dunque, di un aiuto che interviene in una fase successiva rispetto alla commissione del reato. Sul punto, sia pur nell'ambito di impostazioni differenti, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 142-146 e L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 1390-1391. Per un quadro d'insieme sulla nuova formulazione degli artt. 323 e 328 c.p. e per le necessarie indicazioni bibliografiche al riguardo si rinvia a G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, IV ed., Bologna, Zanichelli, 2007, pp. 243-256 e 265-271.

[37] L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., p. 1390 rileva come le soluzioni proposte in giurisprudenza sembrerebbero fondate «più che su reali argomentazioni di diritto positivo, sulla esigenza *sostanziale* (quasi emozionale, talvolta) di stigmatizzare l'infedeltà del tutore dell'ordine pubblico, che lasciando operare indisturbate le forze del crimine *diserta* ai suoi compiti, *tradisce* la fiducia in lui riposta dai consociati» (corsivi dell'Autore).

[38] Così I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., pp. 147-148, la quale (nota n. 91) fa altresì notare che negando la stessa configurabilità di una responsabilità ai sensi dell'art. 40, secondo comma c.p., non si riuscirebbe a spiegare la ragione della costituzione delle forze dell'ordine (i cui appartenenti sono altresì dotati di armi e strumenti di coazione fisica) e del loro mantenimento da parte del contribuente, né si comprenderebbe l'istituzione di un servizio di pronto intervento telefonico. Queste ultime osservazioni in realtà provano troppo visto che, anche a voler ammettere, come pare preferibile, che i soggetti in questione possano rispondere per mancato impedimento di reati commessi

non sembra subiscano significative eccezioni e, nel contempo, paiono in grado di evitare possibili degenerazioni formalistiche.

Se questa sembra la soluzione obbligata *de iure condito* non può negarsi che, in una prospettiva *de iure condendo*, il mancato impedimento di reati da parte di militari o appartenenti alle forze dell'ordine potrebbe più efficacemente essere punito con una fattispecie autonoma, che tenga conto delle peculiarità del caso di specie. Le considerazioni in questione valgono soprattutto se si tiene conto che l'omesso impedimento dell'altrui reato può essere non solo doloso (l'agente che, indipendentemente dalle motivazioni che sorreggano il proprio agire, assiste inattivo alla commissione di un reato), ma anche colposo: si pensi al caso del commissario di polizia che, in presenza di condizioni "di fatto" che consentano di intervenire tempestivamente e con successo, per colpa, non organizzi diligentemente i mezzi necessari per impedire un omicidio. Potrebbe apparire una forzatura concludere che il commissario sia chiamato a rispondere per omicidio, magari in concorso con l'esecutore materiale; sarebbe invece preferibile che, sulla base, per esempio, di uno schema analogo a quello introdotto per il direttore di un periodico, si applicasse una pena diminuita, determinata *per relationem* rispetto a quella del reato non impedito.

Tuttavia, il solo fatto che con tanta insistenza si ripropongano orientamenti restrittivi anche nei casi in cui persino il senso comune sembrerebbe deporre a favore dell'operatività dell'art. 40, secondo comma, c.p. è emblematicamente rappresentativo della carenza di sicuri punti di riferimento in materia, soprattutto quando la responsabilità per omesso impedimento dell'evento venga ad intrecciarsi con lo schema del concorso di persone nel reato.

Del resto, il peso delle tradizione sistematica che a lungo ha tentato di ricondurre la colpa e l'omissione entro le categorie elaborate in riferimento al dolo e all'azione in senso stretto, si avverte chiaramente anche in riferimento alla disciplina del concorso di persone nel reato. Sono due – e strettamente connesse l'una all'altra – le questioni che maggiormente interessano ai nostri fini:

- sul versante dell'elemento oggettivo si tratta di chiarire se ed in che limiti sia configurabile un concorso di persone mediante condotta omissiva.
- sul piano dell'elemento soggettivo è necessario chiarire l'area di operatività dell'art. 113 c.p. verificando, in particolare, se esso attribuisca rilevanza al solo concorso colposo nel reato colposo o anche al concorso colposo nel reato doloso.

---

da altri, il corrispondente obbligo di intervento non esaurirebbe certo i compiti che l'ordinamento attribuisce alle forze dell'ordine.

3. Concorso per omissione nel reato commissivo o omissivo.

Muovendo dalla prima delle due tematiche sommariamente individuate, è anzitutto necessaria una precisazione preliminare. Non pare sussistano ostacoli di carattere giuridico nel ritenere che nella disposizione di cui all'art. 40, secondo comma c.p. il termine "evento" quale oggetto dell'obbligo di impedimento, possa essere inteso anche come "fatto di reato commesso da altri", senza alcuna selezione del reato oggetto dell'obbligo di impedimento sulla base dei criteri tradizionalmente impiegati in riferimento alle fattispecie monosoggettive[39].

In effetti è assai diffusa, anche tra coloro che riconoscono ampio spazio applicativo al c.d. evento in senso giuridico, l'opinione per cui nelle disposizioni relative al rapporto di causalità materiale il termine evento vada inteso nella sua accezione naturalistica[40]. Ma le considerazioni in questione valgono quando si abbia riguardo a fattispecie monosoggettive: così, con particolare riferimento al mancato impedimento di un evento, la conclusione per cui la clausola di equivalenza tra il non impedire e il cagionare possa trovare applicazione per i soli reati di evento pare pienamente condivisibile se solo si consideri che, già da un punto di vista logico prima ancora che giuridico, non si vede proprio come un reato di mera condotta possa essere "commesso mediante omissione".

La prospettiva muta radicalmente se ci si pone nell'ottica della fattispecie plurisoggettiva. Se, si ripete, per "evento" si intende il reato commesso da altri, esso già rappresenta un *quid* distinto dalla condotta, rispetto al quale, dunque, è logicamente possibile verificare l'efficacia impeditiva del comportamento attivo, alternativo a quello tenuto.

In senso contrario si è rilevato che la regola dell'art. 40, secondo comma c.p. non possa essere «arbitrariamente dilatata fino a far coincidere l'evento non impedito con un fatto illecito altrui comunque strutturato»[41]. Ciò significa che, secondo questa ricostruzione, anche l'omesso impedimento di un reato nell'ambito di una fattispecie plurisoggettiva incontrerebbe il limite della necessaria presenza di un evento in senso naturalistico e di una condotta non descritta per note interne: rinunciare a questo requisito, infatti, equivarrebbe «ad aggiungere arbitrariamente un terzo comma all'art. 40 c.p., in tutto e per tutto analogo al terzo comma dell'art. 41 c.p., che così reciti: "le disposizioni precedenti si applicano anche quando l'evento

---

[39] G. GRASSO, *Art. 110*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., p. 179; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 355 e ss..

[40] Per tutti M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., p. 91: «Ogni volta che nella norma la parola evento designa un *quid* che è posto in relazione alla condotta come effetto alla causa è logicamente necessario attribuire al termine il significato di evento naturalistico».

[41] L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, cit., p. 1278. La limitazione dell'art. 40, secondo comma c.p. alle sole fattispecie causali pure, anche in caso di concorso di persone era già proposta da G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., p. 181. In senso adesivo anche T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., pp. 119-120.

non impedito consiste nel fatto illecito altrui"»[42]. In conclusione: «la c.d. posizione di garanzia diretta all'impedimento del fatto illecito altrui può avere ingresso nell'art. 40 cpv. nei limiti in cui il reato commesso da altri sia un reato causale puro di evento»[43].

Da questa impostazione deriverebbero per la verità conseguenze assai difficilmente comprensibili: una volta che in capo a Tizio, poliziotto, si ravvisasse il potere-dovere giuridico di impedire un certo reato, l'omissione del soggetto rileverebbe *ex* art. 40, secondo comma c.p. se si trattasse di un omicidio, ma non, per esempio di un incendio[44].

Ma, si ripete, pur muovendo dalla condivisibile esigenza di individuare sicuri limiti strutturali che facciano da argine ad un'incontrollata dilatazione della responsabilità per omesso impedimento di un reato altrui, una lettura restrittiva dell'art. 40, secondo comma c.p. non pare convincente e, soprattutto, non trova sostegno alcuno a livello sistematico-normativo. Per contro, come correttamente evidenziato, il legislatore utilizza altrove il termine evento come sinonimo di "fatto di reato nel suo complesso", posto in rapporto di derivazione causale rispetto ad una condotta tanto attiva quanto omissiva: il riferimento è all'art. 116 c.p., il quale stabilisce, per l'appunto, che il concorrente risponde del reato diverso da quello voluto «se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione»[45].

Ciò chiarito, va anche precisato che entro la categoria dell'"omesso impedimento di un reato" vengono spesso ricondotte situazioni assai differenti tra loro. Si è per esempio osservato che «la *baby sitter* che non interviene mentre il bambino soggetto alle sue cure affoga è sempre responsabile *ex* art. 40 cpv., sia che il bambino anneghi perché non sa nuotare, sia perché un individuo lo sta uccidendo»[46]. L'esempio serve a circoscrivere utilmente l'oggetto delle presenti considerazioni, anche in relazione alla più ampia tematica del concorso di persone nel reato.

---

[42] L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, cit., p. 1279.

[43] L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, cit., p. 1283.

[44] I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 370 porta l'esempio della guardia del corpo che dovrebbe di volta in volta fermarsi a valutare se l'aggressione subita dalla ricca signora si risolva in una lesione personale o piuttosto in una violenza sessuale. Occorre evidentemente ricordare come nella ricostruzione proposta da G. FIANDACA la limitazione in questione è legata a filo doppio all'idea per cui la tutela particolarmente incisiva assicurata dal legislatore mediante l'introduzione dell'art. 40, secondo comma c.p. vada limitata alla protezione della persona umana contro le aggressioni ai beni della vita e dell'integrità fisica; in effetti i delitti contro la vita e l'incolumità individuale e quelli contro l'incolumità pubblica sono strutturati prevalentemente secondo lo schema del reato causale puro. V. *Il reato commissivo*, cit., spec. p. 41.

[45] L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., p. 1348. Sull'operatività dell'art. 40, secondo comma c.p. anche ai reati di mera condotta, sebbene sulla base di argomentazioni differenti, anche S. VINCIGUERRA, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a un reato proprio (in tema di concorso del custode alla sottrazione di cose pignorate commessa dal proprietario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, pp. 310-311.

[46] L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, cit., p. 1295.

Sembra infatti pienamente condivisibile la distinzione tra i casi in cui l'oggetto dell'obbligo di impedimento è rappresentato proprio dall'altrui condotta e, quindi, dall'altrui reato, da quelli in cui l'ordinamento impone di attivarsi per evitare un certo evento, indipendentemente che lo stesso abbia una causa "umana" o "naturale". Solo nella prima ipotesi, in particolare, il "garante" sarebbe dotato di un potere giuridico di comando nei confronti dell'agente, che gli consente di interferire nell'altrui sfera giuridica e, soprattutto, di attivarsi con successo[47]. In altri termini, la tutela di un certo bene giuridico viene realizzata a volte in via immediata, altre in via mediata e, potrebbe aggiungersi, in forma anticipata. Così, nel caso della *baby sitter* cui si è fatto riferimento in precedenza, nella ricostruzione del contenuto dell'obbligo di impedimento, come precisato, non assume alcuna rilevanza specifica la condotta altrui che, al contrario, risulta "giuridicamente parificata" alle altre possibili cause, anche naturali, dell'evento: queste ipotesi non pongono problemi peculiari rispetto allo schema "tradizionale" dell'art. 40, secondo comma c.p.. I casi che invece qui vengono in considerazione sono quelli in cui è proprio la condotta altrui a costituire oggetto dell'obbligo di impedimento, imponendo dunque al soggetto un intervento "anticipato" che, in via mediata, eviterà anche l'offesa all'interesse tutelato dal reato che si ha l'obbligo di impedire.

Non sembra che indicazioni decisive ai fini della distinzione in questione provengano dalla tradizionale dicotomia tra posizioni di protezione e posizioni di controllo, se nella loro ricostruzione si attribuisca rilevanza prevalente a parametri di tipo sostanziale. La prova è del resto fornita dalle incertezze che, proprio muovendo dalla suddetta dicotomia, si riscontrano quando si tenti di offrire una convincente collocazione alle ipotesi di omesso impedimento del reato altrui[48]. Volendo aderire ad

---

[47] L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 1367-1371, il quale (p. 1369) utilizza la distinzione in questione anche per individuare l'esatta collocazione temporale dell'intervento impeditivo doveroso: se l'altrui condotta non costituisce il contenuto dell'obbligo di impedimento, il garante può attivarsi anche in un momento successivo alla condotta stessa, purché sia antecedente rispetto al verificarsi dell'evento dannoso o pericoloso. In caso contrario l'obbligo di impedimento "arretra" al momento in cui sorge il pericolo che la condotta altrui venga attuata o, se iniziata, portata a compimento. Concorda sulla rilevanza assunta dal potere giuridico di comando anche T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., p. 116. La distinzione in questione viene da taluno proposta sul piano della corretta ricostruzione della regola cautelare che si assume violata, al fine di verificare, per l'appunto, se la stessa fosse specificamente rivolta alla prevenzione di condotte (dolose o colpose) di terzi: G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, pp. 148-149 e F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., pp. 148 e ss.. In realtà, se si discute di una possibile responsabilità per omesso impedimento di reato altrui, pare più corretto affrontare la questione sul piano (preliminare) dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, anziché su quello (logicamente e giuridicamente successivo) del contenuto della regola cautelare.

[48] G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit., pp. 193 e ss. riconduce l'impedimento dell'agire illecito di un terzo al paradigma della posizione di controllo, limitando però la categoria in questione mediante l'introduzione di due condizioni "sostanziali": il terzo deve essere carente dei requisiti necessari a governare in modo responsabile il proprio comportamento e, proprio a causa di questa inferiorità, deve essere sottoposto al potere di controllo e di vigilanza di un garante. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., p. 294 e *Art. 110*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*,

una classificazione degli obblighi di impedimento, utile peraltro più a fini descrittivo-classificatori, può anche condividersi la distinzione tra:

- gli obblighi di protezione di determinati beni contro nei confronti di tutte le fonti di pericolo, i quali presupporrebbero un particolare legame tra garante e titolare del bene (rientrano in questa categoria, per esempio, gli obblighi previsti dal diritto di famiglia);
- gli obblighi di controllo di determinate fonti di pericolo per proteggere tutti i beni ad essa esposti, caratterizzati dalla circostanza per cui le fonti in questioni sarebbero soggette al potere di signoria del garante, con conseguente impossibilità per i soggetti minacciati di proteggersi autonomamente (si pensi agli obblighi di cui sono titolari i proprietari di cose o animali pericolosi);
- gli obblighi di impedimento di reati di soggetti sottoposti ai poteri giuridici impeditivi del garante, che risponde di concorso per omissione nel reato non impedito[49].

A ben vedere un'autonoma trattazione degli obblighi di impedimento di reati mantiene una propria utilità proprio in quanto evidenzia con chiarezza lo stretto collegamento esistente con la tematica del concorso di persone nel reato, che vale a contraddistinguerli rispetto alle altre tipologie di obblighi di impedimento. A parte ciò, ogni ulteriore "arricchimento di tipo sostanziale" che pretendesse di assumere portata generale rischierebbe di rivelarsi fuorviante potendo, al più, fornire indicazioni per ricostruire la *ratio* del singolo obbligo di impedimento.

---

cit., p. 178 preferisce mantenere distinte le due tipologie di obbligo di impedimento, ma sulla base della poco convincente argomentazione per cui mentre nelle posizioni di controllo il garante è investito di una posizione giuridica che consente l'esercizio di un *potere di fatto* sulla fonte di pericolo, nelle posizioni di garanzia dirette all'impedimento di reati altrui il garante sarebbe piuttosto titolare di un *potere giuridico*, il cui esercizio è suscettibile di evitare il compimento di taluni reati o, comunque, di neutralizzarli. La distinzione perde tuttavia ragion d'essere se si ritiene che la dialettica tra potere giuridico e potere di fatto e, in particolare, la priorità logico-giuridica del primo rispetto al secondo, costituisca una costante per l'esatta ricostruzione di ogni obbligo di impedimento rilevante *ex* art. 40, secondo comma c.p.: *supra*, Cap. II, §§ 2.1. e 2.2.; analoghe considerazioni in I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., p. 126). Anche L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., pp. 1365-1366 concorda sulla necessità di collocare le posizioni garanzia dirette all'impedimento di reati entro un *tertium genus*, distinto rispetto alle due categoria tradizionali: ciò in quanto la previsione di un obbligo di attivarsi per impedire fatti illeciti altrui può trovare il suo fondamento sostanziale tanto nell'esigenza di vigilare e contenere la potenziale pericolosità di taluni soggetti (come avviene nelle posizioni di controllo) quanto nella necessità di far fronte alla particolare vulnerabilità di determinati beni (come nelle posizioni di protezione). Non si comprende tuttavia, nella impostazione rapidamente riassunta, la ragione per cui si ritenga di dover individuare un *tertium genus* anziché ricondurre l'obbligo di impedire un reato ora alle posizioni di controllo ora a quelle di protezione, a seconda del "fondamento sostanziale" che di volta in volta si ritenga prevalente. F. GIUNTA, *La posizione di garanzia*, cit., 624 ritiene che l'individuazione di una terza categoria in cui inserire l'obbligo di impedire la commissione di reati da parte di terzi contribuisca senz'altro a meglio impostare la tematica della compartecipazione mediante omissione, anche se è difficile negare che la tipologia di posizione di garanzia in questione si inserisca pur sempre nell'ambito delle posizioni di controllo.

[49] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 168 e ss..

Ciò che rileva, dunque, è unicamente l'esatta ricostruzione del potere-dovere giuridico di impedimento, sulla base delle indicazioni fornite dall'ordinamento. In particolare, come già anticipato, sarà necessario verificare se il soggetto sia titolare di un potere-dovere di interferire nella sfera giuridica altrui e di impedire la commissione di reati.

Il medesimo ordine di considerazioni sembra del resto sotteso alla distinzione tra:

- obbligo di garanzia, consistente nell'obbligo di impedire l'evento da parte del soggetto dotato dei necessari poteri giuridici;
- obbligo di sorveglianza, gravante su specifiche categorie di soggetti che sono privi di poteri giuridici impeditivi e consiste nell'obbligo di vigilare sull'altrui attività per poi informare il titolare o il garante del bene (emblematica in proposito la posizione dei sindaci nelle società commerciali): non essendo riconducibile allo schema generale dell'art. 40, secondo comma c.p., l'omessa vigilanza può essere punita solo in quanto espressamente prevista da apposite fattispecie di parte speciale;
- mero obbligo di attivarsi, in cui manca il fondamentale requisito della preesistenza dell'obbligo (comune tanto all'obbligo di garanzia quanto a quello di sorveglianza) e dal quale può dunque derivare solo una responsabilità per reato omissivo proprio espressamente previsto dalla legge[50].

La responsabilità di cui qui si discute, in definitiva, è solo quella del soggetto che sia dotato del potere di impedire l'evento, che ben può essere rappresentato dal reato commesso da altri. Solo in queste ipotesi ha un senso affrontare la questione dei rapporti tra l'art. 40, secondo comma c.p. e l'art. 110 c.p. e, dunque, della responsabilità a titolo di concorso di persone nel reato non impedito.

La risposta al quesito, a ben vedere, deriva già da un lineare sviluppo dei presupposti dai quali si è ritenuto di muovere. Se, infatti, l'art. 40 cpv. c.p. può trovare applicazione anche quando l'evento da impedire consista nel reato commesso da altri (senza quelle limitazioni strutturali che circoscrivono nei reati monosoggettivi l'operatività della clausola di equivalenza), la rilevanza penale della condotta di omesso impedimento deriva già dallo stesso art. 40 c.p., senza la necessità di invocare anche la funzione incriminatrice delle disposizioni sul concorso di persone nel reato. Ciò non toglie, tuttavia, che l'art. 110 c.p. o l'art. 113 c.p. possano svolgere una funzione di disciplina[51]: ed è evidente che l'elemento che vale a

[50] La distinzione in questione, già presente in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 156-159, è stata poi ampiamente sviluppata da I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., *passim*.

[51] Pervengono a queste conclusioni, sebbene seguendo differenti linee ricostruttive e dunque con esiti parzialmente differenti, L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui*, cit., p. 1378 e L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, cit., pp. 1283-1284. T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., p. 122-123 avverte che la soluzione concorsuale è meno certa di quel che appare

"circostanziare" la condotta omissiva già tipica andrà ricercato sul piano dell'elemento soggettivo del reato. Ciò, per quel che qui interessa, significa individuare i presupposti ed i limiti di operatività della cooperazione colposa *ex* art. 113 c.p..

Prima di proseguire l'indagine nella direzione appena indicata è necessaria però una precisazione. Nelle considerazioni che precedono il modello di riferimento privilegiato è costituito dall'omesso impedimento di un reato commissivo altrui. *Quid iuris* se la condotta illecita non impedita assume i contorni di un'omissione?[52]. La questione, almeno *prima facie*, non sembrerebbe presentare peculiarità di rilievo: se in capo al soggetto viene riconosciuto un obbligo di impedire la commissione di un reato, dovrebbe risultare indifferente che la condotta oggetto dell'obbligo di impedimento sia costituita da un'omissione o da un'azione in senso stretto. Tuttavia, impedire un reato "commesso mediante omissione" significa consentire l'attivazione di quel decorso causale salvifico in grado di evitare il verificarsi dell'evento. Si tratta quindi di chiarire se l'obbligo di impedimento dell'altrui reato omissivo possa assumere il solo contenuto di "favorire" l'attivazione di un soggetto terzo o se, almeno a certe condizioni, esso imponga di sostituirsi al soggetto obbligato, tenendo in sua vece la condotta doverosa. Il quesito assume particolare rilevanza quando si tratti di definire i contorni della responsabilità per omesso controllo di un soggetto che, come nel caso del direttore di stampa periodica, sia posto al vertice di un'organizzazione di tipo piramidale[53].

Un'ultima notazione è necessaria per ciò che attiene alla riconducibilità delle ipotesi qui prese in considerazione alla più generale categoria dell'**agevolazione colposa**; questione che, ancora una volta, si è posta anche in riferimento alla fattispecie-tipo della responsabilità del direttore di stampa periodica.

Il concetto stesso di "agevolazione", in effetti, rimanda ad ipotesi nelle quali la condotta colposa del soggetto assume rilevanza in quanto riferita ad un fatto illecito altrui: «l'elemento che distingue la pura e semplice realizzazione colposa di un certo reato dalle ipotesi di agevolazione è dato dal fatto che, in queste ultime, la

---

e che, in linea di principio, è preferibile ritenere che «*garante e terzo contribuiscono alla produzione dello stesso evento, ma non concorrono nel medesimo reato*» (corsivo originale). Sulla fondamentale distinzione tra "funzione incriminatrice" e "funzione di disciplina" delle disposizione sul concorso di persone nel reato si rinvia a M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, cit., pp. 135 e ss. e spec. p. 148: «Una doppia funzione è, dunque, esercitata dalle disposizioni sul concorso. Se da un lato, esse consentono la qualificazione di comportamenti che, altrimenti, risulterebbero penalmente irrilevanti, dall'altro circostanziano comportamenti che sarebbero, in ogni caso, reato».

[52] La questione, evidentemente va tenuta distinta dalla partecipazione attiva al reato omissivo altrui: si pensi al caso di Tizio che istighi Caia a lasciar morire di fame il proprio bambino. In questo caso, poiché Tizio non è titolare di alcun obbligo giuridico di impedimento nei confronti del bambino, la sua condotta "atipica" può acquistare rilevanza penale solo per il tramite dell'art. 110 c.p.. Sul punto L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione*, cit., p. 1299.

[53] V. quindi *infra*, § 5.

colpa del soggetto attivo permette la realizzazione delittuosa di un altro soggetto»[54]. Se, inoltre, le fattispecie di agevolazione colposa previste nominativamente dall'ordinamento sono tutte riconducibili allo schema del reato proprio[55], analoghe considerazioni potrebbero valere proprio quando si discuta dell'omesso impedimento di un reato da parte di chi aveva l'obbligo giuridico di impedirlo.

Nel tentativo di individuare l'esatto significato del concetto di "agevolazione", si è precisato che il comportamento di un soggetto può "influenzare" quello di un altro essenzialmente in due modi: o agendo direttamente sull'altrui psiche e inducendo il soggetto ad operare in un certo modo[56]; oppure creando una situazione di fatto che renda possibile o più agevole la commissione di un reato da parte di terzi. Proprio a quest'ultima situazione sarebbero riconducibili i casi di agevolazione[57]. In effetti la precisazione in questione si rivela perfettamente in grado di descrivere anche la responsabilità per mancato impedimento colposo di un reato altrui: potrebbe cioè ritenersi che l'omesso controllo del soggetto obbligato abbia creato, o quanto meno favorito, sul piano fattuale le condizioni che hanno consentito la commissione di un reato.

Al di là della scelta terminologico-descrittiva di ricorrere alla categoria generale dell'agevolazione colposa che, in quanto tale, potrebbe senza dubbio condividersi, la peculiarità del concetto di agevolazione risiede evidentemente altrove: si tratta, in particolare, di verificare sulla base di quali criteri possa essere affermata la rilevanza causale della condotta "agevolante". A chi ritiene che, come del resto confermato dalle fattispecie di agevolazione "nominate", "agevolare" sia qualcosa di distinto da "rendere possibile" e che, dunque, le condotte di agevolazione siano condotte non condizionali[58], potrebbe replicarsi che «agevolare non può intendersi *sic et simpliciter* come facilitare, perché tale equazione comporterebbe una conclusione aberrante: si chiamerebbe qualcuno a rispondere del fatto altrui»[59].

Non è evidentemente questa la sede per tentare anche solo una ricostruzione della problematica relativa alla soglia minima di rilevanza penale del contributo del concorrente nell'ambito della fattispecie plurisoggettiva eventuale che, a prescindere dalla integrale riconducibilità delle ipotesi in commento al concorso di persone nel

---

[54] F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., p. 8. Per un inquadramento del concetto di "agevolazione", specie come categoria generale nel concorso di persone nel reato, anche L. STORTONI, *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, Cedam, 1981.

[55] F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., p. 15 e ss..

[56] Sulla tematica della c.d. causalità psichica può rinviarsi alla recente indagine di L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, Giappichelli, 2007, *passim*.

[57] F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., pp. 21 e ss..

[58] F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., pp. 30-34, il quale perviene alla seguente conclusione (p. 55): «*ricorrono ipotesi di semplice agevolazione per quelle condotte che, insufficienti da sole a determinare un certo risultato criminoso, contribuiscono alla sua produzione influenzando favorevolmente la condotta illecita di un altro soggetto che avrebbe, in ogni caso, realizzato anche dal solo un risultato giuridicamente analogo*» (corsivo originale).

[59] M. SPASARI, voce *Agevolazione colposa*, in *Enc. dir.*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 895.

reato, potrebbe indubbiamente fornire spunti interessanti nella materia *de qua*[60]. Si può tuttavia osservare che recuperare una nozione "forte" di causalità nelle ipotesi di omesso impedimento di reati altrui, potrebbe valere a contenere la tendenza espansiva delle fattispecie in questione, meglio e in maniera più convincente di quanto si ottiene per mezzo di pretese letture restrittive dell'art. 40, secondo comma c.p.. In particolare, mediante una valorizzazione della "possibilità di agire utilmente" anche i casi di omesso impedimento colposo di un reato altrui verrebbe ricondotta entro i più "rassicuranti" confini della dominabilità: la responsabilità penale dell'omittente sarà fondata non solo sul (sia pur fondamentale) requisito "formale" del potere-dovere giuridico di intervento, ma verrà completata dalla verifica "sostanziale" circa la capacità del comportamento alternativo omesso di evitare l'evento dannoso.

In altri termini: lo schema "tradizionale" dell'accertamento causale costituisce un imprescindibile punto di riferimento in tema di causalità omissiva e non sembra che le conclusioni debbano mutare quando l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire consista nel fatto illecito altrui. L'omesso controllo darà dunque rilevante solo se il comportamento doveroso omesso avrebbe impedito, al di là di ogni ragionevole dubbio, la commissione del reato.

4. Presupposti e limiti della cooperazione nel delitto colposo.

La cooperazione nel delitto colposo è stata a lungo costretta entro la scomoda etichetta di "forma impropria di concorso di persone nel reato"[61], alla quale anche il legislatore sembrerebbe aver dato credito attraverso l'impiego, nell'art. 113 c.p., di una terminologia diversa rispetto a quella dell'art. 110 c.p., evitando, in particolare di utilizzare il termine "concorso"[62].

---

[60] Si rinvia pertanto a G. GRASSO, *Art. 113*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., pp. 159 e ss..

[61] Per tutti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 582: «Nessuna difficoltà vi è a dare il nome di "concorso" alla circoscritta cooperazione che può verificarsi in questa specie di reato, ma deve risultare ben chiaro che si tratta di un concorso sui generis, o meglio di un concorso improprio».

[62] Per tutti P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 7 e ss., la quale, senza dare per scontato che il problema sia solo nominalistico, ma senza neppure accettare soluzioni che si basino sul mero dato terminologico, evidenza l'equivocità del termine "cooperazione", sotto il profilo tanto semantico quanto normativo: sarebbe sufficiente rilevare in proposito come l'espressione "cooperazione nel reato" compare anche nell'art. 112 n. 2 c.p., che prevede una circostanza aggravante applicabile alle sole fattispecie di concorso doloso. Ulteriori conferme derivano del resto dai Lavori preparatori, nei quali il concetto di "cooperazione" viene impiegato per riassumere l'intero fenomeno concorsuale: «l'elemento caratteristico, comune per tutte le ipotesi di concorso e che distingue tale istituto da quello del concorso di cause indipendenti nella produzione dell'evento sta nel legame che unisce le varie attività ciascuna delle quali sa di portare un contributo all'altra. Il progetto indica questo legame con la parola cooperazione»: *Lavori Preparatori*, cit., Vol. V, Relazione del Guardasigilli sul Libro I del progetto definitivo, p. 170.

Senza contare che, come già precisato, il concorso di persone nel reato è stato tradizionalmente modellato attorno alla partecipazione dolosa[63], peraltro comprensiva per lungo tempo del requisito del previo concerto.

Nel caso che qui si sta esaminando, relativo cioè al mancato impedimento di un reato commesso da altri, l'art. 113 c.p. potrebbe venire in considerazione non in funzione incriminatrice, ma piuttosto in funzione di disciplina: come già precisato, infatti, la condotta di chi ha il potere-dovere giuridico di impedire la commissione di un reato da parte di terzi è già tipica ai sensi dell'art. 40, secondo comma c.p.. Si è anche anticipato che l'elemento che vale a "circostanziare" due condotte già di per sé tipiche, rendendo applicabile la disciplina prevista in tema di cooperazione colposa, va individuato sul piano dell'elemento soggettivo.

La questione è stata tradizionalmente affrontata in sede di distinzione del concorso colposo propriamente detto dal concorso di cause indipendenti: solo nel primo caso sussisterebbe un legame "psichico" tra i concorrenti che, aggiungendosi ad un mero vincolo di tipo materiale, varrebbe a caratterizzare la vera e propria partecipazione al delitto colposo[64]. Così, per restare agli esempi più ricorrenti, il caso di Tizio che incita Caio a tenere una condotta di guida imprudente è assai differente da quello in cui Tizio a Caio cagionino un incidente stradale, ciascuno con la propria autovettura e "all'insaputa" l'uno dell'altro.

In primo luogo, va precisato che la considerazione per cui la fattispecie plurisoggettiva eventuale è dotata di una propria tipicità, autonoma rispetto a quella della corrispondente fattispecie monosoggettiva, tanto sul piano dell'elemento oggettivo quanto su quello dell'elemento soggettivo, va confermata anche in riferimento alla fattispecie plurisoggettiva eventuale colposa.

In secondo luogo, proprio per non restare imbrigliati entro la connotazione psicologica del dolo, è necessario valorizzare anche in sede di concorso di persone le caratteristiche proprie della colpa[65]. In particolare, come già più volte precisato, la colpa penale è fondata su "stati soggettivi" di tipo ipotetico-normativo, che, sebbene muovano necessariamente da ciò che è stato (mancata realizzazione del modello astratto di comportamento) volgono poi lo sguardo a ciò che poteva-doveva essere.

---

[63] «L'errore fondamentale in cui sono caduti tutti coloro che hanno negato la possibilità di una partecipazione colposa, è quello di avere sempre identificato l'elemento soggettivo del concorso con il dolo»: G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1930, II, p. 674.

[64] Nella dottrina più risalente, tra gli altri, E. BATTAGLINI, *In tema di concorso di più persone nel reato colposo*, in *Giust. pen.*, 1931, I, cc. 93-96; C. SALTELLI – E. ROMANO DE FALCO, *Commentario teorico-pratico del nuovo codice penale*, Roma, 1930, IX, Vol. I, p. 585; E. MASSARI, *Le dottrine generali del reato*, p. 195.

[65] Cfr. F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 70, il quale rileva come il progressivo distaccarsi della colpa da momenti psicologici a favore di una decisa valorizzazione della sua componente normativa sembrerebbe essersi arrestata al reato colposo monosogettivo; in quello plurisoggettivo, per contro, è rimasta sostanzialmente intoccata la concezione psicologica della colpa. Anche G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 1980, p. 66.

Sembrerebbe che l'impostazione che meglio riesca a rendere la struttura normativa della colpa, anche nell'ambito della cooperazione colposa, è quella che ravvisa il collegamento soggettivo minimo per l'applicazione dell'art. 113 c.p. nella mera rappresentabilità dell'altrui condotta negligente[66]. Più esattamente, l'atteggiamento psicologico del partecipe potrà senza dubbio consistere nella effettiva rappresentazione della condotta del concorrente, pur senza volere l'evento: si pensi al caso di due automobilisti che si sfidino in una gara non autorizzata[67]. Ma anche la mera prevedibilità dell'altrui condotta può costituire il requisito soggettivo sufficiente a "circostanziare" comportamenti già tipici sul piano oggettivo, come avviene in tutte quelle condotte in cui, per definizione, manca un coefficiente psicologico reale (atti automatici, riflessi, dovuti a dimenticanza)[68] e che, più in generale, pare l'unico requisito in grado di valorizzare la struttura ipotetico-normativa della colpa anche in caso di esecuzione plurisoggettiva del reato[69].

Una precisazione pare necessaria. L'impostazione rapidamente riassunta muove dal presupposto per cui l'art. 113 c.p. può svolgere solo una funzione di disciplina quando a venire in considerazione sono fattispecie causalmente orientate, che in effetti costituiscono la maggior parte dei reati colposi previsti nel nostro ordinamento, nelle quali non è possibile discernere la condotta dell'autore da quella del semplice partecipe, in quanto la condotta tipica va individuata sulla base della sua rilevanza causale e della regola in concreto violata[70]. Al contrario, nei delitti

---

[66] P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., spec. pp. 111-113. In particolare, L'Autrice evidenzia la carenza di indicazioni normative univoche dalle quali ricavare che l'elemento psicologico richiesto sia sempre e solo la rappresentazione dell'altrui comportamento e che, per contro, una siffatta conclusione si rivelerebbe assai difficile da conciliare con quelle condotte colpose non contrassegnate da un reale coefficiente psicologico (atti automatici, riflessi o dovuti a semplice dimenticanza). A scopo esemplificativo – ricorrendo tuttavia a casi non pienamente convincenti – si fa notare come non sussistono differenze di rilievo tra il caso in cui il medico consegni all'infermiera un medicinale errato che questa in sua presenza inietterà e quello in cui lo stesso medico lasci per dimenticanza quel medicinale nel luogo in cui è prevedibile che l'infermiera si recherà per somministrarlo al paziente.

[67] Tra coloro che individuano il coefficiente soggettivo della cooperazione colposa nell'effettiva rappresentazione di concorrere con l'altrui condotta G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone nel delitto colposo*, cit., p. 677; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 582-583; A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, Vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, spec. p. 616; L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 163; P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 88. Questa è del resto l'impostazione alla quale sembra mantenersi fedele la giurisprudenza prevalente: Cass. pen., Sez. V, 11 gennaio 2008, n. 15872, *Guida dir.*, 2008, fasc. 21, p. 73; Cass. pen., Sez. V, 7 novembre 2007, (dep. 1 febbraio 2008), D'Ambrosio, in *CED Cass.*, Rv. 238741; Cass. pen., Sez. IV, 9 luglio 2004 (dep. 13 ottobre 2004), in *CED Cass.*, Rv. 229575; Cass. pen., Sez. IV, 30 marzo 2004 (dep. 22 novembre 2004), in *CED Cass.*, Rv. 230280.

[68] P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., pp.115-117.

[69] Cfr. G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 87, la quale ricava la sufficienza del requisito della mera rappresentabilità proprio dalle regole generali in materia di colpa.

[70] P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., spec. p. 63, specificando poi (p. 65) che nella fattispecie colposa causalmente orientata è tipico «il primo atto che, ponendosi come antecedente causale dell'evento, dia luogo ad una situazione di contrarietà rispetto ad uno dei

colposi a forma vincolata, ogni condotta che, pur contribuendo causalmente alla determinazione dell'offesa, non corrisponda alle "note interne" cui il legislatore ha attribuito rilievo, dovrebbe considerarsi "atipica" e potrebbe acquistare rilevanza penale solo per il tramite dell'art. 113 c.p.. In riferimento alla colpa, sempre se a venire in considerazione siano fattispecie a forma vincolata, sarebbe poi necessario poter muovere un rimprovero per violazione della regola cautelare direttamente al partecipe: è necessario cioè che la prevedibilità del comportamento tipico altrui, e quindi dell'evento finale, consenta di ricostruire una regola cautelare direttamente riferita al partecipe e da questi violata[71].

A ben vedere, queste ultime considerazioni sembrerebbero assumere, almeno in riferimento all'elemento soggettivo, una portata applicativa più ampia, che va al di là delle sole fattispecie a forma vincolata. La premessa da cui muovere è quella della funzione "oggettiva" della regola cautelare, che, come più volte precisato, contribuisce alla descrizione della condotta penalmente rilevante. È vero che nelle fattispecie a forma libera la descrizione della condotta tipica resta affidata alla sola regola cautelare, da determinarsi caso per caso, mentre in quelle a forma vincolata lo schema è arricchito per effetto di quelle "note interne" introdotte dal legislatore e che selezionano, già in via generale ed astratta, le sole condotte penalmente rilevanti. E può anche concordarsi sul fatto che nei reati causalmente orientati la tipicità della condotta "negligente" derivi *de plano* dalla fattispecie di parte speciale, senza che l'art. 113 c.p. debba intervenire in funzione incriminatrice[72].

---

criteri di qualificazione richiamati dal legislatore nella definizione della colpa e ricostruibili o delimitabili in concreto attraverso il parametro della prevedibilità ed evitabilità dell'evento».

[71] P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., spec. p. 125.

[72] In questo senso anche F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, cit., pp. 72-74; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 568; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 451. *Contra* L. RISICATO, *Il concorso colposo*, cit., p. 168, la quale discute il caso tradizionale di chi consegni le chiavi della propria automobile ad una persona che sa priva di patente e che cagiona un incidente: la norma cautelare rilevante all'interno della fattispecie sarebbe quella che impone il dovere di astensione a (e solo a) quanti non siano abilitati alla guida; con la conseguenza che la relativa violazione potrebbe dirsi "propria" del solo guidatore e che la responsabilità colposa del proprietario della vettura rileverebbe, eventualmente, solo per il tramite dell'art. 113 c.p.. A ben vedere, tuttavia, non pare si vada incontro ad insormontabili difficoltà se si ritiene che in capo al proprietario dell'auto sia individuabile un'apposita regola cautelare, la quale prescriva di non affidare il proprio veicolo a soggetti privi di patente perché è prevedibile che, vista la loro imperizia, gli stessi cagionino un incidente (cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 568-569 e G. GRASSO, *Art. 113*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., p. 223). Evidentemente si tratterà di fare applicazione dei principi generali in materia di colpa verificando, per esempio, che l'evento concretamente verificatosi rientrasse tra quelli che la regola cautelare mirava ad evitare. Sostiene una possibile funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. in riferimento alle fattispecie causalmente orientate anche G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 81, quando si tratta di attribuire rilevanza penale a condotte che «non si qualificano per il contrasto obiettivo con una regola cautelare *tesa ad impedire l'evento cagionato*» (corsivo originale): a titolo esemplificativo viene portato il caso dell'armatore che induce il comandante della nave a riprendere la navigazione, nonostante conosca lo stato precario delle caldaie della nave e le condizioni atmosferiche sfavorevoli. Valgono anche in questo caso le considerazioni esposte in precedenza.

Tuttavia, perché nei reati causalmente orientati si possa parlare di cooperazione colposa è anzitutto necessario che ciascun partecipe tenga una condotta inosservante[73], sebbene sia diversa la regola cautelare violata da ognuno[74]; in secondo luogo, sussisterà il coefficiente soggettivo minimo di cui si è fatto cenno in tutti i casi in cui almeno uno dei concorrenti possa rappresentarsi la condotta negligente dell'altro, così come descritta dalla regola cautelare che viene in considerazione nel caso concreto.

Da ciò emerge la corretta intuizione alla base di quelle impostazioni "rigorose" che hanno ravvisato il coefficiente soggettivo necessario per l'operatività dell'art. 113 c.p. nella consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta[75] – sebbene il riferimento vada inteso al solo "aspetto oggettivo" della colpa – costituito dalla violazione di una regola cautelare. In effetti, se la condotta altrui può assumere rilevanza penale solo in quanto contrastante con una regola cautelare, non sembra che questa precisazione possa rimanere estranea ad una corretta ricostruzione della fattispecie plurisoggettiva eventuale. Solo che, si ripete, l'effettiva consapevolezza del contributo colposo del terzo da cui, unitamente alla propria condotta, deriverà l'evento dannoso o pericoloso, non è sempre necessaria, ben potendo risultare sufficiente la mera prevedibilità dello stesso.

In senso contrario, si è obbiettato che l'oggetto del legame soggettivo rilevante in sede di cooperazione colposa non andrebbe individuato tanto nel carattere colposo dell'altrui condotta, quanto piuttosto nel sostrato di fatto che permette di qualificare come colposa la condotta del concorrente[76]. Del resto, si fa rilevare, se il partecipe si rendesse conto che dall'altrui condotta possono derivare eventi vietati dall'ordinamento e fosse consapevole di cooperare con essa, si rappresenterebbe sempre la possibilità di realizzazione dell'evento e, dunque, verserebbe sempre in una condizione soggettiva di dolo eventuale[77]. A ben vedere, tuttavia, non si riesce a comprendere con esattezza in cosa il "sostrato di fatto" da cui deriva il carattere colposo dell'altrui condotta si differenzi dalla regola cautelare che con quella condotta si assume violata. Nei classici esempi di colui che istighi il

---

[73] G. GRASSO, *Art. 113*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., p. 217; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 521; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 568; P. ALDROVANDI, *Concorso nel diritto colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 57 e ss..

[74] F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 521-522 precisa condivisibilmente che può trattarsi di una inosservanza propria del concorrente (prestare l'auto a chi si sa privo di patente), di un'inosservanza comune ai concorrenti (accendere insieme un fuoco in un bosco arido) o di un concorso nell'inosservanza altrui (istigazione del compagno a guidare a velocità eccessiva) che, in quanto causata o agevolata dal concorrente, è direttamente riferibile anche a lui.

[75] In particolare M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 80, che richiede «almeno la coscienza di tenere una condotta imprudente (in senso lato) e di accedere all'altrui comportamento ugualmente caratterizzato».

[76] L. RISICATO, *Il concorso colposo*, cit., p. 163; P. ALDROVANDI, *Concorso nel delitto colposo*, cit., p. 92.

[77] P. ALDROVANDI, *Concorso nel delitto colposo*, cit., pp. 90 e ss..

compagno a tenere una condotta "imprudente" di guida o dei due campeggiatori che accendono il fuoco in un bosco in cui è "prevedibile" che possa svilupparsi un incendio, la premessa da cui di muove, esplicitamente o implicitamente, nell'individuazione del coefficiente soggettivo della cooperazione colposa è pur sempre quella della consapevolezza della violazione di una regola cautelare anche da parte del concorrente. E non sembra che le conclusioni debbano mutare nel caso in cui si ritenga sufficiente la mera rappresentabilità dell'altrui condotta inosservante.

Concludendo sul punto: il requisito soggettivo che rende applicabile l'art. 113 c.p. anche in presenza di condotte già tipiche in riferimento alla corrispondente fattispecie monosogettiva va individuato nella rappresentazione o nella rappresentabilità di una condotta altrui inosservante di quella regola cautelare da cui, nel caso concreto, è derivato il risultato vietato dall'ordinamento. Resta confermata in questo modo la tradizionale distinzione tra la cooperazione colposa propriamente detta e il mero concorso di cause colpose indipendenti, che consiste nel convergere causale di più condotte già tipiche se autonomamente considerate e nelle quali manca il collegamento soggettivo individuato nei termini suesposti[78].

Si consideri a questo punto il caso specifico del mancato impedimento di un reato altrui. In base alle considerazioni che precedono dovrebbe ravvisarsi un concorso colposo in tutti i casi in cui colui che ha l'obbligo giuridico di impedire l'evento si rappresenta o non si rappresenta, pur potendo farlo, che dal proprio negligente omesso intervento possa derivare la commissione di reati.

Il problema, semmai, sarà quello di verificare se la disciplina del concorso di persone possa trovare applicazione anche in presenza di un diverso atteggiamento psicologico dei concorrenti: si tratta, in altri termini, di verificare l'ammissibilità, all'interno del nostro ordinamento, di un concorso colposo nel reato doloso e dunque, in riferimento alla specifica tematica qui presa in considerazione, se risponda a titolo

[78] Tra le impostazioni che negano la distinzione tra la cooperazione colposa e il concorso di atuonome condotte colpose si ricorda C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, Priulla, 1952 che, muovendo da una ricostruzione del concorso di persone in base alla logica della accessorietà, ritiene che il concorso di cause *ex* art. 41, terzo comma c.p. e la cooperazione colposa non differiscano tanto per il diverso ambito di applicazione, quando nel modo di considerare il fenomeno. In particolare, la ragion d'essere del concorso di persone sarebbe evidente nel caso in cui una condotta, pur risultando rilevante sotto il profilo causale, non ha tuttavia natura esecutiva: la sua pericolosità, astratta ed indeterminata, diviene attuale e specifica solo incontrando la condotta pericolosa altrui. Più di recente L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., spec. pp. 175-185 e 540-541 muovendo da una critica delle opinioni che ravvisano nel collegamento psicologico il vero e proprio perno attorno a cui costruire la fattispecie plurisoggettiva eventuale, conclude per una rilevanza meramente descrittiva tra cooperazione colposa e concorrenza di condotte autonome indipendenti: nella prima la regola violata da un concorrente è diretta a controllare o a neutralizzare la condotta altrui (dimensione relazionale dell'art. 113 c.p.), come nel caso del capo-*équipe* che, a seguito di un'errata valutazione, ordina all'anestesista di risvegliare il paziente, il quale muore a seguito di un'emorragia; nella concorrenza di condotte colpose indipendenti, al contrario, le regole cautelari violate da ciascun soggetto sono autonome e ogni condotta è colposa a prescindere l'una dall'altra. Di conseguenza all'art. 113 c.p. andrebbero ricondotte anche le ipotesi di concorso di cause indipendenti, rispetto alle quali la disposizione in questione assolverebbe, evidentemente, solo ad una funzione di disciplina.

di concorso di persone colui che colposamente non impedisca la commissione di un altrui delitto doloso, pur avendo l'obbligo di farlo.

La risposta negativa al quesito sembrerebbe quella preferibile. Ciò, evidentemente, non certo in ragione di un reverenziale ossequio al dogma dell'unicità anche sotto il profilo soggettivo del reato commesso da più soggetti; né tanto meno sulla base di malintese applicazioni del c.d. principio di autoresponsabilità. Un ostacolo difficilmente superabile, in effetti, sembrerebbe derivare dalla stessa formulazione dell'art. 113 c.p.[79], che parla di «delitto colposo» in cui «l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone». Solo forzando la lettera della disposizione oltre i limiti imposti dall'interpretazione potrebbe ritenersi che la stessa sia applicabile anche quando il delitto colposo di cui fa menzione l'art. 113 c.p. sia configurabile in capo ad uno solo dei concorrenti.

Più complesso è il discorso relativo all'ammissibilità di un concorso doloso nel reato colposo. Una funzione di sbarramento svolta in questa direzione dall'art. 110 c.p., analogamente a quanto si è detto per l'art. 113 c.p., non sembrerebbe potersi ravvisare, vista la mancata (ma solo in apparenza) caratterizzazione soggettiva del "medesimo reato" e la non decisività di argomentazioni fondate unicamente sulla necessaria unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti[80]. Del resto esistono nel nostro ordinamento fattispecie che si pongono in evidente contrasto rispetto al

---

[79] Concordano sulla funzione di sbarramento svolta al riguardo dall'art. 113 c.p. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, cit., pp. 221-224; G. GRASSO, *Art. 113*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., p. 228; F. ANGIONI, *Il concorso colposo*, cit., p. 92; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 523, che ammette il concorso colposo solo rispetto alla contravvenzione dolosa; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 83; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 507; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 455. *Contra* G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, cit., p. 687; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., pp. 236 e ss.; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., pp. 208 e ss.; S. VINCIGUERRA, *Sulla partecipazione atipica*, cit., p. 312. In giurisprudenza hanno ammesso la configurabilità di un concorso colposo nel reato doloso Cass. pen., Sez. IV, 9 ottobre 2002, Capecchi, in *Giust. pen.*, II, 2003, p. 453; Cass. pen., Sez. IV, 20 maggio 1987 (dep. 10 agosto 1987), De Angelis, in *CED Cass.*, Rv. 176499; Cass. pen., Sez. IV, 4 novembre 1987 (dep. 23 gennaio 1988), Montori, in *CED Cass.*, Rv. 177472; di recente Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2007 (dep. 11 marzo 2008), Pozzi, cit., pp. 4623 e ss., che ha ritenuto sussistente la responsabilità per omicidio colposo, a titolo di concorso di persone, del medico psichiatra che aveva sospeso in maniera imprudente il trattamento farmacologico di un proprio paziente, il quale, a causa dello scompenso psichico che ne era derivato, aggrediva ed uccideva uno degli operatori sanitari che gli prestavano assistenza. La Corte fonda la propria conclusione, tra l'altro, sulla seguente argomentazione, per la verità assai poco condivisibile: se la disciplina del concorso di cause (art. 41, terzo comma c.p.) trova applicazione anche in presenza di una partecipazione colposa indipendente al reato doloso, *a fortiori* la medesima conclusione deve valere quando l'agente è consapevole (?) dell'altrui condotta dolosa.

[80] Per tutti P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 224, secondo la quale dal principio di unitarietà della responsabilità penale dei concorrenti si ricava unicamente che i partecipi debbano contribuire alla medesima offesa tipica, senza coinvolgere anche la punibilità, il titolo di reato e la forma dell'elemento psicologico. Per le indicazioni fornite al riguardo dal c.d. Progetto Pagliaro A. PAGLIARO, *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 19 e ss. e S. ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 51 e ss..

principio dell'unitarietà del titolo di responsabilità nel concorso di persone nel reato. Emblematico in proposito si rivela l'art. 48 c.p. che, secondo la ricostruzione più convincente, rappresenta un'ipotesi speciale di concorso di persone nel reato[81]: il richiamo contenuto nella disposizione in questione all'intero art. 47 c.p., consente di ipotizzare fattispecie in cui alla responsabilità a titolo di dolo del *decipiens* si affianca la responsabilità colposa del *deceptus*, non sufficientemente accorto nel valutare l'altrui inganno[82].

Infine, è stato detto, la soluzione in questione sembrerebbe imporsi anche per ragioni di coerenza sistematica: se infatti l'art. 111 c.p. punisce a titolo di concorso l'istigazione dolosa ad un fatto realizzato incolpevolmente, sarebbe quanto meno curioso escludere la riconducibilità ai principi in tema di concorso di persone nella più grave ipotesi in cui il fatto dell'istigato sia stato commesso con colpa[83].

Nessuna delle precedenti argomentazioni, a dire il vero, si rivela decisiva. Così, la circostanza per cui siano ravvisabili nel nostro ordinamento ipotesi "speciali" di concorso di persone nel reato che ammettono la realizzazione del medesimo "fatto oggettivo" con differenti titoli di responsabilità, serve solo a dimostrare che l'unitarietà del titolo stesso non è caratteristica "necessaria" del concorso di persone nel reato; ma lascia irrisolto il quesito di fondo: il concorso doloso nel fatto colposo altrui è ammissibile solo in ipotesi "speciali" di concorso che espressamente lo prevedano o, per contro, è già ricavabile dalla clausola "generale" contenuta nell'art. 110 c.p.? Peraltro, il dogma dell'unitarietà, lungi dal fondarsi solo su argomentazioni di tipo pregiuridico, riceve una significativa conferma testuale proprio nell'art. 110 c.p. che, riferendosi al medesimo "reato" anziché, per esempio, al medesimo "fatto", sembra rimandare ad un fattispecie astratta al completo dei suoi elementi costitutivi, tanto oggettivi quanto soggettivi[84].

Ragioni di coerenza sistematica sembrano tuttavia imporre l'opposta soluzione. Se, in effetti, si ritiene che l'art. 113 c.p. consenta di ricondurre al concorso di persone nel reato la condotta colposa di chi poteva prevedere la condotta inosservante del terzo, sarebbe assai difficile concludere che, per contro, il concorso vada escluso quando la condotta inosservante del terzo non solo sia stata prevista,

---

[81] T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., pp. 87 e ss..

[82] Ancora T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, cit., p. 103; in senso adesivo F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., pp. 199-200.

[83] Per l'ammissibilità del concorso doloso nel delitto colposo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, cit., pp. 191-192; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., pp. 229-236; G. GRASSO, *Art. 113*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., p. 227; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 517; S. ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo*, cit., p. 68; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., p. 455; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 543. *Contra*, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 506-507 i quali, tra l'altro, fanno notare che laddove il legislatore ha voluto prevedere la possibilità che più partecipi rispondano del medesimo reato ma a titolo diversi lo ha fatto in maniera esplicita, come avviene nell'art. 116 c.p..

[84] *Contra*, per tutti, R. A. FROSALI, *L'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato*, in *Arch. pen.*, 1947, p. 11, il quale ammette, in generale, «l'ipotesi della dolo in alcuno, della colpa in altri».

ma sia stata "strumentalizzata" in vista della realizzazione dell'evento vietato. Non si nega in ogni caso che una simile ricostruzione si rivela *de iure condito* assai incerta, rendendo auspicabile una chiara presa di posizione da parte del legislatore.

L'ultima questione che resta da risolvere è se, facendo menzione del solo "delitto" colposo, l'art. 113 c.p. impedisca di attribuire rilevanza al concorso colposo nelle contravvenzioni. Sotto questo aspetto, in effetti, il dato letterale non pare restituire indicazioni univoche. Così, se l'art. 113 c.p. venisse spiegato con la necessità di fornire una previsione espressa al concorso nel delitto colposo, conformemente alla previsione di cui all'art. 42, secondo comma c.p., potrebbe ritenersi che la mancata menzione delle contravvenzioni sia dovuta unicamente al fatto che il concorso colposo in queste ultime già risulta compreso nella clausola generale dell'art. 110 c.p.: l'apposita previsione della cooperazione nel delitto colposo, quindi, non avrebbe lo scopo di escludere le contravvenzioni, ma, piuttosto, di parificare ad esse i delitti[85].

Se, per contro, l'art. 113 c.p. venisse letto nell'ottica per cui *ubi lex voluit dixit*, dovrebbe concludersi che il mancato riferimento anche alle contravvenzioni impedisca di ammettere un concorso colposo in riferimento allo stesse; del resto, se si ritenesse che l'ipotesi in questione sia già riconducibile entro l'art. 110 c.p., allo stesso sarebbero applicabili anche quelle aggravanti (art. 112, nn. 1 e 2) che l'art. 113 c.p. esclude per la cooperazione nel delitto colposo[86].

Quest'ultima impostazione si rivela senza dubbio coerente con le ragioni che, sul piano storico, hanno determinato l'introduzione dell'art. 113 c.p.. Del resto, pur in mancanza di esplicite indicazioni di tipo "soggettivo" nell'art. 110 c.p., la sua contrapposizione con l'art. 113 c.p. dovrebbe far ritenere che esso sia stato pensato per disciplinare le sole ipotesi di concorso doloso, tanto nel reato doloso quanto in quello colposo. Appaiono tuttavia quanto meno curiose le conclusioni cui si perverrebbe con un simile modo di argomentare, anche perché le contravvenzioni non presentano certo peculiarità sistematiche tali da legittimare l'esclusione della disciplina sul concorso di persone; né potrebbero assumere rilevanza decisiva ragioni di politica criminale tese a recuperare esigenze di frammentarietà dell'intervento penale[87].

---

[85] Tra gli altri G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., p. 83; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 521; G. GRASSO, *Art. 113*, in M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico*, cit., p. 226; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. III, cit., p. 224. In giurisprudenza Cass. pen., Sez. I, 15 novembre 1994, Composto, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 1127.

[86] P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., spec. pp. 270-271; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 508-509; F. ANGIONI, *Il concorso colposo*, cit., pp. 88-89; L. RISICATO, *Il concorso colposo*, cit., p. 177.

[87] Così invece G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 509; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., p. 195; L. RISICATO, *Il concorso colposo*, cit., p. 177.

Per questo, in presenza di un dato normativo equivoco e in attesa di una riforma sul punto, sembra opportuno accogliere un lettura "estensiva" dell'art. 110 c.p., volta a ricomprendere anche il concorso colposo nelle contravvenzioni.

5. Il principio di affidamento e la "residuale" culpa in vigilando. *La responsabilità del soggetto posto in posizione apicale: l'attività medico-chirurgica.*

Si è già fatto riferimento all'esigenza, specie quando si discuta della responsabilità per omesso impedimento del reato altrui, di individuare precisi limiti alla sfera di competenza e, quindi, di responsabilità di ognuno, al fine di evitare che ciascun consociato venga considerato una sorta di "Grande fratello", che tutto può e deve vedere e che sia pronto ad intervenire per impedire la commissione di reati se solo abbia la materiale possibilità di farlo.

Sul versante della responsabilità colposa, si è tentato di fornire a queste considerazioni di carattere generale una più convincente veste giuridica, rappresentata dal c.d. principio di affidamento, che oramai trova esplicita menzione, più o meno consapevole, anche nelle pronunce giurisprudenziali[88]. Si è correttamente evidenziata la dimensione tipicamente "intersoggettiva" che caratterizza taluni obblighi di diligenza: può infatti accadere che uno stesso obbligo sia indirizzato ad una pluralità di destinatari, oppure che ciascun soggetto risulti titolare di un obbligo di diligenza diverso, in base al ruolo ricoperto nello svolgimento di certe attività. In queste ipotesi è necessario dunque stabilire se ed in che limiti il soggetto, già chiamato al rispetto di regole cautelari "sue proprie", debba anche rispondere del comportamento inosservante di soggetti terzi, con i quali venga a contatto[89]. Tramite il principio di affidamento, dunque, si mira a delimitare i rispettivi ambiti di competenza e di responsabilità nelle attività cui partecipa una pluralità di soggetti[90]: anche perché, del resto, imporre a ciascuno un capillare e costante obbligo di vigilare sull'operato altrui rischierebbe di paralizzare lo svolgimento dell'attività stessa. In altri termini, la valenza più significativa del principio di affidamento è quella di «(far) concentrare ciascuno sulla propria sfera di responsabilità, liberando correlativamente gli altri consociati, in quanto a tale sfera estranei, da ogni obbligo

---

[88] V. per esempio Pretura Bologna, 31 maggio 1996, Martinelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1043 e ss. con nota di M. MANTOVANI, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*; Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 1999 (dep. 18 giugno 1999), Cattaneo, in *CED Cass.*, Rv. 214248; Cass. pen., Sez. IV, 28 maggio 2008, n. 24360, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 31, p. 100; Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, in *Guida dir.*, 2008, fasc.17, p. 89; Cass. pen., Sez. IV, 26 maggio 2006 (dep. 22 settembre 2006), Capobianchi, cit., p. 560; Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2007 (dep. 11 marzo 2008), Pozzi, cit., p. 4633.

[89] M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 3-4.

[90] M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., p. 26.

di attivarsi collegato alla medesima ed agli eventi che da essa possono scaturire»[91]. Se si volesse individuare una regola di carattere generale potrebbe dirsi che «all'esistenza di un obbligo di diligenza in capo ad un determinato soggetto, corrisponde un'aspettativa, mettente capo all'ordinamento e, di riflesso necessario, a tutti coloro – compresi anche quanti sono riguardati da obblighi di diligenza *concorrenti* – che con il primo interagiscono, avente ad oggetto l'effettivo impiego della diligenza a lui prescritta»[92].

L'affermazione di un principio generale che consenta di ripartire competenze e responsabilità nell'ambito di attività cui partecipi una pluralità di soggetti va di pari passo con l'individuazione dei limiti entro cui il principio in questione può legittimamente operare: ciò al fine di garantire che l'ordinamento tuteli il solo affidamento "motivato e giustificato" e non anche quello "cieco", che finirebbe del resto per produrre un vero e proprio effetto "deresponsabilizzante".

Così, si ritiene comunemente che il principio di affidamento non possa essere invocato da colui che aveva l'obbligo di sorvegliare sull'operato altrui, prevenendo o correggendo eventuali negligenze, o, in ogni caso, colui che, sulla base di indizi concreti, sia in grado di riconoscere (e di evitare) l'altrui comportamento inosservante[93].

È evidente che l'effettiva portata di un principio possa essere misurata solo tenendo conto del numero e dell'ampiezza delle eccezioni che rispetto a quel principio vengano riconosciute: si tratta, in altri termini, di verificare se si tratti di eccezioni che non facciano altro che confermare la regola o, per contro, se producano il surrettizio effetto di mettere in discussione la validità del principio stesso.

Se in effetti dovesse ritenersi che accanto al principio di affidamento trovi spazio una tutt'altro che eccezionale responsabilità per *culpa in vigilando*, tale per cui il soggetto risponderà comunque dell'inosservanza altrui quando poteva-doveva prevederla, nella maggior parte dei casi si perverrebbe al sostanziale svuotamento del principio, la cui efficacia "liberatoria" resterebbe annullata sotto il peso di un troppo ampio obbligo di vigilanza sull'operato altrui. La questione, per intendersi, si pone in maniera sostanzialmente analoga a quella tradizionalmente affrontata in tema di trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa: il rischio di ridurre il trasferimento di funzioni a mero simulacro, malgrado il formale riconoscimento della sua legittimità, è ben visibile non solo in quelle impostazioni, specie giurisprudenziali, che sovraccaricano a tal punto il numero dei suoi presupposti fino a paralizzarne ogni possibile operatività; ma anche nel riconoscimento in capo al

---

[91] M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., p. 103.

[92] M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 153-154.

[93] M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, cit., pp. 155 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 343; P. S. DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., pp. 137 e ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 550; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 259; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., p. 490.

delegante di un obbligo di sorveglianza talmente capillare da ridurlo, nella sostanza, ad un mero duplicato dell'obbligo che si pretende trasferito[94].

Del resto, pare quasi superfluo ricordarlo, il riferimento, anche se nella gran parte dei casi non esplicito, alla *culpa in vigilando* si rivela significativamente evocativo dell'omonima categoria di derivazione civilistica, alla quale vengono tradizionalmente ricondotte vere e proprie forme di responsabilità per fatto altrui. Come è noto, infatti, espressioni quali *culpa in vigilando*, *culpa in eligendo* o, addirittura, *culpa in educando*[95], nascono unicamente dalla difficoltà di distaccarsi del tutto, almeno sotto il profilo linguistico-terminologico, dal tradizionale modello di responsabilità civile, fondato sul presupposto della risarcibilità dei soli danni provocati dal comportamento volontario di un soggetto e che trovava giustificazione, almeno in parte, nelle motivazioni di ordine morale riconnesse al concetto di colpa[96]. L'emergere di nuove ipotesi di accadimenti dannosi, che divengono conseguenze ordinarie all'agire umano e che, spesso, sono del tutto sottratte alla "volontà" del soggetto agente, hanno però reso necessaria l'elaborazione di nuovi schemi di "responsabilità senza colpa": il problema della responsabilità civile non consiste più nella scoperta del vero autore del fatto dannoso, ma nella fissazione di criteri, di tipo unicamente giuridico, in base ai quali assicurare una riparazione del danno[97]. «La transizione dal criterio etico a quello

---

[94] A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., p. 175 e ss., il quale conclude per la non configurabilità di un generale obbligo di sorveglianza in capo al dante incarico rilevante *ex* art. 40, secondo comma c.p.. Nella ricostruzione proposta dall'Autore assume rilievo centrale la distinzione tra "incarico di funzioni" ed "incarico di mera esecuzione" (pp. 45 e ss.): il primo consiste nel reale trasferimento di funzioni dal dante incarico all'incaricato e, dunque, produce i suoi effetti sul piano dell'elemento oggettivo del reato; con il secondo, per contro, il dante incarico non si libera della posizione penalmente rilevante, ma si serve di altri per la sua materiale esecuzione: il dante incarico resta quindi il solo obbligato e l'avvenuto incarico di esecuzione sarà valutabile solo in sede di colpevolezza. Di conseguenza, l'incarico di esecuzione incontra evidenti limiti di spersonalizzazione, visto che il dante incarico deve essere sempre nella condizione di poter esercitare un penetrante controllo sull'esecuzione stessa; se invece si ammette una ripartizione dei compiti talmente ampia da risultare strutturalmente incompatibile con un assiduo e capillare controllo da parte del dante incarico, deve anche ammettersi che la legge consenta qualcosa di diverso dal semplice incarico di esecuzione, consistente, per l'appunto, nel vero e proprio trasferimento dell'esercizio di determinate funzioni.

[95] V. per esempio, in riferimento all'art. 2048 c.c., Cass. civ., Sez. III, 28 marzo 2001, n. 4481, in *Giust. civ.*, 2001, I, pp. 1799 e ss.; Cass. civ., Sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20322, in *Rep. Foro it.*, 2005, *Responsabilità civile* [5760], n. 331; Cass. civ., Sez. III, 11 agosto 1197, n. 7459, in *Giust. civ.*, 1997, I, pp. 2390; Cass. civ., Sez. III, 20 gennaio 1997, n. 540, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Responsabilità civile* [5760], n. 145.

[96] A ciò si aggiunga che il concetto di colpa è tanto profondamente legato, nell'ideologia dei giuristi, alle ragioni stesse della civiltà liberale, che doveva sembrare pericoloso un riesame sistematico dello stesso, in quanto ogni temperamento di quel principio poteva apparire come una pericolosa concessione ai regimi totalitari del secolo scorso: S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 62.

[97] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 69.

giuridico è appunto espressa dalla formula "non si è responsabili, ma si è fatti responsabili»[98].

Se i principi e le esigenze del diritto civile consentono simili adeguamenti del concetto di responsabilità ai mutamenti della società, non altrettanto, evidentemente, potrà avvenire in tema di responsabilità penale. Al contrario, la "parabola della responsabilità penale", almeno per ciò che attiene al ruolo della colpa quale criterio di imputazione soggettivo, ha subito un andamento esattamente speculare rispetto alla "parabola della responsabilità civile": in effetti, sul versante del risarcimento del danno i cambiamenti socio-economici hanno favorito un progressivo affrancamento degli artt. 2049-2054 c.c. rispetto al modello generale tratteggiato dall'art. 2043 c.p.[99], con la conseguenza che il requisito della colpa subisce un forte ridimensionamento e viene «degradato da elemento costitutivo a variante, parificata ad altre, del modello risarcitorio sul versante della responsabilità penale»[100]; per contro, in ambito penalistico l'entrata in vigore della Costituzione ha comportato una sempre più decisa valorizzazione della colpa, addirittura come coefficiente soggettivo necessario a garantire il pieno rispetto del carattere personale della responsabilità penale, con la conseguenza per cui l'impatto della modernità avrebbe dovuto trovare un solido argine proprio in una più consapevole lettura del principio di personalità.

Tra le tematiche che sintetizzano in maniera (fin troppo) eloquente la dialettica, a volte tendente all'ossimoro, tra principio di affidamento e dovere di vigilare sull'operato altrui (come a dire: fidarsi è bene, non fidarsi è meglio) viene necessariamente in considerazione, anche per la copiosa giurisprudenza formatasi al riguardo, quella della responsabilità penale dei componenti di un'***équipe* medica**.

Nelle pronunce in argomento si trova ripetuto, quasi ossessivamente, il principio per cui nel caso di *équipes* chirurgiche e, più in generale, in caso di cooperazione di più soggetti nell'attività medico-chirurgica, ogni sanitario è tenuto al rispetto non solo delle regole di diligenza proprie della specifica mansione svolta, ma anche di quegli obblighi che derivano ad ognuno dal convergere di tutte le attività verso il fine comune ed unico: quindi ogni medico non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da un altro collega, anche se specialista in una disciplina diversa, e dal controllarne la correttezza, attivandosi per porre rimedio ad errore altrui che risultino evidenti per un professionista medio[101].

---

[98] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 70.

[99] F. D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 656.

[100] S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 599.

[101] Tra le altre Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2005 (dep. 18 maggio 2005), Miranda, Rv. 231535; Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2004 (dep. 26 maggio 2004), Sarteanesi, in *Giust. pen.*, 2005, fasc. 6, parte II, 332; Cass. Pen., Sez. IV, 11 ottobre 2007 (dep. 9 novembre 2007), Raso, in *CED Cass.*, Rv. 237891; Cass. Pen., Sez. IV, 12 luglio 2006 (dep. 6 ottobre 2006), Iaquinta, in *D&G*, 2006, fasc. 43, p. 74.

I principi in questione – si badi – sono stati applicati non solo quando si trattava di fondare la responsabilità del capo *équipe*, o, in ogni caso, di un sanitario posto rispetto agli altri in un rapporto di "superiorità gerarchica"[102], ma anche tra medici "di pari grado", sebbene con ruoli differenti; e in certi casi si è giunti addirittura a «capovolgere i termini del rapporto primo operatore-secondo operatore, attribuendo al secondo gli stessi oneri di responsabilità del primo e, addirittura, un compito di supervisione sull'operato dello stesso»[103]. Così, per esempio, si è ritenuto che l'assistente del chirurgo non è mero esecutore delle indicazioni ricevute dall'operatore, ma ha altresì l'obbligo di «seguire e sorvegliare ogni fase dell'operazione, non solo per collaborare con l'operatore nel migliore dei modi, ma anche per essere in grado, in ogni eventualità, di sostituirsi a lui e portarla al termine»[104]; che l'assistente ospedaliero possa andare esente da responsabilità solo se esprima al superiore gerarchico il proprio dissenso, quando ravvisi «elementi di sospetto»[105]; che il medico specializzando, assumendo direttamente una posizione di garanzia nei confronti del paziente[106], andrà ritenuto penalmente responsabile nel caso in cui non riconosca l'errore nella direttiva impartitagli dal primario, con lui in sala operatoria[107].

---

[102] Cfr. E. BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in «équipe»*, in *Foro. it*., 1983, II, c. 168, il quale attribuisce significativa rilevanza proprio alla "posizione gerarchica" assunta da ciascun componente all'interno dell'*équipe*, ritenendo che le tradizionali deroghe apportate al principio di affidamento verrebbero in considerazione per il (solo) chirurgo che assume la direzione dell'intervento. Valorizzano la posizione assunta da ciascuno all'interno dell'*équipe* anche G. MARINUCCI – G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in* équipe, in *Temi*, 1968, p. 221-222 (i quali, in particolare, ritengono non condivisibile l'affermazione per cui un obbligo di sorveglianza e di controllo dell'operato altrui sorgerebbe solo in via secondaria ed eventuale, trattandosi piuttosto di una circostanza che – per l'appunto – va valutata in relazione alla posizione assunta da ciascuno) e G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica in* équipe, in *Giur. mer*., 1997, fasc. 1 p. 226 e ss.. Sulla nuova disciplina delle figure dirigenziali ospedaliere introdotta con i decreti legislativi n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999, con la quale le figure del primario, dell'aiuto e dell'assistente sono state sostituite da quelle del dirigente di struttura semplice e del dirigente di struttura complessa Cass. pen., Sez. IV, 29 settembre 2005 (dep. 23 dicembre 2005), Sciortino, cit., pp. 143 e ss., con nota di G. IADECOLA, *La responsabilità medica dell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*. La pronuncia ha ritenuto che le modifiche in questione, pur avendo attenuato il vincolo gerarchico sussistente tra vertice e sottoposti, non abbiano mutato nella sostanza i presupposti di responsabilità del dirigente con funzione apicale, i cui compiti vengono così sintetizzati: a) potere-dovere di impartire preventivamente direttive di tipo tecnico-organizzativo per un efficiente svolgimento dell'attività sanitaria; b) potere di c.d. delega, nei casi in cui sia sufficiente esercitare poteri organizzativi di carattere generale; c) potere-dovere di verifica, vigilanza ed eventuale avocazione.

[103] A. L. VERGINE – F. BUZZI, *A proposito di una singolare ipotesi di colpa professionale*, in *Cass. pen*., 1983, p. 1547, nota a Rv. 154656, 1543.

[104] Cass. Pen., Sez. IV, 5 gennaio 1982, (dep. 15 luglio 1982), Fenza, in *Cass. pen*., 1983, p. 1544.

[105] Cass. Pen., Sez. IV, 28 giugno 1996 (dep. 22 luglio 1996), Cortellaro, in *Cass. pen*., 1997, p. 3034.

[106] Di recente Cass. pen., Sez. IV, 10 luglio 2008, n. 32424, in *Foro it*., fasc. 10, c. 477.

[107] Cass. Pen., Sez. IV, 20 gennaio 2004 (dep. 29 luglio 2004), Marandola, in *Cass. pen*., 2005, p. 2990.

Icastiche le recenti critiche di Carlo Nordio all'intransigente orientamento sul quale sembra attestata stabilmente la giurisprudenza di legittimità, mostrando gli esiti paradossali cui lo stesso potrebbe condurre: «Nel caso di condotta commissiva, ogni componente l'*équipe* garante della diligenza, prudenza e perizia dei colleghi, dovrebbe avere, come i tribuni romani, un diritto di veto, speculare, sotto il profilo etico e giuridico, alla responsabilità attribuitagli sulla vigilanza dei colleghi. Avremo dunque una sala operatoria a potere plurimo diffuso, dove ciascuno potrà singolarmente, e per l'intero, dire la sua. Salvo far risultare la *dissenting opinion* per iscritto, e nella speranza che il paziente muoia davvero. Ché, se dovesse malauguratamente guarire, tale dissenso suonerebbe come tentativo di minarne la salute, visto che si opponeva a un intervento giusto e ne suggeriva uno di sbagliato. Nel caso di responsabilità omissiva il paradosso diventa surrealismo. […] Come non si può eliminare mentalmente un comportamento non tenuto, così non si può impedire che una cosa non venga fatta. O meglio. Si può evitare l'omissione di un comportamento proprio, attivandosi. E si può evitare l'omissione di uno altrui, laddove esista un potere gerarchico di controllo e di surroga. Ma se questi poteri non esistono il principio enunciato dalla Cassazione ritorna ad essere un Assoluto Indifferenziato, in cui tutti dovrebbero controllare tutto e nessuno può controllare nessuno»[108].

In effetti il rapporto regola-eccezione che dovrebbe sussistere tra il principio di affidamento, cui pure la giurisprudenza si richiama spesso proprio nella materia *de qua*, e l'obbligo di vigilare l'operato altrui e, quindi, di impedire la commissione di reati, parrebbe invertito o, in certi casi, addirittura privato di qualsiasi consistenza.

È evidente che la premessa indispensabile per poter pervenire all'individuazione di principi generali di riferimento è senza dubbio quella di rifuggire, in sede di accertamento, da un acritico automatismo nel conformarsi a precedenti conformi, per quanto consolidati essi siano. La casistica ipotizzabile è talmente variegata che una valorizzazione delle peculiarità del caso concreto può, almeno in certi casi, assumere valore dirimente. Una cosa è, per esempio, il caso in cui il medico, indipendentemente dalla posizione rivestita all'interno dell'*équipe* o della struttura sanitaria, abbia effettiva percezione di un errore diagnostico o dell'incapacità psico-fisica del collega di condurre un'operazione e "lasci correre", magari confidando nelle capacità del medico di "rimediare" o sottovalutando colposamente la gravità della situazione; cosa assai diversa è, per contro, il caso in cui l'errore fosse solo riconoscibile. In quest'ultima ipotesi occorrerà anzitutto "individualizzare" il giudizio di prevedibilità e, quindi, valutare l'effettiva possibilità

[108] C. NORDIO, *Stretta pericolosa sull'*équipe *medica*, in *D&G*, 2006, fasc. 43, p. 74.

per il medico di riconoscere l'errore, tenendo conto delle sue capacità e delle sue materiali possibilità di intervento[109].

Ma soprattutto sembra indispensabile distinguere a seconda della "posizione gerarchica" occupata dal sanitario della cui responsabilità si discute. In particolare, il principio di affidamento, nei termini che si sono rapidamente riassunti in precedenza, può ritenersi operativo solo per coloro che si trovino ad occupare una posizione subordinata: essi possono legittimamente confidare nella circostanza per cui il "superiore gerarchico" adempia correttamente ai propri obblighi di diligenza e, soprattutto, impartisca loro direttive corrette[110]. La responsabilità del sottoposto, dunque, come si afferma comunemente, potrà residuare solo se le circostanze del caso rendevano "agevolmente" riconoscibile l'errore per l'agente concreto: a seconda dei casi il comportamento doveroso diligente potrà consistere o nell'intervento diretto o nella segnalazione di quanto riscontrato a chi ha il potere-dovere di intervenire. Si tratta in ogni caso di una responsabilità residuale ed eccezionale, i cui presupposti, si ripete, necessitano di accertamento rigoroso e che, nei casi in cui il soggetto non abbia avuto effettiva e diretta percezione dell'errore, non può e non deve essere motivata facendo riferimento ad un indeterminato obbligo di vigilanza anche sull'operato del superiore che, a tacer d'altro, renderebbe priva di senso la stessa ripartizione di competenze e l'inquadramento dei sanitari in una struttura di tipo gerarchico.

Al contrario, nel caso in cui si discuta della **responsabilità del soggetto posto in posizione apicale**, il rapporto affidamento-obbligo di vigilanza risulta effettivamente invertito: il "superiore" ha, di regola, l'obbligo di controllare l'operato degli altri membri dell'*équipe* o della struttura sanitaria o, meglio, di porsi nella condizione di poter intervenire tempestivamente nel caso in cui rilevi comportamenti negligenti[111]. Non sembra che considerazioni di questo tipo abbiano l'effetto di esprimere una «sistematica sfiducia nell'abilità e nella capacità degli altri partecipanti

---

[109] V. invece App. Bari, 26 gennaio 1981, Lilli, in *Foro it*., 1983, II, c. 173 che, nell'affermare la responsabilità di due medici per aver dimenticato una garza nel ventre della paziente, afferma che «non può revocarsi in dubbio che entrambi i detti sanitari avevano l'obbligo morale e giuridico di essere sommamente accorti e diligenti in detto frangente, in quanto doveva essere presente e chiaro nella loro mente non solo la prevedibilità, ma anche la possibilità di un simile smarrimento o dimenticanza di un corpo estraneo, specie in esito ad un'operazione complessa, nel corso della quale si erano avvicendati parecchi operatori».

[110] G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica*, cit., p. 226 rileva correttamente come non sia certo riconoscibile in capo ai componenti dell'*équipe* una sorta di generale diritto di critica e di resistenza rispetto alle direttive loro impartite dal capo *équipe*, anche perché il ruolo di quest'ultimo rischierebbe di risultare assai poco funzionale alla stessa tutela del paziente se non si assicurasse una tempestiva esecuzione dell'ordine ricevuto.

[111] Cfr. A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Priulla, Palermo, 1955, pp. 154 e ss., il quale riteneva che, di regola, il capo *équipe* fosse titolare di un obbligo di controllo sull'operato altrui e che questo principio ammettesse delle deroghe nei soli casi in cui il responsabile del gruppo avesse avuto ragionevoli motivi per fare affidamento sull'operato del proprio collaboratore.

all'attività»[112]; esse sembrano, piuttosto, necessariamente conseguenti alla collocazione di un determinato soggetto in posizione di vertice nell'ambito di una struttura gerarchicamente organizzata. Con ciò, evidentemente, non si intende certo avallare quegli orientamenti che, più o meno surrettiziamente, arrivano a configurare in capo al vertice un'autentica responsabilità di posizione, rendendolo responsabile, "per ciò solo", dei reati commessi da soggetti che si trovino rispetto a lui in posizione subordinata. Nondimeno la posizione di vertice ha un senso solo si ritiene che alla stessa siano "naturalmente" correlati poteri di indirizzo e di controllo sull'operato altrui[113].

In altri termini, pur volendo valorizzare la presenza di un effettivo potere-dovere giuridico di intervento, l'obbligo di impedimento dell'evento non è in grado, per i casi in cui il soggetto sia posto in posizione apicale, di esercitare un'apprezzabile funzione selettiva proprio perché, potrebbe dirsi, il potere-dovere giuridico di cui si discute, anche se si fa specifico riferimento all'obbligo di impedire la commissione di reati da parte di terzi, è *in re ipsa* se il soggetto occupa una posizione di vertice. Di più: queste sono le ipotesi in cui possono trovare fertile terreno applicativo anche i casi di omesso impedimento di un reato altrui commesso mediante omissione[114]. Non sarà in effetti immotivato ritenere che il vertice, in quanto tale, abbia poteri di "avocazione" che gli consentano di sostituirsi al sottoposto nel caso in cui quest'ultimo ometta l'intervento doveroso.

Le considerazioni in questione servono a rilevare la base su cui si fondano gli orientamenti rigoristici che, specie in giurisprudenza, al di là dei singoli percorsi argomentativi, arrivano alla pratica conclusione di ritenere penalmente responsabile, "per ciò solo", il soggetto posto in posizione apicale. Ciò non significa, evidentemente, che quelle conclusioni possano o debbano essere condivise.

Se, infatti, l'obbligo giuridico di impedire l'evento non riesce, in quanto tale, a distinguere tra soggetti ugualmente posti in posizione di vertice, la prospettiva muta in maniera significativa se solo si consideri che la descrizione della condotta penalmente rilevante è affidata anche alla congiunta operatività della regola cautelare. L'attività medico-chirurgica – ma analoghe considerazione valgono, per esempio, per l'attività d'impresa – rappresenta per antonomasia una di quelle attività intrinsecamente pericolose di cui, tuttavia, vista la loro utilità sociale, l'ordinamento non vieta lo svolgimento, limitandosi a richiedere che le stesse restino entro il perimetro del "rischio consentito", così come delineato dalle regole cautelari

---

[112] Così invece G. MARINUCCI – G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, cit., p. 291, proprio in riferimento critico all'opinione del Crespi.

[113] Cfr. G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica*, cit., p. 226: «un obbligo di controllo e di sorveglianza compete poi, *per definizione*, al soggetto che, per la particolare sua posizione giuridica di supremazia gerarchica, è chiamato proprio a dirigere e a coordinare le prestazione dei collaboratori» (corsivo aggiunto).

[114] V. *supra*, § 3.

di riferimento; regole che, beninteso, non potranno incidere sull'essenzialità stessa del comportamento, arrivando in definitiva a svuotare di significato la scelta dell'ordinamento di non vietare *tout court* lo svolgimento dell'attività pericolosa. L'individuazione in capo al vertice di un obbligo di controllo onnicomprensivo, in quanto continuo e capillare, condurrebbe proprio ad un simile effetto paralizzante, in misura direttamente proporzionale alla complessità dell'attività svolta.

Il comportamento diligente del vertice non andrà quindi modellato attorno ad un non meglio specificato obbligo di controllo sull'operato altrui che condurrebbe, in definitiva, a ritenere sussistente la sua responsabilità per il solo fatto che uno dei sottoposti abbia commesso un reato. Il comportamento diligente andrà piuttosto riferito ad una "corretta organizzazione" della struttura complessa e piramidale che il soggetto si trova a guidare e che si sostanzia in obblighi differenti a seconda della peculiarità dell'attività che di volta in volta viene in considerazione. Ovviamente essa comprenderà in ogni caso la corretta ripartizione dei compiti, tenendo conto delle capacità e delle competenze di ciascun collaboratore; il vertice dovrà poi impartire le direttive necessarie al diligente svolgimento dell'attività, rendendosi disponibile ad intervenire, qualora ne sia fatta richiesta, anche sostituendosi al soggetto competente qualora ciò si riveli necessario[115]; dovrà essere inoltre predisposto un sistema di controllo che, senza imporre una vigilanza personale ed ininterrotta, consenta nondimeno di monitorare l'attività dei collaboratori e, dunque, di intervenire in caso di necessità.

Se l'obbligo di "corretta organizzazione" è stato adempiuto, il soggetto in posizione apicale non potrà essere chiamato a rispondere del reato commesso da altri, in quanto ha adeguato il proprio comportamento alle regole cautelari di cui è destinatario in virtù della sua posizione di vertice; o, se si preferisce, può fare legittimo affidamento sul corretto adempimento dei propri collaboratori.

Il concetto di colpa "in organizzazione" o "di organizzazione", ma che forse sarebbe più corretto definire di colpa *per* l'organizzazione ha assunto rilevanza centrale nel dibattito penalistico specie a seguito del d.lgs. n. 231 del 2001, che ha introdotto nel nostro ordinamento una responsabilità "da reato" degli enti[116].

A ben vedere, tuttavia, si tratta di una categoria che si presta ad applicazioni più ampie e che, in particolare, sembra possa trovare utile applicazione anche quando si discuta della responsabilità penale di un soggetto persona fisica posta al

---

[115] V. per esempio il caso deciso da Cass. Pen., Sez. IV, 19 gennaio 1999 (dep. 25 febbraio 1999), Montagner, in *Cass. pen.*, 2000, p. 585.

[116] Sul tema specifico della colpa di (o "in" o "per") organizzazione a A. F. TRIPODI, *"Situazione organizzativa e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, pp. 483 e ss.; C. E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2006, fasc. 3, pp. 167 e ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 363 e ss.; D. PIVA, *Contributo all'analisi della responsabilità per la "organizzazione difettosa" nel diritto penale dell'impresa*, Roma, Aracne, 2007, *passim*.

vertice di una struttura piramidale. Con ciò, beninteso, non si intende certo affermare che la colpa per l'organizzazione costituisca una *species* "nuova" di colpa, che segue delle regole sue proprie rispetto a quelle generali. Si tratta solo di individuare uno schema concettuale che riesca nella delicata opera di mediazione tra due opposte esigenze: da un lato pare inevitabile prendere atto delle peculiarità connesse ad una posizione "di vertice" alla quale, per definizione, sono connessi poteri di indirizzo e di controllo sull'operato altrui; dall'altro, in conformità ai principi generali in materia di responsabilità penale, occorre evitare che il vertice risponda *per ciò solo* del reato commesso ai livelli inferiori della piramide, venendo a costituire un'autentica responsabilità di posizione. È evidente che la mediazione cui si è fatto cenno potrà dirsi realmente compiuta solo se e nella misura in cui si riesca a differenziare la colpa per l'organizzazione dalla mera *culpa in vigilando*, al fine di evitare che l'unico (e assai deludente) risultato che si riesca a conseguire sia quello di un formalistico scambio di etichette.

Una più decisa distinzione tra un troppo generico obbligo di controllo sull'operato altrui ed un meglio precisato obbligo di corretta organizzazione dell'attività svolta da altri sembra in grado di produrre utili risultati proprio con riferimento all'attività medica, dalla quale si è ritenuto di dover prendere le mosse. È evidente che la casistica di riferimento è così ampia che solo a stento si lascerebbe contenere entro schemi di carattere generale[117]. Si pensi tuttavia alle ipotesi in cui sia necessario valutare la responsabilità del dirigente sanitario posto in posizione apicale (*ex* primario)[118]: un obbligo di corretta organizzazione si presta certo ad assumere contorni meglio definiti rispetto ad uno slabbrato obbligo di vigilare l'operato altrui[119]. La stessa distinzione potrebbe apparire per contro meno netta qualora se ne sperimenti l'applicazione nella particolare casistica offerta dagli interventi chirurgici realizzati in *équipe*[120]: la peculiarità in questi casi risiede nel fatto che il capo *équipe*

---

[117] V. per esempio le esemplificazioni fornire da S. ALEO – A. CENTONZE – E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 267 e ss..

[118] Sul punto D. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile all'interno delle strutture complesse, con particolare considerazione per le struttura sanitarie*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2402 e ss., nota a Cass. pen., Sez. IV, 11 dicembre 2002, n. 4827; D. PIVA, *Contributo all'analisi della responsabilità per la "organizzazione difettosa"*, cit., pp. 155 e ss..

[119] Quali esempi di carenza organizzative, si pensi all'impiego di personale medico e paramedico insufficiente a coprire tutti i turni di servizio o dotato di un profilo professionale inidoneo alla tipologia di interventi effettuati in un certo reparto: da S. ALEO – A. CENTONZE – E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, cit., pp. 271-272. All'"organizzazione" anziché alla "vigilanza" fa del resto riferimento anche l'art. 15, comma sesto, del d.lgs. n. 229 del 1999, in cui si stabilisce che «Ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa sono attribuite, oltre a quelle derivanti dalle specifiche competenze professionali, funzioni di direzione e organizzazione della struttura, da attuarsi, nell'ambito degli indirizzi operativi e gestionali del dipartimento di appartenenza, anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa, e l'adozione delle relative decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio e per realizzare l'appropriatezza degli interventi con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, attuati nella struttura loro affidata».

[120] Cfr. C. E. PALIERO – C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., p. 168, i quali ritengono che il concetto di "colpa di organizzazione" non sia riferibile né alle ipotesi di interazione soggettiva a

assume anche materialmente la direzione dell'intervento, con la conseguente possibilità di esercitare direttamente il necessario controllo sui propri collaboratori. Anche in questa ipotesi, nondimeno, dal dato della "presenza materiale" di colui che assume la direzione dell'intervento non può derivare un immotivato allontanamento dai principi generali in materia di colpa: occorrerà pur sempre verificare se il capo *équipe*, nella situazione concreta, poteva prevedere ed evitare l'altrui comportamento negligente, scongiurando in questo modo ogni automatismo nell'accertamento della responsabilità del vertice. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'ipotesi in cui uno dei componenti dell'*équipe* esegua in maniera errata la pur corretta direttiva impartita dal capo che, impegnato nello svolgimento della mansioni sue proprie, non può rilevare tempestivamente l'errore e dunque intervenire per evitarne le conseguenze[121].

Non è un caso che la sostituzione del generico obbligo di controllo con un più realistico obbligo di corretta organizzazione si trovi affermato già nelle più consapevoli trattazioni in materia di reati commessi con il mezzo della stampa[122]; essa, assumendo il ruolo di autentica chiave di volta quando si voglia ricostruire la responsabilità per omesso impedimento di reati da parte di chi riveste una posizione apicale, rappresenta anche il necessario punto di riferimento nella ricostruzione, al di fuori di ogni tipo di eccesso, della rilevanza del c.d. trasferimento di funzioni, specie in riferimento all'attività d'impresa.

---

struttura semplice orizzontale, regolate dal principio di affidamento (in questa categoria gli Autori fanno rientrare anche le ipotesi di responsabilità medica di *équipe*, sebbene, come già rilevato, il sanitario che assume la direzione dell'intervento assume una posizione di vertice rispetto agli altri componenti dell'*équipe*); né alle ipotesi di interazione soggettiva a struttura complessa verticale, regolate invece dal principio della delega di funzioni e, quindi, dalle «"classiche" sotto-specie della *culpa in eligendo* e della *culpa in vigilando*».

[121] Sulla particolare casistica relativa all'allontanamento dalla sala operatoria, prima che l'intervento sia ultimato, per esempio, Cass. pen., Sez. IV, 3 marzo 1988 (dep. 25 marzo 1988), in *CED Cass.*, Rv. 177967; Cass. pen., Sez. IV, 6 aprile 2005 (dep. 16 giugno 2005), in *Cass. pen.* 2006, p. 2834.

[122] In particolare C. F. GROSSO, *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, cit., p. 135: «Come conciliare, dunque, la necessità di un controllo il più possibile efficace, ed in ogni caso operante nella cornice della colpa, con il principio stabilito dall'art. 57 c.p., secondo cui la responsabilità del controllo stesso farebbe capo al direttore? A superare l'*impasse* non c'è che una strada: negare che l'obbligo di cui si è fatto carico a quest'ultimo significhi necessariamente dovere di eseguire personalmente tutte le singole operazioni di controllo; e sostenere al contrario che ciò che conta è che il direttore precostituisca un meccanismo di vigilanza efficace, adeguato alle dimensioni del periodico, e tale da ridurre al minimo i rischi di pubblicazioni criminose».

5.1. La valorizzazione della c.d. colpa d'organizzazione nel diritto penale dell'impresa: il trasferimento di funzioni e la responsabilità da reato degli enti.

Non è questa la sede per una completa disamina delle problematiche relative all'individuazione dei presupposti ed alla precisazione degli effetti del c.d. trasferimento (o delega) di funzioni in materia penale[123].

Si può tuttavia rilevare come i termini del problema, almeno nelle loro linee generali, risultino coincidenti a quelli già esaminati in riferimento alla responsabilità del direttore di stampa periodica, da cui si è ritenuto di dover prendere le mosse, e che, in definitiva, caratterizzano ogni struttura complessa organizzata in forma gerarchica. Così, se da una parte si prende atto che la sempre maggiore complessità dell'attività d'impresa richiede necessariamente l'intervento coordinato di più soggetti[124], dall'altra non si può fare a meno di rilevare che «al vertice dell'impresa si

---

[123] Anche per citazioni bibliografiche ulteriori si rinvia a A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., *passim*; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, II ed., 1983, pp. 61 e ss.; T. PADOVANI, *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nel quadro della più recente giurisprudenza*, in *Leg. pen.*, 1981, pp. 414 e ss.; G. GRASSO, *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. pen.*, 1982, pp. 744 e ss.; C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, pp. 134 e ss.; D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.* 1982, IV, pp. 178 e ss.; A. PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, pp. 17 e ss., A. ALESSANDRI, voce *Impresa (Responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VI, Torino, Utet, 1992, pp. 209 e ss.; D. MINGHELLI, *Dimensioni dell'impresa ed efficacia della delega di funzioni*, in *Mass. giur. lav.*, 1985 pp. 851 e ss.; D. MINGHELLI, *Ancora in tema di delega di funzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, pp. 728 e ss.; E. PALOMBI, *La delega di funzioni*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Vol. I, *I principi generali*, Padova, Cedam, 1990, pp. 267 e ss.; T. VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni*, cit., *passim*; F. CENTONZE, *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 1096 e ss.; A. GULLO, *La delega di funzioni: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1508 e ss.; V. MONGILLO, *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, pp. 325 e ss.; M. SECCI, *La ripartizione della responsabilità penale per gli infortuni sul lavoro ed il problema della esigibilità del controllo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, pp. 1165; F. TRIPODI, *"Situazione organizzativa" e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, pp. 483 e ss.; C. TRUCCO, *Responsabilità penale nell'impresa: problemi di personalizzazione e di delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 763 e ss.; A. S. VALENZANO, *Appunti in tema di trasferimento di funzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, pp. 961 e ss.; E. VENAFRO, *L'istituto della delega alla luce della vigente normativa antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2005, pp. 3065 e ss.; P. VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pp. 493 e ss.; E. VILLANI, *Trasferimento di funzioni e «presunzione di delega»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, pp. 1005 e ss..

[124] Per tutti T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit., p. 63 e A. ALESSANDRI, voce *Impresa*, cit., p. 210: «sarebbe sterile e declamatorio – e dunque incongruo allo scopo di protezione – un ordinamento penale che non prendesse atto che le decisioni sullo svolgimento delle attività d'impresa sono fisiologicamente collocate a vari livelli: solo valorizzando, sotto il profilo penalistico, l'impegno ed il coinvolgimento di questi, la risposta punitiva può ambire ad essere calibrata rispetto all'effettiva condotta del singolo, misurandola sui modelli di comportamento attesi».

individua il centro dei poteri della struttura imprenditoriale e ciò basta a rendere indefettibile la responsabilità»[125]: «se l'imprenditore è il "capo dell'impresa" (art. 2086 c.c.), egli conserva in ogni caso il potere-dovere di controllare il corretto funzionamento dell'organizzazione aziendale»[126]. Di conseguenza, e per il tema che qui maggiormente interessa, «come titolare di un'attività organizzata l'imprenditore è tenuto ad assicurarne la legalità: non soltanto ad osservare personalmente la legge penale, ma anche a impedire che venga violata dai soggetti della cui cooperazione si avvale»[127].

Se dunque da parte di taluno si prospetta la creazione di una vera e propria efficacia liberatoria della delega, con contestuale creazione di una nuova "posizione di garanzia" in capo al delegato[128], è prevalente l'idea per cui una "delega" di funzioni, per quanto valida, non possa mai produrre l'effetto di trasferire l'obbligo originario dal delegante e al delegato: «il delegante si libera soltanto dall'obbligo di una presenza diretta. L'obbligo del garante primario cioè permane, ma muta di contenuto»[129], richiedendo, in definitiva, un'attività di coordinamento, di direzione e di controllo sull'attività del delegato[130]. Ovviamente il rischio sempre presente è, ancora una volta, quello di rifugiarsi entro gli schemi generici ed ambigui della *culpa in vigilando*, con la conseguenza per cui «una effettiva responsabilità per fatto altrui viene in realtà contrabbandata per fatto proprio attraverso il ricorso ad una colpa *in re ipsa*, che toglie ogni spazio alla ricerca sulla concreta esigibilità del comportamento di omesso controllo da parte del titolare dell'impresa»[131].

In realtà, se il problema viene impostato nei termini di una liberazione integrale o solo parziale della "delega", che conseguirebbe, rispettivamente, ad un vero e proprio trasferimento della posizione di garanzia o ad una mera trasformazione del suo contenuto, esso rischia di ingenerare degli equivoci. Muovendo dalla premessa per cui una ripartizione delle competenze ha senso solo nella misura in cui da essa consegua anche una ripartizione delle responsabilità e ricordando che l'individuazione della condotta penalmente rilevante, nei reati omissivi colposi, si ricava dalla doppia specificazione normativa affidata prima all'obbligo giuridico di impedire l'evento e poi alla regola cautelare, è evidente che l'imprenditore, in quanto vertice dell'organizzazione che dirige, sia titolare di un potere-dovere di indirizzo e di controllo anche sull'attività svolta dai sottoposti; ma è

---

[125] E. PALOMBI, *La delega di funzioni*, cit., p. 276.

[126] T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, cit. p. 71.

[127] C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, p. 131, il quale osserva anche (p. 132) che in ambito penalistico si può pretendere l'impedimento di un reato commesso da soggetti capaci ed autoresponsabili solo sulla base di un vero e proprio vincolo di subordinazione gerarchica.

[128] A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, cit., pp. 43 e ss..

[129] C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, p. 139.

[130] G. GRASSO, *Organizzazione aziendale*, cit., p. 752 e *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 439-440.

[131] E. PALOMBI, *La delega di funzioni*, cit., pp. 269-270.

altrettanto evidente che un generico obbligo di vigilanza e di controllo non sarebbe in grado di svolgere alcuna funzione di selezione e anzi condurrebbe alla sostanziale paralisi dell'attività d'impresa.

Il problema diviene quindi quello di individuare le regola cautelari che, a seguito di un valido trasferimento di funzioni, definiscono il modello astratto cui si pretende l'adeguamento da parte dell'imprenditore. In una prospettiva di questo tipo assume di nuovo rilevanza decisiva verificare se il soggetto posto in posizione apicale abbia o meno apprestato una corretta "organizzazione" dell'attività d'impresa le cui modalità[132], evidentemente, andranno adeguate alle caratteristiche del contesto produttivo che in volta viene in considerazione.

Il sistema introdotto dal d.lgs. n. 231 del 2001 ha favorito, come già rilevato, una sempre più decisa valorizzazione, nel dibattito penalistico, della c.d. colpa di organizzazione (*rectius*: per l'organizzazione), che costituirebbe un criterio "soggettivo" di ascrizione della responsabilità per omesso impedimento di un reato commesso da altri[133]. La disciplina in questione, come è noto, introduce un duplice

---

[132] La "responsabilità per l'organizzazione" del datore di lavoro sembra aver ricevuto un'esplicita valorizzazione attraverso le definizioni contenute nel testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro. Il "datore di lavoro" (art. 2, lettera b) viene infatti individuato nel soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, nel «soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'*organizzazione* nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'*organizzazione* stessa o dell'unità produttiva o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa». Allo stesso modo l'"azienda" (art. 2, lettera c) è definita come «il complesso della *struttura organizzata dal datore di lavoro* pubblico o privato». L'obbligo di corretta organizzazione è tuttavia accostato a quello di vigilanza nella definizione di dirigente (art. 2, lettera d), il quale «attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa».

[133] Per una ricostruzione del dibattito relativo alla responsabilità da reato degli enti si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, a F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, pp. 951 e ss.; L. STORTONI, *Profili penali delle societaà commerciali come imprenditori*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 1165; F.C. PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 439; M. ROMANO, Societas delinquere non potest *(nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 1031 e ss.; C.E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, pp. 1174 e ss.; F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, pp. 459 e ss.; 460; A. FIORELLA – G. LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato. Commento alla legge 29 settembre 2000, n. 300 ed al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Presupposti della responsabilità e modelli organizzativi*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 3-45; A. ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 33 e ss.; I. CARACCIOLI, *Osservazioni sulla responsabilità penale propria delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 73 ss.; C. PIERGALLINI, Societas delinquere et puniri non potest: *la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 571 e ss.; C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, fasc. 11, pp. 1353 e ss.; C. DE MAGLIE, *La disciplina della responsabilità delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, fasc. 11, pp. 1248 e ss. e *L'etica e il mercato*, cit., spec. pp. 341 e ss.; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 501 e ss.; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs*

criterio sulla base del quale fondare la responsabilità dell'ente per il reato commesso da una persona fisica: anzitutto si richiede che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente (art. 5); in secondo luogo si attribuisce rilevanza ad una "inadeguata organizzazione" da parte dell'ente stesso. Più esattamente, nel caso in cui il reato sia commesso da un soggetto posto in posizione apicale, la legge inverte l'onere della prova: la responsabilità dell'ente è esclusa solo se quest'ultimo riesca a provare le circostanze indicate dall'art. 6, che comprendono anche l'adozione e l'efficace attuazione di "modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi". L'inversione in questione, per contro, non opera se l'autore del reato sia il semplice sottoposto: in questo caso l'ente risponde se la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza (art. 7, primo comma).

Non è certo questa la sede per valutare l'effettiva natura giuridica della responsabilità introdotta con il d.lgs. 231 del 2001, né per discutere della capacità dei criteri ascrittivi in questione di assicurare il rispetto di principi costituzionali, quali quello di personalità o di presunzione di non colpevolezza; sempre che, prima ancora, il riferimento all'art. 27 Cost. in questa materia sia sempre possibile e/o necessario[134].

231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, pp. 877 e ss.; G. AMARELLI, *Mito giuridico ed evoluzione della realtà:il crollo del principio* societas delinquere non potest, in *Riv. trim dir. pen. econ.*, 2003, pp. 941 ss.; G. DE FRANCESCO, *Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute della politica criminale*, in *Dir. pen e proc.*, 2003, p. 929 e ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 753 e ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2008; D. PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 415; N. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, Napoli, Jovene, 2006; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv.* it. *dir. e proc. pen.*, 2004, p. 116 e ss.

[134] Cfr. la Relazione governativa al d.lgs. n. 231 del 2001, § 3.3.: «in passato, la principale controindicazione all'ingresso di forme di responsabilità penale dell'ente fosse ravvisata nell'art. 27, comma 1, Cost., inteso nella sua accezione di principio di colpevolezza in senso "psicologico", e cioè come legame psichico tra fatto ed autore. Si è anche già detto che una rinnovata concezione della colpevolezza in senso normativo (riprovevolezza) consente oggi di adattare comodamente tale categoria alle realtà collettive. Si aggiunga ora che, rispetto al passato, si sta consolidando unanimità di vedute anche su un altro aspetto. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la migliore dottrina concordano nel ritenere che le imprenscindibili garanzie del diritto penale debbano essere estese anche ad altre forme di diritto sanzionatorio a contenuto punitivo, a prescindere dalle astratte "etichette" giuridiche che il legislatore vi apponga. Da ciò l'esigenza, fortemente avvertita, di creare un sistema che, per la sua evidente affinità con il diritto penale, di cui condivide la stessa caratterizzazione afflittiva, si dimostri rispettoso dei principi che informano il secondo: primo tra tutti, appunto, la colpevolezza. Ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà, dunque, non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo (le condizioni alle quali ciò si verifica, come si è visto, sono disciplinate dall'art. 5); di più, il reato dovrà costituire anche espressione della *politica aziendale* o quanto meno derivare da *una colpa di organizzazione*. […] Piuttosto che sancire un generico dovere di vigilanza e di controllo dell'ente sulla falsariga di quanto disposto dalla delega (con rischio che la prassi ne operasse il totale svuotamento, indulgendo a criteri ispirati al *versari in re illicita*), si è preferito allora riempire tale dovere di specifici contenuti: a tale scopo, un modello assai utile è stato fornito dal sistema dei *compliance programs* da tempo funzionante negli Stati Uniti. All'ente viene in pratica richiesta l'adozione di modelli comportamentali specificamente calibrati sul rischio-reato, e

Quel che qui si può rilevare è che, volendo tentare un parallelismo con le categorie tradizionali, modellate con esclusivo riferimento alla persona fisica, sembrerebbe che si sia perseguita una decisa valorizzazione della misura oggettiva della colpa, intesa come violazione di una regola cautelare. Se, in effetti, di misura soggettiva della colpa ha un senso parlare solo in presenza di un agente persona fisica, il riferimento alle regole cautelari quali strumento cui ricorrere per perimetrare l'area entro cui può svolgersi un'attività "in sé" pericolosa sembra possa essere utilmente impiegato anche in sede di definizione della responsabilità da reato dell'ente[135]. Del resto lo stesso riferimento, nella definizione della idoneità del modello di organizzazione e di gestione, alla prevenzione di «reati della specie di quello commesso», parrebbe un tributo, non solo terminologico, a quel criterio dello scopo della regola cautelare violata che tanto successo ha ottenuto già nelle ricostruzioni in materia di colpa, divenendo poi uno dei pilastri su cui è stata edificata la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento.

Soprattutto, il sistema introdotto dal d.lgs. 231 del 2001 sembrerebbe confermare che le peculiarità indubbiamente connesse alla responsabilità di un soggetto posto in posizione apicale possono essere affrontate solo attraverso una puntuale definizione del modello di comportamento astratto che si pretende venga realizzato e che impedisce lo sconfinamento in una vera e propria "responsabilità di posizione".

È evidente che la sostituzione di un'indeterminata e spesso indeterminabile *culpa in vigilando* con il riferimento ad una "colpa" *per* l'organizzazione della struttura che si dirige, riesce ad andare al di là di una mera scambio di etichette solo qualora si fornisca di un contenuto "effettivo" il modello di comportamento che dovrebbe orientare l'agire del singolo; ma è altrettanto evidente che il quesito non possa ricevere una risposta generale, mostrandosi viceversa imprescindibile un attento esame delle peculiarità che caratterizzano la singola attività di volta in volta presa in considerazione. E non si intende certo negare che il passaggio dall'enunciazione astratta dei principi a quello della pratica attuazione degli stessi possa rivelarsi tutt'altro che agevole.

---

cioè volti ad impedire, attraverso la fissazione di regole di condotta, la commissione di determinati reati. Requisito indispensabile perché dall'adozione del modello derivi l'esenzione da responsabilità dell'ente è che esso venga anche efficacemente attuato: l'effettività rappresenta, dunque, un punto qualificante ed irrinunciabile del nuovo sistema di responsabilità».

[135] Cfr. A. FIORELLA, in A. FIORELLA – G. LANCELLOTTI, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, cit., p. 16, il quale rileva l'improprietà di ravvisare una "soggettivizzazione" in senso proprio o "antropomorfico": più corretto sarebbe invece parlare di «definizione di un'area di "rischio lecito d'impresa"», da ritenersi sussistente in tutti i casi in cui l'ente, oggettivamente, abbia adottato cautele idonee a prevenire reati della specie di quello commesso in concreto.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Osservazioni intorno al Progetto preliminare di un nuovo codice penale (agosto 1927, anno V)*, Milano, Società editrice Vita e pensiero, 1928.

AV. VV., *Leggi di natura, modalità, ipotesi*, Milano, Feltrinelli, 1978.

AA.VV., *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. STILE, Jovene, Napoli, 1989.

AA. VV., *Scienza e causalità*, a cura di C. De Maglie e S. Seminara, Padova, Cedam, 2006.

AA.VV., *Il reato*, I vol., opera diretta da M. Ronco, Bologna, Zanichelli, 2007.

AGAZZI E., *La spiegazione causale di eventi individuali (o singoli)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 393.

AGAZZI E., *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in *Scritti per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, Jovene, 2007, pp. 379 e ss..

AINIS M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari, Laterza, 2002.

ALDROVANDI P., *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1999.

ALEO S. – CENTONZE A. –LANZA E., *La responsabilità penale del medico*, Milano, Giuffrè, 2006.

ALEO S., *Causalità, complessità e funzione penale. Per un'analisi funzionalistica dei problemi della responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2003.

ALESSANDRI A., *Il primo comma dell'art. 27 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di M. Branca – A. Pizzorusso, Artt. 27-28, Bologna – Roma, Zanichelli – Foro Italiano, 1991, pp. 1-161.

ALESSANDRI A., voce *Impresa (Responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VI, Torino, Utet, 1992, p. 193.

ALESSANDRI A., *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 33.

ALPA G., *Colpa omissiva e principi di responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 1979, c. 1366.

AMARA G., *Fra condotta attiva ed omissiva, nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento,* in *Cass. pen.*, 2007, p. 2793.

AMARELLI G., *Mito giuridico ed evoluzione della realtà: il crollo del principio* societas delinquere non potest, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 945.

ANGIONI F., *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 67.

ANGIONI F., *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1994.

ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Vol. II, *Teoria del reato. Teoria della pena*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1279.

ANTOLISEI F., *Sul concetto di azione nel reato*, in *Riv. pen.* 1925, I, p. 505.

ANTOLISEI F., *L'azione e l'evento nel reato*, Soc. An. Istituto editoriale scientifico, 1928.

ANTOLISEI F., *La volontà nel reato*, in *Riv. pen.*, 1932, p. 233.

ANTOLISEI F., *Punti fermi sul problema della causalità*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, p. 613.

ANTOLISEI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1936, p. 121.

ANTOLISEI F., *La colpa per inosservanza di leggi*, in *Giust. pen.*, II, 1948, c. 1.

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, rist. 1960.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XV ed. aggiornata ed integrata da L. Conti, Milano, Giuffrè, 1997.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, XV ed. a cura di C. F. Grosso, Milano, Giuffrè, 2008.

ARDIZZONE S., *In tema di aspetto suriettivo del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 51.

ATTILI V., *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1240.

BARALDO M., *Gli obblighi dello psichiatra, una disputa attuale: tra cura del malato e difesa sociale*, in Cass. pen., 2008, fasc. 2, p. 4638.

BASILE F., *La colpa in attività illecita. Un'indagine di diritto comparato sul superamento della responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 2005.

BATTAGLINI E., *In tema di concorso di più persone in reato colposo*, in *Giust. pen.*, II, 1931, c. 93.

BATTAGLINI E., *Osservazioni sul problema della causalità materiale nel reato,* in *Ann. dir. proc. pen.*, 1942, p. 25.

BATTAGLINI E., *L'art. 27 della Costituzione e l'art. 57 n. 1 del Codice penale*, in *Giust. pen.*, 1948, II, c. 309.

BATTAGLINI E., *Osservazioni sull'obbligo giuridico di impedire l'evento*, in *Giust. pen.*, II, 1951, c. 477.

BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2007.

BECK U., Conditio humana. *Il rischio nell'età globale*, Bari, Laterza, 2008.

BELFIORE E., *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in «équipe»*, in *Foro. it.*, 1983, II, c. 167.

BESSONE M., *Casi e questioni di diritto privato*, Vol. IX, *Atto illecito e responsabilità civile*, a cura di G. Alpa, U. Ruffolo, V. Zeno Zencovich, VII ed., Milano, Giuffrè, 1994.

BETTIOL G., *Sul concorso di più persone nei delitti colposi*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1930, II, p. 672.

BETTIOL G., *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, p. 513.

BETTIOL G., *Sul reato proprio*, Milano, Giuffrè, 1939.

BETTIOL G., *Rilievi metodologici sul concetto di azione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, p. 3.

BETTIOL G., *Colpevolezza giuridica e colpevolezza morale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1007.

BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1339.

BLAIOTTA R., *Maltrattamenti nelle istituzioni e dovere costituzionale di solidarietà*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 514 e ss..

BLAIOTTA R., *Causalità e colpa nella professione medica tra probabilità e certezza*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1199.

BLAIOTTA R., *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano il modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1176.

BLAIOTTA R., *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medico-chirurgica in recenti interventi della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 174.

BLAIOTTA R., *La causalità e i suoi limiti: il contesto della professione medica*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 181 e ss..

BLAIOTTA R., *Causalità e neoplasie da amianto*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3391.

BLAIOTTA R., *La causalità nella responsabilità professionale. Tra teoria e prassi*, Giuffrè, 2004.

BLAIOTTA R., *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *Cass. pen.*, 2007, fasc. 1, p. 365.

BLAIOTTA R., *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronuncia di legittimità in controtendenza*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 129.

BONUCCI A., *L'omissione nel sistema giuridico*, Perugia, 1911.

BRICOLA F., Dolus in re ipsa. *Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, Giuffrè, 1960.

BRICOLA F., *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 951.

BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Univ. Pavia*, 1960-1961, pp. 89-127, ora *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 67.

BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XIV, Torino, Utet, 1973, ora in *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 539.

BRUSA E., *Saggio di una teoria generale del reato*, Torino, Tipografia Editrice Candeletti, 1884.

BRUSCO C., *La causalità nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2599.

BUSNELLI F. D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 643.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Vol. I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, Cedam, 1988.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, Vol. II, *Profili dogmatici, comparatistici e* de lege ferenda, Padova, Cedam, 1988.

CALVI A., *Reato aberrante ed omicidio preterintenzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, pp. 1137 e ss.

CANESTRARI S., *L'illecito penale preterintenzionale*, Padova, Cedam, 1989.

CANESTRARI S., *Profili di responsabilità colposa nell'esercizio della cronaca giornalistica*, in *Giust. Pen.*, II, 1997, c. 520.

CARACCIOLI I., voce *Omissione (diritto penale)*, in *Noviss. dig. disc. pen.*, Vol. XI, 1957, Torino, Utet, p. 895.

CARACCIOLI I., *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, Giuffrè, 1975.

CARACCIOLI I., *Osservazioni sulla responsabilità penale propria delle persone giuridiche*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, p. 73.

CARMONA A., *Il* versari in re illicita «*colposo*». *Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 223.

CARNELUTTI F., *Illiceità penale dell'omissione*, in *Annali*, 1933, p. 1.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1933.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Vol. IV, VII ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1904.

CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, Vol. III, Casa Editrice Libraia Fratelli Cammelli, VI ed., 1910.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Il Mulino, 1993.

CASTALDO A. R., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 881.

CASTALDO A. R., *L'imputazione oggettiva dell'evento nel delitto colposo*, Napoli, Jovene, 1989.

CASTALDO A.R., *La concretizzazione del «rischio giuridicamente rilevante»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1096.

CASTRONUOVO D., *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv .it. dir. proc .pen.*, 2002, p. 495.

CATENACCI M., *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, Cedam, 1996.

CATENACCI M., *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1415.

CENTONZE F., *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 2891.

CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004.

CENTONZE F., *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1096.

COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv.* it. *dir. e proc. pen.*, 2004, p. 90.

COCO G. S., *Causalità omissiva e responsabilità sanitaria colposa*, in *Giust. pen.*, 2003, II, c . 371.

COGNETTA G., *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 62.

CONSORTE F., *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dir. pen.* XXI sec., 2007, p. 269.

COPPI F., *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979.

CORI C., *Presunzioni di colpa e forme di responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità penale e scorciatoie probatorie*, a cura di L. Marafioti e M. Masucci, Torino, Giappichelli, 2006, p. 19.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2004.

COSTANZO S., *La causalità nell'omissione*, in *Giust. pen.*, 1948, c. 177.

CRESPI A., *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Priulla, Palermo, 1955.

D'ALESSANDRO F., *La certezza del nesso causale: la lezione «antica» del Carrara e la lezione «moderna» della Cassazione sull'«oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 743.

DALIA A. A., *Le cause sopravvenute interruttive del nesso causale*, Napoli, Jovene, 1975.

DALL'ORA A., *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1950.

DE FRANCESCO G., Opus illicitum. *Tensioni innovatrici e pregiudizi in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 994.

DE FRANCESCO G., *La colpa nel codice Zanardelli, in Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, studi coordinati da S. VINCIGUERRA, Padova, Cedam, 1999, p. 409.

DE FRANCESCO G., *Disciplina penale societaria e responsabilità degli enti: le occasioni perdute della politica criminale*, in *Dir. pen e proc.*, 2003, p. 929.

DE FRANCESCO G., *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 753.

DE FRANCESCO G., *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Studi per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, Jovene, 2007, p. 513.

DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2008.

DE FRANCESCO V., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977-78, p. 273.

DE FRANCESCO V., *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 107.

DE LEONARDIS F., *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005.

DE MAGLIE C., *La disciplina della responsabilità delle persone giuridiche e delle associazioni. Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1348.

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002.

DE MARSICO A., *Colpa per "inosservanza delle leggi" e reato aberrante*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1940, p. 237.

DE MARSICO A., *Ancora sulla colpa per "inosservanza di leggi" e sul reato aberrante*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1941, p. 773.

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2008.

DEIDDA B., *Un po' di chiarezza sull'uso indiscriminato dell'amianto in Italia negli anni '70*, in *Dir. pen. e proc.*, 1996, p. 751.

DELITALA G., *Titolo e struttura della responsabilità penale del direttore responsabile per reati commessi sulla stampa periodica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 544.

DELITALA G., *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, ora in *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1976.

DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1956.

DEMURO G. P., *Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 845.

DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, II, 2002, c. 608.

DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 654.

DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, Giappichelli, 2003.

DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive, tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 58.

DI SALVO E., *Nesso di causalità e giudizio controfattuale*, in Cass. pen., 2003, p. 3799.

DONINI M., *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno spazio libero dal diritto*, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 906 e ss.

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, parti I e II, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 588 e ss. e 1114 e ss..

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione "per 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.*, 1999, p. 32.

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2006.

EUSEBI L., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3, p. 1053.

FEDELE P., voce *Colpa (diritto canonico)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 645.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 2004.

FIANDACA G. –MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, V ed., Bologna, Zanichelli, 2007.

FIANDACA G., *Il comportamento alternativo lecito,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, p. 1598.

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979.

FIANDACA G., *È «ripartibile» la responsabilità penale del direttore di stampa periodica?*, in *Foro it.*, 1983, I, c. 570.

FIANDACA G., *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 49.

FIANDACA G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 836.

FIANDACA G., *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, in *Foro it.*, 1988, II, c. 107.

FIANDACA G., voce *Caso fortuito e forza maggiore nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 110.

FIANDACA G., *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Utet, 1988, p. 119.

FIANDACA G., voce *Omissione (diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VIII, Torino, Utet, 1994, p. 546.

FIANDACA G., *Riflessioni problematiche tra causalità ed imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 945.

FINZI M., *Rapporto di causalità e concorso di cause nel codice penale italiano*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, p. 481.

FIORE – S. FIORE C., *Diritto penale. Parte generale*, Vol. I, II ed., Utet, Torino, 2006.

FIORE C., *Ciò che è vivo e ciò che morto nella dottrina finalistica. Il caso italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 380.

FIORELLA A. –LANCELLOTTI G., *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato. Commento alla legge 29 settembre 2000, n. 300 ed al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Presupposti della responsabilità e modelli organizzativi*, Torino, Giappichelli, 2002.

FIORELLA A., *Emissione di assegno a vuoto e responsabilità per colpa. Contributo alla determinazione del concetto di «previsione espressa» della responsabilità per colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 995.

FIORELLA A., voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 770.

FIORELLA A., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in L. Conti (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, XXV vol. del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, Cedam, 2001.

FIORELLA A., voce *Reo*, in *Enc. giur.*, Vol. XXVI, Roma, Treccani.

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990.

FORTI G., *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1559.

FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990.

FORTI G., *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 155.

FORTI G., voce *Colpa (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 945.

FORTI G., *La "luce chiara della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, Jovene, 2007, p. 573.

FROSALI R. A., *L'elemento soggettivo del concorso di persone nel reato*, in *Arch. pen.*, 1947, p. 3.

GALIANI T., *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, Jovene, 1980.

GALLO M., *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 460.

GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, Giuffrè, 1951.

GALLO M., *Lineamenti una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1960.

GALLO M., voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 625.

GALLO M., voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. giur.*, Vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 750.

GALLO M., *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca* (1950) rist. inalterata, Giuffrè, 1967.

GALLO M., *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 1.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, 2000.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte II, *L'elemento psicologico*, Giappichelli 2001.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. III, *Le forme di manifestazione del reato*, Giappichelli, 2003.

GARGANI A., Ubi culpa ibi omissio. *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 581.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.

GIACONA I., *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, II, 1992, c. 364.

GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Cedam 1993.

GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1097.

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

GIUNTA F., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, fasc. 10, p. 1295.

GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.* 1999, fasc. n. 5, p. 620.

GIUNTA F., *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 377.

GIUNTA F., *Il morire tra bioetica e diritto*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 559.

GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227.

GIZZI L., *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 4107.

GIZZI L., *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1536.

GORLA G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, p. 405.

GRASSO G., *Organizzazione aziendale e responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Arch. pen.*, 1982, p. 744.

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè, 1983.

GRASSO G., *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e di reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 689.

GREGORI G., *Premesse storico-dogmatiche ad un'indagine sul caso fortuito*, in *Ind. pen.*, 1974, p. 435.

GRISPIGNI F., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, p. 16.

GRISPIGNI F., *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, p. 3.

GROSSO C. F., voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XV, Torino, Utet, 1968, p. 706.

GROSSO C. F., *Responsabilità penale per i reati commessi col mezzo della stampa*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 69 e ss.

GROSSO C. F., *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva*, in *Studi per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, Jovene, 2007, pp. 729 e ss..

GUARINIELLO R., *I tumori professionali nella giurisprudenza di legittimità*, in *Foro it.*, 1999, II, c. 237.

GUARINIELLO R, *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*, in *Foro it.*, 2001, II, c. 278.

GUARINIELLO R., *Tumori professionali a Porto Marghera*, in *Foro it.*, 2007, fasc. 10, II, c. 551.

GUARNERI G., *Causalità dell'omissione*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1934, p. 1105.

GUARNERI G., *In difesa della causalità adeguata*, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1935, p. 609.

GUARNERI G., *Rapporto di causalità e volontà colpevole*, in *Giur. it.*, 1953, c. 57.

GULLO A., *La delega di funzioni: brevi note a margine di un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1508.

GULLO A., *Il reato proprio*, Milano, Giuffrè, 2005.

HIRSCH H. J., *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 745.

IADECOLA G., *I criteri della colpa nell'attività medica in* équipe, in *Giur. mer.*, 1997, fasc. 1 p. 226.

IADECOLA G., *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medico-chirugica in recenti interventi della Corte di Cassazione* in *Cass. pen.*, 2002, p. 174.

IADECOLA G., *La responsabilità medica dell'attività in* équipe *alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 151.

IMPALLOMENI G. B., *L'omicidio nel diritto penale*, Unione Tipografico-Editrice, II ed., 1900.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, IV ed., Giuffrè, 1999.

IZZO U., *La precauzione nella responsabilità civile. Analisi di un concetto sul tema del danno da contagio per via trasfusionale*, Padova, Cedam, 2004.

JESCHECK H. H., *Struttura e trattamento della colpa nel mondo moderno*, in *Scuola pos.*, 1963, p. 367.

JONAS H., *Il principio responsabilità. Un'etica per la società globale*, Torino, 1990.

KELSEN H., *Causalità ed imputazione*, Appendice a *Lineamenti della filosofia pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000.

KELSEN H., *L'origine della legge causale dal principio del contrappasso*, in *Quaderni del centro di Studi per la Filosofia Mitteleuropea*, 3, 1989, p. 29.

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000 (or. 1934).

LARIZZA S., *La difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 33.

LATAGLIATA A. R., voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, Vol. X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 609.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999.

LEONE G., *Appunti polemici in tema di "aberratio ictus" con pluralità di eventi*, in *Giust. Pen.*, 1941, c. 202.

LICCI G., *Teorie causali e rapporto d'imputazione*, Napoli, Jovene, 1996.

LUZZATTO G. I., voce *Colpa penale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 614.

MAGGIORE G., *La causalità nel nuovo codice penale*, in *Riv. dir. proc. pen. mil.*, 1932, p. 5.

MAGRO M. B., *Orientamenti giurisprudenziali sul nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 313.

MAGRO M. B., *La responsabilità del direttore di stampa periodica e il problema della determinazione della condotta tipica nei reati omissivi*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1235.

MAIANI G., *In tema di reato proprio*, Milano, Giuffrè, 1965.

MAIELLO V., *La natura (formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs 231/2001: una "truffa delle etichette" davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 877.

MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960 p. 534.

MAIWALD M., *L'evoluzione del diritto penale tedesco*, Torino, Giappichelli, 1993.

MAIWALD M., *Causalità e diritto penale. Studio sul rapporto tra scienze naturali e scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

MALINVERNI A., *Il rapporto di causalità e il caso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, p. 47.

MANACORDA A., *Responsabilità dello psichiatra per fatto commesso da infermo di mente. Prime riflessioni*, in *Foro it.*, 1988, II, c. 118.

MANCINI S., *Probabilità logica e probabilità statistica nell'accertamento del nesso causale in materia penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*, 2004, p. 265.

MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 501.

MANTOVANI F., *La responsabilità per i reati commessi a mezzo della stampa nella nuova disciplina legislativa*, in *Arch. pen.*, 1959, p. 38.

MANTOVANI F., *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova, Cedam, 1974.

MANTOVANI F., *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva occulta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 460.

MANTOVANI F., *Aspetti giuridici dell'eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988.

MANTOVANI F., Ignorantia legis *scusabile e inescusabile,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 379.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, Cedam, 2007.

MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, 1997.

MANTOVANI M., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1051.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata dai professori P. Nuvolone e G.D. Pisapia, Vol. IX, *Delitti contro il patrimonio,* Torino, Utet, 1981.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed. aggiornata dai Professori Nuvolone e Pisapia, Vol. I, Utet, 1984.

MARINI G., voce *Condotta*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. III, Torino, Utet, 1989, p. 13.

MARINI G., voce *Truffa*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XIV., Torino, Utet, 1999, p. 353.

MARINI L., *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitari. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, Cedam, 2004.

MARINUCCI G. –DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, I, III ed., Milano, Giuffrè, 2001.

MARINUCCI G. –MARRUBINI G., *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in* équipe, in *Temi*, 1968, p. 217.

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965.

MARINUCCI G., *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Giuffrè, 1971.

MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 3.

MARINUCCI G., Societas puniri potest: *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1202.

MARINUCCI G., *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 363.

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

MASSA T., *Le Sezioni unite davanti a «nuvole ed orologi»: osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3661.

MASSARI E., *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Napoli, Jovene, ristampa del 1934 (or. 1923).

MERENDA I., *«Esercizio di poteri tipici» e amministrazione "di fatto" nel nuovo diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2004, p. 925.

MERENDA I., *Art. 2639*, in *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, a cura di M. Ronco e S. Ardizzone, Torino, Utet, 2007, p. 1982.

MEZZETTI E., Necessitas non habet legem? *Sui confini tra "impossibile" ed "inesigibile" nella struttura dello stato di necessità*, Torino, Giappichelli, 2000.

MEZZETTI E., *Giurisprudenza "creativa" nell'accertamento del nesso causale per morte del tossicodipendente*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2835.

MEZZETTI E., voce *Truffa e frode (delitti di)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 6043.

MICHELETTI D., *Tumori da amianto e responsabilità penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, p. 218.

MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, 1998.

MILITELLO V, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 979.

MINGHELLI D., *Ancora in tema di delega di funzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 728.

MINGHELLI D., *Dimensioni dell'impresa ed efficacia della delega di funzioni*, in *Mass. giur. lav.*, 1985 p. 851.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

MONGILLO V., *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 325.

MORSELLI E., *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 11-.

MUCCIARELLI F., *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale 364/88*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 223.

MUCCIARELLI F., *Colpa e causalità: una sentenza contro il brocardo* «qui in re illicita versatur, teneatur etiam pro casu», in *Foro ambr.*, 2000, p. 293.

MUSCO E., voce *Stampa (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 633.

MUSOTTO G., *Il problema del rapporto di causalità nel diritto penale*, in *Studi in memoria di A. Rocco*, vol. II, 1952, p. 237.

NAPPI A., *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 4296.

NAPPI A., *Guida al codice penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003.

NEPPI MODONA G., voce *Reato impossibile*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. XI, Torino, Utet, 1996, p. 259.

NORDIO C., *Stretta pericolosa sull'*équipe *medica*, in *D&G*, 2006, fasc. 43, p. 74.

NUVOLONE P., *La responsabilità penale del direttore di giornale nel quadro della teoria della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, p. 1125.

NUVOLONE P., *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1948, p. 38.

NUVOLONE P., *Il diritto penale della stampa*, Padova, Cedam, 1971.

NUVOLONE P., voce *Stampa*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. XVIII, Torino, Utet, 1971, p. 97.

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Priulla, Palermo, 1972.

NUVOLONE P., *La concezione giuridica italiana della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 3.

NUVOLONE P., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. pen.*, 1982, p. 433.

NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 1956, pp. 1253.

NUVOLONE P., *Osservazioni in tema di causalità*, in *Scritti in onore di Francesco Antolosei*, Giuffrè, 1965, p. 386.

ONDEI E., *Per un concetto unitario della causalità e della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, p. 117.

ORLANDO V. E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1889, p. 113.

PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 819.

PADOVANI T., *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 554.

PADOVANI T., *Una rimeditazione giurisprudenziale sulla coscienza e volontà della condotta nel reato colposo*, in *Cass. pen.*, 1981, p. 496.

PADOVANI T., *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nel quadro della più recente giurisprudenza*, in *Leg. pen.*, 1981, p. 414.

PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, II ed., 1983.

PADOVANI T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena. Osservazioni e rilievi sui rapporti fra colpevolezza e prevenzione con riferimento al pensiero di Claus Roxin*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 798.

PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1988, p. 449.

PADOVANI T., voce *Costringimento fisico e psichico*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. III, Torino, Utet, 1989, p. 209.

PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 395.

PADOVANI T., *Diritto penale*, IX ed., Milano, Giuffrè, 2008.

PAGANO R., *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, II ed., Milano, Giuffrè, 2001.

PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, Priulla, 1960.

PAGLIARO A., *Diversi titoli di responsabilità per uno stesso fatto concorsuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 3.

PAGLIARO A, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 779.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003.

PAGLIARO A., *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1037.

PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. Grosso – T. Padovani – A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2007.

PALAZZO F., Ignorantia legis: *vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 920.

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2008.

PALIERO C. E. – PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. e enti*, 2006, fasc. 3, p. 167.

PALIERO C.E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 821.

PALIERO C.E., *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 1174.

PALOMBI E., *La delega di funzioni*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, Vol. I, *I principi generali*, Padova, Cedam, 1990, p. 267.

PANNAIN R., voce *Responsabilità oggettiva (diritto penale)*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XV, Torino, Utet, 1968, p. 704.

PECORARO-ALBANI A., *Caso e causalità*, in *Arch. pen.*, 1960, I, p. 81.

PECORARO-ALBANI A., voce *Caso fortuito (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1960, p. 390.

PECORARO-ALBANI A., voce *Costringimento fisico*, in *Enc. dir.*, Vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, p. 243.

PEDRAZZI C., *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, Giuffrè, 1955.

PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, p. 134.

PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, Giuffrè, 2004.

PERTILE A., *Storia del diritto italiano*, Vol. V, *Storia del diritto penale*, Bologna, Arnaldo Forni Editore.

PETROCELLI B., *La colpevolezza*, III ed., Cedam, 1955.

PETTOELLO MANTOVANI L., *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, Giuffrè, 1954.

PIERGALLINI C., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, fasc. 11, p. 1353.

PIERGALLINI C., Societas delinquere et puniri non potest: *la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, p. 571.

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004.

PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo, Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684.

PIRAS P. F., *Nesso di causalità e imputazione a titolo di colpa*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, II, p. 1519.

PISANI N. *Il commento* (d. lgs. N. 81 del 200) in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 7, p. 827.

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2003.

PISAPIA G.D., *La nuova disciplina della responsabilità per reati commessi a mezzo stampa*, cit., 1958, p. 304.

PISAPIA G.D., *La nuova disciplina della responsabilità per reati commessi a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 304.

PISAPIA G. D., voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VII, Torino, Utet, 1993, p. 519.

PIVA D., *Contributo all'analisi della responsabilità per la "organizzazione difettosa" nel diritto penale dell'impresa*, Roma, Aracne, 2007.

POTETTI D., *Individuazione del soggetto penalmente responsabile all'interno delle strutture complesse, con particolare considerazione per le struttura sanitarie*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2402.

PULITANÒ D., *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.* 1982, IV, p. 178.

PULITANÒ D., U*na sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686.

PULITANÒ, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, aggiorn. I, Torino, 2000, p. 388.

PULITANÒ D., *La responsabilità da reato degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 415

PULITANÒ D., *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, fasc. n. 2, p. 778.

PULITANÒ D., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 795.

PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 786.

RAMACCI F., *I delitti di omicidio*, II ed., Torino, Giappichelli, 1997.

RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, II ed., Torino, Giappichelli, 2001.

RAMPONI L., *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva e causalità omissiva*, in *Cass. pen.*, 2008, fasc. 2, p. 566.

RENDA L., *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, II, 1986, c. 361.

RICCIO G., voce *Responsabilità penale*, in *Enc. giur.*, Vol. XXVII, Roma, Treccani, 1991.

RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione e reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1267.

RISICATO L., *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 132.

ROCCO ART., *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, Vol. III, Società editrice del Foro Italiano, Roma, 1933, p. 263.

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1961.

RODOTÀ S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 595.

RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006.

ROIATI A., *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2159.

ROMANO M., Societas delinquere non potest *(nel ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1031.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Art. 1-84, III ed., Milano, Giuffrè, 2004.

ROMANO M., *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Studi per Federico Stella*, Vol. I, Napoli, Jovene, 2007, p. 891.

RONCO M., *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, fasc. n. 6, p. 819.

ROSS A., *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, Giuffrè, 1972.

ROXIN C., *Considerazioni di politica criminale sul principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 369.

ROXIN C., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 16.

ROXIN C., *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dommatica penalistica tedesca*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Vol. III, Giuffrè, 1984, p. 2087.

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1743.

SALTELLI C. –ROMANO DE FALCO E., *Commentario teorico-pratico del nuovo codice penale*, Roma, 1930, IX, Vol. I.

SALTELLI C. –ROMANO DE FALCO E., *Commentario teorico-pratico del codice penale*, vol. III, Jandi Sapi, 1956.

SANTAMARIA D., *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, Jovene, 1955.

SANTORO A., voce *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Noviss. Dig. it.*, Vol. II, Torino, Utet, 1957, p. 992.

SANTORO A., *Il caso fortuito nel diritto penale*, Torino, Utet, 1965.

SCARANO L., *Libera volontà e libero arbitrio nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1937.

SCARANO L., *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, Jovene, 1948.

SELVAGGI N., *Dominabilità dell'atto e comportamento colposo. Osservazioni su un rapporto non sempre chiaro*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1221.

SELVAGGI N., *L'interesse dell'ente collettivo*, Napoli, Jovene, 2006.

SEMINARA S., *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 670.

SEMINARA S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1561.

SERENI A., *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, Giappichelli, 2008.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1988.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975.

SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, Giuffrè, 1957.

SPASARI M., voce *Agevolazione colposa*, in *Enc. dir.*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 895.

SINISCALCO M., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir.*, Vol. VI., Milano, Giuffrè, 1960, p. 639.

SPASARI M., voce *Condotta (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 837.

SPASARI M., *Esegesi e dommatica della colpa*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1463.

S STELLA F., *Omissione di controllo e inadeguata valutazione della liceità penale di uno scritto diffamatorio da parte del direttore responsabile di un periodico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1962, p. 238.

STELLA F., *La «descrizione» dell'evento*, I, *L'offesa – Il nesso causale*, Milano, Giuffrè, 1970.

STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 3.

STELLA F., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217.

STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 459.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazioni causali nel diritto penale*, II ed., Giuffrè, 2000.

STELLA F., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Giuffrè, 2003.

STELLA F., *L'allergia alle prove della causalità individuale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 429.

STELLA F., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Giuffrè, 2005.

STELLA F., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirugica*, in *in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1893.

STOPPATO A., *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Fratelli Drucker, 1898.

STORTONI L., *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 71.

STRATENWERTH G., *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 635.

STUART MILL J., *Saggio sulla libertà. Le origini del liberalismo contemporaneo*, Il Saggiatore, 2002.

TAGLIARINI F., *I delitti aggravati dall'evento. Profili storici e prospettive di riforma*, Padova, Cedam, 1979.

TALAMANCA M., voce *Colpa civile (storia)*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, p. 517.

TRAPANI M., *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Torino, Giappichelli, 2006.

TRAPASSO M. T., *Imputazione oggettiva e colpa tra "azione" ed "omissione": dalla struttura all'accertamento*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1225.

TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano Giuffrè, 1967.

TRIMARCHI P., voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 98.

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, XVII ed., Milano, Giuffrè, 2007.

TRIPODI A. F., *"Situazione organizzativa e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 483.

TRUCCO C., *Responsabilità penale nell'impresa: problemi di personalizzazione e di delega*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 763 .

VALENZANO A. S., *Appunti in tema di trasferimento di funzioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 961.

VALLINI A., *Rifiuto di cure "salvavita" e responsabilità del medico: suggestioni e conferme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 1 , p. 68.

VANNINI O., *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, Athenaeum, 1916.

VANNINI O., *Per un concetto unitario di colpevolezza*, in *Studi senesi*, 1926, p. 313.

VANNINI O., *Omissione causale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1931, p. 36.

VANNINI O., *Ancora sul problema della causalità*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1934, p. 1321.

VANNINI O., *Il problema della causalità*, in *Giust. pen.*, 1948, c. 113.

VANNINI O., *Una parola ancora sul nesso di causalità*, in *Arch. pen.*, 1952, p. 3.

VANNINI O., *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*, rist. delle XII esercitazioni, Milano, Giuffrè, 1954.

VASSALLI G., *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 218.

VENAFRO E., *L'istituto della delega alla luce della vigente normativa antinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3065.

VENEZIANI P., *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, p. 493.

VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003.

VENEZIANI P., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, Vol. II, *Teoria del reato. Teoria della pena*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1969.

VERGINE A. L. –BUZZI F., *A proposito di una singolare ipotesi di colpa professionale*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1545.

VIGANÒ F., *Esiste un "diritto ad essere lasciati morire in pace"?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, fasc. 1, p. 5.

VILLANI E., *Trasferimento di funzioni e «presunzione di delega»*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 1005.

VINCIGUERRA S., *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a un reato proprio (in tema di concorso del custode alla sottrazione di cose pignorate commessa dal proprietario)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 305.

VINCIGUERRA S., *Appunti sull'inoffensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini – E. Paliero, Vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 2077.

VITARELLI T., *Evento colposo e limiti del dovere di obiettivo di diligenza nella responsabilità del direttore di stampa periodica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1222.

VITARELLI T., *Maltrattamenti mediante omissione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 179.

VITARELLI T., *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, Giuffrè, 2008.

WELZEL H., *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 31.

WITTGENSTEIN L., *Causa ed effetto*, Torino, Einaudi, 2006.

ZANCHETTI M., *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2859.