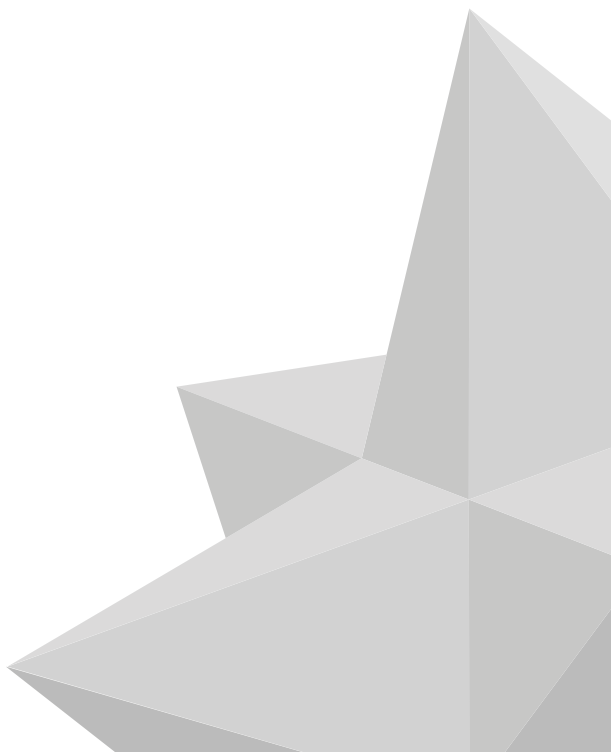


Alberto Gargani

IMPEDIMENTO PLURISOGGETTIVO DELL'OFFESA

Profili sistematici del concorso omissivo nelle
organizzazioni complesse

PISA
UNIVERSITY
PRESS





SAGGI E STUDI

Gargani, Alberto

Impedimento plurisoggettivo dell'offesa : profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse / Alberto Gargani. - Pisa : Pisa university press, 2022. - (Saggi e studi).

345.04 (23.)

1. Reati omissivi 2. Concorso di persone nel reato

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

UPI

UNIVERSITY
PRESS ITALIANE

Membro Coordinamento
University Press Italiane

© Copyright 2022

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 - 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel.+39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Il presente volume è stato realizzato grazie ai fondi dell'Università di Pisa (2022) di pertinenza del prof. Alberto Gargani

ISBN 978-88-3339-713-9

In copertina: Metropolis, F. Lang, 1927.

L'opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons: Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0) Legal Code: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.it>



L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. L'opera è disponibile in modalità Open Access a questo link: www.pisauniversitypress.it

A Giulio, Matilde e Silvia

*There is not a more accurate test of the progress of civilization
than the progress of the power of co-operation.*

John Stuart Mill, *Civilization*, Section II

Indice

INTRODUZIONE	13
1. Stadi di incriminazione	13
2. Concorso per omissione	16
3. Articolazione dell'indagine	19

PARTE PRIMA

PARTECIPAZIONE OMISSIVA: LO *STATUS QUÆSTIONIS*

CAPITOLO 1	
Concorso mediante omissione	25
SEZIONE I	
PROFILI DI CARATTERE GENERALE	
1. Concorso mediante omissione nell'altrui reato	26
2. La negazione della necessità di interferenza applicativa tra gli artt. 40 comma 2 e 110 c.p.	27
3. Tentativi di delimitazione applicativa del binomio di cui agli artt. 40 comma 2 e 110 c.p.	30
4. La restrizione ermeneutica del concetto di "evento", <i>ex art. 40 comma 2 c.p.</i>	30
5. Il diritto vivente	32
6. Gli interventi selettivo-delimitativi in materia di concorso omissivo	33
6.1. Obblighi di garanzia <i>versus</i> obblighi di sorveglianza/informazione	35
6.2. Rilievi dottrinali: alcuni interrogativi	37
6.3. Poteri impeditivi	39
6.3.1. Poteri impeditivi indiretti: l'elaborazione estensiva affermatasi nella prassi	41



7. La distanza tra teoria e prassi	44
8. Ulteriori criticità dell'accertamento della responsabilità a titolo di concorso omissivo	46
9. Conclusione intermedia	49
SEZIONE II	
OMESSO IMPEDIMENTO DI REATI IN AMBITO SOCIETARIO	
10. Premessa	52
11. Posizioni di garanzia aziendali	53
12. Omesso impedimento di reati commessi nell'esercizio dell'attività imprenditoriale e nella gestione di una struttura societaria	56
13. Profili di responsabilità omissiva in capo ai componenti non esecutivi di organi di amministrazione e di controllo. La situazione antecedente alla riforma del diritto societario (2003)	57
14. La riforma del diritto societario e i riflessi sulla posizione di garanzia dell'amministratore privo di delega	62
15. La responsabilità omissiva degli organi di controllo	68
16. Linee di tendenza	72
17. Le impostazioni dottrinali: una sintesi	74
18. Un profilo problematico: i poteri impeditivi	78
18.1. Orientamenti selettivo-restrittivi	79
18.2. Orientamenti intermedi	85
18.3. Orientamenti estensivi	87
19. Bilancio dell'indagine	93
CAPITOLO 2	
Cooperazione colposa mediante omissione	95
SEZIONE I	
PROFILI DI CARATTERE GENERALE	
1. Premessa	95
2. Il quadro giurisprudenziale	97
3. Il dibattito dottrinale: una breve sintesi	102
4. Il collegamento di tipo soggettivo tra le condotte dei cooperanti	105
5. La cooperazione mediante omissione tra responsabilità a titolo monosoggettivo e responsabilità a titolo concorsuale	108
6. La cooperazione colposa omissiva dell' <i>extraneus</i>	110

SEZIONE II

COOPERAZIONE OMISSIVA IN CONTESTI ORGANIZZATI

7. La cooperazione mediante omissione nel settore di tutela della salute e sicurezza del lavoro	114
7.1. Sulla responsabilità penale del RSSP	117
8. Sulla responsabilità penale dei componenti dell'organismo di vigilanza	123
9. Cooperazione omissiva e attività medico-chirurgiche di <i>équipe</i> (cenni)	127
10. Cooperazione omissiva nel settore della protezione civile	133
11. Tratti qualificanti	140

SEZIONE III

LA VISIONE DINAMICA ED INTEGRATA DELLA
COOPERAZIONE COLPOSA TRA "GARANTI"

12. Divisione del lavoro e interferenza reciproca di posizioni di garanzia: i riflessi sulla responsabilità penale	141
12.1. L'evento cagionato dalla cooperazione quale risultato della trama dei contributi strumentali	144
12.2. La rivisitazione critica della categoria sistematica dei "poteri impeditivi" in capo al garante rispetto al risultato	147
12.3. Considerazioni conclusive	149

CAPITOLO 3

Uno sguardo d'insieme	151
1. Profili caratterizzanti	151
2. Partecipazione omissiva all'altrui reato omissivo improprio	152
3. La titolarità di una posizione di garanzia quale requisito imprescindibile della responsabilità penale a titolo di concorso omissivo	154
3.1. L'abnorme dilatazione della posizione di garanzia nell'elaborazione prasseologica	154
3.2. Le impostazioni dottrinali: profili di divergenza e di convergenza	157
3.3. L'ottica riduttivamente "monosoggettiva" sottesa alla ricostruzione della posizione di garanzia e dei correlativi poteri di impedimento	160
3.4. La riduttiva considerazione delle potenzialità applicative del modello plurisoggettivo	162
4. Il dogma causale	163
5. Il dogma dell'accessorietà	165



PARTE SECONDA

 CONCORSO OMISSIVO E ORGANIZZAZIONI COMPLESSE:
 UNA PROPOSTA ALTERNATIVA NEL QUADRO DELLA
 FATTISPECIE PLURISOGGETTIVA EVENTUALE

CAPITOLO 1

Frammentazione dei processi decisionali ed esecutivi e visione frazionata del reato	171
1. Profili qualificanti le dinamiche criminose nelle organizzazioni complesse	171
2. Dalla frammentazione delle dinamiche decisionali ed esecutive al frazionamento delle responsabilità	173
3. La dimensione monosoggettiva e plurisoggettiva dell'omesso impedimento	176
4. La fattispecie plurisoggettiva eventuale: il reato come "insieme"	178
4.1. Il criterio di identificazione della condotta concorsuale	178
4.2. Il "frazionamento" esecutivo tra fenomenologia e <i>nomos</i>	181
4.3. L'esecuzione frazionata del reato plurisoggettivo	182
4.3.1. Il radicamento "commissivo" dell'esecuzione frazionata del reato	184
4.3.2. Esecuzione frazionata del reato e visione frazionata dell'illecito plurisoggettivo	185

CAPITOLO 2

Impedimento pluripersonale e frazionato	187
1. Premessa	187
2. La categoria dell'insieme e delle sue parti applicata al concorso omissivo	189
3. "Esecuzione frazionata" ed omissione: l'impedimento dell'evento	190
4. Il "retroterra" della fattispecie plurisoggettiva di omissione impropria	193
5. Concorso nell'omesso impedimento dell'evento: la funzione incriminatrice della norma concorsuale	194
6. Forme di co-impedimento	196
6.1. a) Concorso/cooperazione di garanti	197
6.2. b) Concorso/cooperazione radicato su di una posizione di garanzia <i>plurisoggettiva e frazionata</i>	197
6.3. Combinazione delle due forme	198

7. La necessaria strumentalità obbiettiva del contributo omissivo nel quadro della connessione funzionale con l'altrui operato	199
8. Corollari e profili di garanzia sottesi alla visione plurisoggettiva ed organizzativa dell'impedimento dell'evento	203
9. Uno sguardo all'elemento soggettivo	206
CAPITOLO 3	
Applicazioni e prospettive	211
1. Premessa	211
2. Impedimento plurisoggettivo e sicurezza del lavoro	212
3. Prevenzione dei reati ambientali e impedimento pluripersonale (cenni)	217
4. Cooperazione multidisciplinare tra più persone e impedimento plurisoggettivo	219
5. Prevenzione di reati: il "nodo" della responsabilità penale dei membri dell'O.d.v. nella prospettiva dell'impedimento plurisoggettivo	223
6. Posizioni di garanzia necessariamente plurisoggettive? L'impedimento di reati in ambito societario	227
7. Impedimento pluripersonale dell'evento e funzioni di protezione civile	234
8. L'impedimento pluripersonale tra dimensione individuale e proiezione collettiva dell'obbligo di garanzia	237

Introduzione

Sommario: 1. Stadi di incriminazione. - 2. Concorso per omissione. - 3. Articolazione dell'indagine.

1. Stadi di incriminazione

Come è noto, nel nostro ordinamento penale, sul piano formale, è possibile distinguere tre livelli di criminalizzazione, caratterizzati da un tasso di decrescente frammentarietà del fatto tipico.

Il primo, basico ed elementare, è rappresentato dalle fattispecie incriminatrici previste nella parte speciale del codice penale o nella legislazione penale complementare e suscettibili di applicazione diretta ed autonoma: si tratta di scelte di incriminazione che, in ossequio al principio di legalità, dovrebbero tradursi nel ricorso a tecniche di tipizzazione idonee alla descrizione e alla delimitazione dell'oggetto del divieto o del comando, per mezzo di adeguati "argini" o paratie contenitive, resistenti ad eventuali abusi in sede applicativa.

Il secondo livello si identifica nei c.d. processi di incriminazione secondaria¹ od ulteriore, ossia nella previsione – nella parte generale del codice penale – di clausole generali, estensive dei confini di tipicità tracciati dalle fattispecie di "parte speciale"²: si tratta di disposizioni qualifi-

1. Cfr. G. De Vero, *Le forme di manifestazione del reato in una prospettiva di nuova codificazione penale*, in *Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Padova, Cedam, 1995, p. 195 ss.; Id., *Compartecipazione criminosa e personalità della responsabilità penale*, in «*Studium iuris*», 4, 3, 1998, p. 253 ss.

2. Sulla nozione di "tipicità" nel diritto penale, v., da ultimo, R. Bartoli, *Introduzione al*



cate da accessorietà, in quanto in grado di trovare applicazione soltanto in riferimento alle fattispecie incriminatrici di cui al primo livello. A tale ambito vengono tradizionalmente ricondotte le forme di manifestazione del reato in grado di incidere estensivamente sulla tipicità di primo grado od originaria (concorso di persone, tentativo e, secondo talune opinioni, reato omissivo improprio). Come rilevato da E. Beling, una condotta può essere, infatti, conforme al tipo in modo diretto – ossia rispetto ad una data norma di parte speciale – o in modo mediato o modificato, ovvero in rapporto al combinato disposto tra la clausola generale e una determinata fattispecie incriminatrice³.

Ai fini della presente indagine assumono particolare rilievo sia l'equiparazione normativa di cui all'art. 40, comma 2, c.p. tra il cagionare e il non impedire in presenza di un obbligo giuridico di impedimento⁴, sia la previsione – ex artt. 110 e ss. c.p. – della punibilità del concorso di persone nel reato⁵: risultando affette da gravi deficit di determinatezza, entrambe le clausole generali si prestano, tendenzialmente, ad essere applicate ad una pluralità indefinita di illeciti di parte speciale o di condotte atipiche⁶, dando luogo a quel fenomeno di inesauribile e incontrollabile gemmazione di ulteriori fattispecie di reato che, ad oggi, può considerarsi una delle forme più vistose e controverse del c.d. diritto penale giurisprudenziale⁷.

diritto penale tra violenza e costituzionalismo, Torino, Giappichelli, 2022, p. 43 ss.

3. V. E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, Mohr, 1906, p. 421.

4. V. G. De Vero, *Il rapporto di causalità tra condotta ed evento*, in AaVv., *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, G. De Vero (a cura di), in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 161 ss.; sul reato omissivo improprio, v. Fiandaca G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1979, *passim*; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1983, *passim*; F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975, *passim*.

5. *Ex multis*, v. A. di Martino, *Concorso di persone*, in Aa. Vv., *Le forme di manifestazione del reato*, G.A. De Francesco (a cura di), in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 147 ss.; E. Mezzetti, *Diritto penale. Dottrina, casi, materiali*, 3^a ed., Bologna, Zanichelli, 2020, p. 613 ss.; in prospettiva di riforma, v. A. Cavaliere, *La disciplina del concorso di persone*, in *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere (a cura di), Napoli, Esi, p. 251 ss.

6. Sul rapporto tra fattispecie criminose e concorso di persone, v. D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2019, p. 175 ss.

7. V. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità*

Il terzo livello è, invece, contrassegnato dalla combinazione reciproca delle clausole generali ovvero dall'interferenza applicativa di almeno due clausole generali di incriminazione suppletiva rispetto ad una data fattispecie incriminatrice (secondo uno schema tripolare). Attraverso l'applicazione cumulativa delle clausole di parte generale finiscono per assumere rilevanza penale condotte che non risultano conformi né al fatto-tipo di parte speciale, né alla fattispecie risultante dal combinato disposto tra la norma incriminatrice e la singola clausola estensiva. In dottrina si è distinto tra applicazione consecutiva (ad es., concorso di persone nel reato omissivo improprio) e applicazione congiunta o simultanea di due clausole estensive della tipicità (ad es., il concorso mediante omissione od omesso impedimento dell'altrui reato), sul presupposto che soltanto la prima tipologia sia conforme ai principi di legalità e di autoresponsabilità, nonché rispondente all'esigenza di frammentarietà dell'illecito penale⁸.

L'applicazione congiunta di clausole estensive della tipicità già di per sé inficiate da grave indeterminatezza è, evidentemente, destinata a moltiplicare in modo esponenziale il tasso di incertezza e imprevedibilità dei confini del fatto tipico risultante dalla criminalizzazione di terzo grado, sovente in dipendenza della "processualizzazione" della qualificazione giuridica attribuita al fatto.

e sanzioni dell'illecito interpretativo, in «Cassazione penale», 67, 1, 2017, p. 7 ss.

8. Sulla distinzione tra "combinazione" e "interferenza" di clausole generali di incriminazione suppletive, v. L. Riscicato, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 152 ss.; 376 ss.; nel senso che tali clausole debbano applicarsi «non in contemporanea, ma in due fasi rigorosamente distinte», verificando, *in primis*, se ci sia una posizione di garanzia e quale sia la sfera di competenza del garante, v. F. Consulich, *Errare, commune est. Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in «La legislazione penale», 43, (28.3.2022), 17, il quale – in riferimento a L. Riscicato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 43, 4, 1995, p. 1294 ss. – rileva che il «corretto svolgimento di questo passaggio limita molto la necessità di individuare un concorso tra i due soggetti».



2. Concorso per omissione

Il tema del concorso per omissione viene affrontato in un pionieristico scritto del 1935 da T. Delogu. Con una precisazione particolarmente acuta, egli osserva che tale forma di partecipazione omissiva può avvenire «sia nei reati commissivi, sia nei reati commissivi per omissione. Tanto, cioè, se tutti i concorrenti siano imputabili di mere omissioni, quanto se le omissioni degli uni abbiano integrato le azioni degli altri»⁹.

Come vedremo nel prosieguo dell'indagine, mentre il tema del concorso omissivo nel reato commissivo è stato ampiamente sviscerato e sviluppato, pressoché in ombra è rimasto, invece, il fenomeno del concorso omissivo nel reato omissivo improprio.

Ciò premesso, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice penale, con l'espressione *concorso per omissione* (o *concorso negativo*)¹⁰ si era soliti designare due distinti fenomeni: quello della *partecipazione negativa* e quello della *partecipazione mediante atti negativi*.

Come rilevato da F. Carrara, «il delitto altrui si può facilitare con mera omissione, ed in due guise sostanzialmente difformi. O cioè con l'intralasciare una data azione, che da noi si sarebbe potuta fare, e la non esecuzione della quale ha facilitato il delitto: come se il servo non apponendo i debiti serrami all'uscio ha reso al ladro più agevole l'introduzione. O con l'intralasciare un atto che, ove si fosse fatto, avrebbe impedito il delitto»¹¹.

Mentre nel primo caso – complicità per concorso nell'azione – il contributo veniva considerato quale «mezzo della esecuzione», nel secondo caso ad assumere rilievo erano le omissioni che «non hanno cre-

9. T. Delogu, *La "partecipazione negativa" al reato secondo il nuovo codice*, in «Annali di diritto e procedura penale», 4, 1, 1935, p. 929.

10. Fenomeno da distinguere rispetto al concorso nel reato di pura omissione od omissivo proprio: «non c'è nessuna ragione per escludere che una omissione, invece che da una sola persona, possa esser posta in essere da più persone riunite insieme» (T. Delogu, *La "partecipazione negativa"*, *op. cit.*, p. 928 ss.).

11. F. Carrara, *Grado della forza fisica del delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 3ª ed., Prato, Giachetti, 1887, vol. I, p. 557 ss.

ato una materialità facilitatrice del misfatto, ma solo hanno fatto sì che la rea esecuzione non siesi trattenuta come sariasi potuto»¹².

Ci si era chiesti se fosse possibile ritenere taluno responsabile «ove egli si sia limitato a conservare un contegno inerte di fronte al comportamento criminoso di un terzo»¹³.

La risposta a tale quesito viene fornita da T. Delogu in stretta correlazione con la valenza causale dell'atto concorsuale: una prospettiva, quest'ultima, che, come vedremo, influenza tuttora profondamente le soluzioni e le impostazioni adottate in questo settore. Ammessa – alla luce dell'equiparazione normativa di cui all'art. 40, comma 2, c.p. – la possibilità di esistenza del rapporto causale nella partecipazione negativa, egli aveva individuato nel dovere giuridico e nella possibilità di impedire l'azione lesiva o pericolosa «le due condizioni necessarie perché si possa considerare causale l'omissione»¹⁴. Si sottolinea, inoltre, la necessità che «il coefficiente psicologico dell'omissione del partecipe sia dello stesso segno di quello dell'azione principale», con la conseguenza che sarà possibile unicamente «a) una partecipazione negativa mediante omissione dolosa ad un delitto doloso; b) una partecipazione negativa mediante omissione colposa ad un delitto colposo»¹⁵.

Al concetto di partecipazione omissiva sono oggi ricondotte le ipotesi in cui a risultare omissiva sia la condotta di partecipazione ad un reato commissivo od omissivo¹⁶.

12. F. Carrara, *Grado della forza fisica del delitto*, op. cit., p. 557.

13. T. Delogu, *La "partecipazione negativa"*, op. cit., p. 929, secondo il quale affinché il concorso negativo sia punibile occorre verificare l'esistenza di un reato, la contribuzione alla produzione di esso e il concorso di volontà.

14. T. Delogu, *La "partecipazione negativa"*, op. cit., p. 931, il quale ritiene che «anche nel caso di concorso negativo, possa esistere quel presupposto necessario per aversi il concorso nel reato, che è la contribuzione causale del comportamento del partecipe» e in difetto della quale si avrebbe «una pura e semplice connivenza», come tale non punibile nel nostro sistema.

15. T. Delogu, *La "partecipazione negativa"*, op. cit., p. 934, che esclude che «possa esserci una partecipazione negativa colposa ad un reato doloso, ed una partecipazione negativa dolosa ad un reato colposo, perché in questo caso non si avrà un concorso nel reato, ma due reati fra loro distinti».

16. Rimangono, pertanto, estranei all'oggetto della presente indagine i casi di concorso commissivo nell'altrui reato omissivo proprio od improprio (ad es., istigazione all'omissione di soccorso o all'omicidio mediante omissione da parte del garante tenuto ad impedire



Il fenomeno in esame pone non poche criticità in ordine alla valutazione complessiva dell'omissione nel quadro del reato commesso e non impedito, che secondo una diffusa opinione dovrebbe essere oggetto di una valutazione differenziata in termini di disvalore, rispetto alle condotte criminose dei soggetti agenti (sul presupposto, di carattere generale e attinente al modello di orientamento della condotta, secondo cui il comando di agire inciderebbe in modo più gravoso – rispetto al divieto – sulla sfera di libertà del destinatario)¹⁷. Si tratta di un profilo problematico, comune sia alla disciplina del concorso di persone che, attraverso il principio della pari responsabilità dei concorrenti, finisce per porre sullo stesso piano comportamenti che possono presentare un livello di disvalore notevolmente diverso, sia alla disciplina del reato omissivo improprio che, attraverso l'equiparazione dell'omesso impedimento alla commissione del reato, non tiene conto dell'esigenza di un diverso trattamento sanzionatorio tra le due ipotesi; considerata, invece, nell'ordinamento tedesco: il § 13 StGB prevede, infatti, una diminuzione facoltativa di pena nell'ipotesi di omesso impedimento dell'evento¹⁸; ancora più significative e radicali sono le differenze rispetto all'impostazione restrittiva e liberal-garantistica adottata in materia di reati omissivi negli ordinamenti di *Common Law*¹⁹.

l'evento-morte).

17. V. M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2005, vol. II, p. 376.

18. V. F. Palazzo, M. Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2005, p. 75 ss.; per un'analisi in chiave comparatistica, v. A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, Padova, Cedam, 1988, vol. I, p. 64 ss.; 187 ss.; per quanto concerne l'ordinamento spagnolo, v. D.M. Luzón Peña, *Delitos omissivos improprios o de comisión por omisión*, in «Revista Foro FICP», 10, 1, 2022, p. 14 ss.; per una sintesi, v. J.D. Gomez-Aller, *Criminal Omissions: A European Perspective*, in «New Criminal Law Review Journal», 12, 3, 2008, p. 419 ss.

19. *Ex multis*, v. A. Ashworth, *Criminalising Omissions*, in *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, Bloomsbury, 2015, p. 31 ss.; Id., *A New Generation of Omissions Offences*, in «The Criminal Law Review», 5, 2018, p. 354 ss.; A. Altman, *Concepts of omission*, in «Legal Theory», 11, 11, 2015, p. 251 ss.; R. Clark, *What is an omission?*, in «Philosophical Issues», 22, 2, 2012, p. 127 ss.; G. Fletcher, *Criminal Omissions: Some Perspectives*, in «American Journal of Comparative Law», 24, 4, 1976, p. 703 ss.; M.F. Kamm, *Action, Omission and the Stringency of Duties*, in «University of Pennsylvania Law Review», 144, 5, 1994, p. 1493 ss.; A. Leavens, *A Causation approach to Criminal Omissions*, in «Californian Law Review», 77, 3, 1988, p. 547 ss.; J.M. Silva Sanchez, *Criminal Omissions: some relevant distinctions*, in «New Criminal Law Review Journal», 12, 3, 2008, p. 452 ss.; P. Smith, *Omission and responsibility in legal*

Le due equiparazioni di disvalore si fondono nel caso del concorso mediante omissione, accentuando in modo esponenziale le criticità appena segnalate.

Sul piano sistematico e pratico applicativo, la tematica del concorso omissivo presenta, tuttora, non pochi profili ambigui e controversi, che ci si ripromette di analizzare attraverso il temperamento – auspicato in dottrina – dell’esigenza di riconoscere la sussistenza di doveri di garanzia anche rispetto al fatto di terzi con quella di salvaguardare le relazioni funzionali tra le condotte dei compartecipi, al duplice scopo di «ricostruire e “ridefinire”, anche in questa materia, l’ambito e la fisionomia specifica dei soggetti coinvolti»²⁰ e di garantire l’osservanza del principio di personalità della responsabilità penale.

3. Articolazione dell’indagine

La presente indagine – che, si anticipa fin d’ora, non ha alcuna pretesa di completezza ed è ispirata ad un’esigenza di sintesi, in linea con l’impostazione sistematica della trattazione – è, sostanzialmente, divisa in due parti.

Nella prima viene ricostruito – sul duplice crinale del diritto penale nucleare e della responsabilità penale all’interno delle organizzazioni complesse – quello che viene indicato come lo *status quaestionis*, ossia il quadro dei principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in tema di partecipazione omissiva, avuto riguardo ai fenomeni plurisoggettivi più diffusi e, al contempo, più significativi, dal punto di vista empirico-criminologico.

Il rapporto tra concorso di persone e reato omissivo improprio sarà analizzato prima in ambito doloso e poi in ambito colposo. Vedremo come nella teoria e nella prassi l’attenzione venga rivolta, soprattutto, al fenomeno della partecipazione omissiva nell’altrui reato commissivo (di

theory, in «Legal Theory», 9, 9, 2003, p. 221 ss.; Id., *Legal Liability and Criminal Omissions*, in «Buffalo Criminal Law Review», 50, 1, 2001, p. 69 ss.

20. V. G.A. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 662.



mera condotta o di evento). La tesi, diffusa e largamente condivisa, secondo cui il concorso nel reato omissivo presupporrebbe un contributo necessariamente attivo, fa sì, in effetti, che rimanga, alquanto, incerta e marginale la tematica della partecipazione all'altrui reato omissivo improprio²¹.

La seconda parte ha, invece, ad oggetto la riconsiderazione logico-sistemica del concorso mediante omissione alla luce delle potenzialità applicative che la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale è in grado di sviluppare, in termini di estensione della tipicità, a contatto con le peculiari dinamiche relazionali che caratterizzano attività complesse e organizzate. In particolare, alla luce della divisione del lavoro e della parcellizzazione e frammentazione dei processi decisionali ed esecutivi che caratterizzano le attività gestite in organizzazioni complesse, si verificherà se e in che termini il paradigma dell'esecuzione frazionata del reato sia suscettibile di conciliarsi con la struttura del reato omissivo improprio, secondo una ricostruzione dell'istituto concorsuale che prescindendo dal ricorso al "parametro causale" e valorizzi il significato strumentale e funzionale delle condotte dei potenziali concorrenti.

Si cercherà di dimostrare come il riferimento – in chiave sistematica – all'impedimento plurisoggettivo e frazionato sia idoneo a superare e a risolvere alcuni aspetti, incerti e controversi, che affliggono il concorso mediante omissione nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Nella prospettiva delle responsabilità penali all'interno delle organizzazioni complesse e dell'elaborazione giurisprudenziale del garante quale "gestore del rischio", lo schema dell'impedimento plurisoggettivo sarà, quindi, applicato a taluni fondamentali settori di tutela penale quali quelli concernenti la sicurezza e salute del lavoro, la tutela dell'ambiente, la cooperazione multidisciplinare in genere e l'attività medico-chirurgica di *équipe*, in particolare, la protezione civile, la prevenzione dei reati in ambito societario, avuto riguardo anche alla delicata e controversa

21. Come rilevato da F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione. Fondamento e limite della responsabilità concorsuale*, Napoli, Jovene, 2012, p. 273, il fenomeno finora oggetto di attenzione, il modello di riferimento privilegiato, è quello del concorso mediante omissione nel reato commissivo altrui.

categoria dei c.d. reati collegiali; conclusivamente, si accennerà alla crescente dialettica tra “posizioni” di garanzia *nella* persona giuridica e “funzione” di garanzia *della* persona giuridica.

**PARTECIPAZIONE
OMISSIVA: LO
*STATUS QUAESTIONIS***

PARTE PRIMA



Concorso mediante omissione

CAPITOLO 1

Sommario: SEZIONE I. PROFILI DI CARATTERE GENERALE. - 1. Concorso mediante omissione nell'altrui reato. - 2. La negazione della necessità di interferenza applicativa tra gli artt. 40 comma 2 e 110 c.p. - 3. Tentativi di delimitazione applicativa del binomio di cui agli artt. 40 comma 2 e 110 c.p. - 4. La restrizione ermeneutica del concetto di "evento", ex art. 40 comma 2 c.p. - 5. Il diritto vivente. - 6. Gli interventi selettivo-delimitativi in materia di concorso omissivo. - 6.1. Obblighi di garanzia *versus* obblighi di sorveglianza/informazione. - 6.2. Rilievi dottrinali: alcuni interrogativi. - 6.3. Poteri impeditivi. - 6.3.1. Poteri impeditivi indiretti: l'elaborazione estensiva affermatasi nella prassi. - 7. La distanza tra teoria e prassi. - 8. Ulteriori criticità dell'accertamento della responsabilità a titolo di concorso omissivo. - 9. Conclusione intermedia. - SEZIONE II. OMESSO IMPEDIMENTO DI REATI IN AMBITO SOCIETARIO. - 10. Premessa. - 11. Posizioni di garanzia aziendali. - 12. OMESSO impedimento di reati commessi nell'esercizio dell'attività imprenditoriale e nella gestione di una struttura societaria. - 13. Profili di responsabilità omissiva in capo ai componenti non esecutivi di organi di amministrazione e di controllo. La situazione antecedente alla riforma del diritto societario (2003). - 14. La riforma del diritto societario e i riflessi sulla posizione di garanzia dell'amministratore privo di delega. - 15. La responsabilità omissiva degli organi di controllo. - 16. Linee di tendenza. - 17. Le impostazioni dottrinali: una sintesi. - 18. Un profilo problematico: i poteri impeditivi. - 18.1. Orientamenti selettivo-restrittivi. - 18.2. Orientamenti intermedi. - 18.3. Orientamenti estensivi. - 19. Bilancio dell'indagine.



SEZIONE I PROFILI DI CARATTERE GENERALE

1. Concorso mediante omissione nell'altrui reato

Nell'economia della presente indagine assume un'importanza fondamentale la relazione di interferenza tra gli artt. 40, comma 2 e 110 c.p.

Tradizionalmente, tale rapporto assume rilevanza, soprattutto, nel quadro della c.d. partecipazione omissiva e, più precisamente, dell'omesso impedimento di un reato commissivo, ogni qual volta in capo al soggetto sia riscontrabile un obbligo giuridico di impedimento.

Nella dottrina e nel diritto vivente, il dibattito sul concorso omissivo si polarizza, in effetti – in forma quasi esclusiva – sul c.d. concorso mediante omissione nel reato commissivo¹.

Sul presupposto che la fattispecie plurisoggettiva eventuale possa realizzarsi anche attraverso una condotta concorsuale di tipo omissivo², da tempo si ammette che possa rispondere di concorso nell'altrui reato commissivo il titolare di un obbligo giuridico di impedimento, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. Il termine "evento" ivi previsto viene, infatti, inteso quale "reato" che si ha il potere-obbligo giuridico di evitare in quanto titolari di una posizione giuridica di garanzia contenutisticamente omogenea e teleologicamente orientata all'impedimento di altrui reati.

Prevale, dunque, nettamente l'idea che l'applicazione congiunta delle due clausole di parte generale sia necessaria in funzione incriminatrice del concorso mediante omissione nell'altrui reato³.

1. *Ex multis*, v. A. di Martino, *Concorso di persone*, in *Le forme di manifestazione del reato*, G.A. De Francesco (a cura di), in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 192 ss.

2. V. T. Padovani, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa, Pisa University Press, 2015, p. 58.

3. *Ex multis*, v. A. Crespi, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in *Studi di diritto penale societario*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2010, p. 75 ss.; A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini Press Srl, 1985, p. 205 ss.; G. Grasso, *Il reato omissivo improprio*, op. cit., p. 327 ss.; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 122 ss.; A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e*

L'orientamento dominante attribuisce, come è noto, un diverso significato alla nozione di "evento" di cui all'art. 40, comma 2, c.p., a seconda che si tratti di realizzazione monosoggettiva oppure si versi in ambito concorsuale: mentre nel primo caso – corrispondente al secondo livello di criminalizzazione, cui si è fatto poc'anzi cenno – l'operatività della clausola di parte generale viene circoscritta alle fattispecie di reato causalmente orientate o a forma libera, poste – tendenzialmente – a tutela di beni giuridici di particolare rilevanza, nella seconda ipotesi – corrispondente al terzo grado di criminalizzazione – la responsabilità per omesso impedimento viene estesa alla realizzazione di qualunque fattispecie incriminatrice, sia essa di mera condotta o di evento (a condotta vincolata o a forma libera).

La predetta ambivalenza – "evento" naturalistico *versus* "evento-reato" – e la dipendenza della responsabilità per omesso impedimento dell'altrui reato dalla titolarità di un'omogenea posizione giuridica di garanzia costituiscono i dati qualificanti l'impostazione prevalente in dottrina⁴.

2. La negazione della necessità di interferenza applicativa tra gli artt. 40 comma 2 e 110 c.p.

Non mancano, peraltro, tesi, minoritarie, volte a negare *ab imis* la necessità dell'interferenza applicativa tra le due clausole generali.

Ci si riferisce, in primo luogo, all'opinione che ritiene sufficiente ai fini dell'imputazione dell'altrui reato all'omittente il riferimento al solo

tutela del mercato, Bologna, Bologna University Press, 2009, p. 189 ss.; F. Palazzo, *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema "delicati"*, in «*Studium iuris*», 2, 9, 1996, p. 1108 ss.; N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 58 ss.; P. Semeraro, *Il concorso mediante omissione nel reato*, in «*L'indice penale*», 9, 2, 2006, p. 584 ss.

4. Conferme in chiave sistematica dell'attendibilità di tale soluzione vengono tratte dall'art. 138 c.p.m.p., la quale prevede un'autonoma figura di reato di omesso impedimento di reati militari; dall'art. 57 c.p., che contempla un caso specifico di responsabilità per omesso impedimento di reati da parte del responsabile di una struttura, fuori dei casi di concorso; dall'art. 30, comma 3, l. 223/1990 (sistema radiotelevisivo), in riferimento ai delitti di pubblicazioni o spettacoli osceni e, infine, dagli artt. 114 e 239 c.p.m.g.



art. 40, comma 2, c.p., sul duplice presupposto che, quale ipotesi speciale di partecipazione al reato, tale disposizione svolga un'autonoma funzione incriminatrice e che il collegamento alle norme in materia di concorso debba essere circoscritto al piano meramente disciplinare⁵.

Un'ulteriore tesi, muovendo dal presupposto che la nozione di evento – *ex art. 40, comma 2, c.p.* – debba essere intesa in senso giuridico quale offesa al bene giuridico, ritiene che, ai fini dell'imputazione dell'omesso impedimento del reato altrui, non sia necessario rapportarsi alle norme sul concorso di persone nel reato, essendo sufficiente la previsione normativa dell'equivalenza tra agire ed omettere: l'art. 40 c.p. viene interpretato, infatti, nel senso che «non impedire un'offesa che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarla»⁶.

5. V. L. Bisori, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 44, 4, 1997, p. 1339 ss., secondo il quale mentre l'art. 110 c.p. riguarderebbe il contributo commissivo, l'art. 40 c.p. avrebbe ad oggetto la compartecipazione omissiva. Secondo l'autore citato, «non vi sono ostacoli ad assimilare il contributo omissivo alla partecipazione concorsuale commissiva-attiva, di cui ricorrono i requisiti estrinseci: 1) la violazione dell'obbligo di garanzia *de quo* consente di imputare all'inerte l'intero fatto di reato commesso dal terzo, e dunque può ben dirsi che le diverse condotte convergono nel medesimo reato; 2) il numero delle persone è senz'altro superiore a quello necessario per integrare la fattispecie monosoggettiva-base, commessa integralmente dal terzo» (L. Bisori, *L'omesso impedimento*, *op. cit.*, p. 1378). La peculiarità della forma necessaria di concorso in esame sarebbe data dal fatto di fondarsi su di un obbligo giuridico di impedire il reato; dalla particolare pericolosità di determinati soggetti o per la vulnerabilità di alcuni beni giuridici; dall'attribuzione al garante di effettivi poteri giuridici di interferenza rispetto alla condotta del reo; dal fatto che oggetto dell'impedimento è il fatto illecito altrui nella sua globalità oggettiva; che deve esserci coincidenza tra il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice violata e quello che fonda la posizione di garanzia; dalla specialità del rapporto di protezione, per cui «non vi può essere una posizione di garanzia diretta alla protezione di tutti i beni di tutti i consociati». Si distingue, inoltre a seconda che il reato sia commesso da un soggetto incapace o capace: nel primo caso sarebbe sufficiente che l'obbligo di impedimento individui specificamente i beni tutelandi in relazione all'attività dell'incapace, mentre nella seconda ipotesi sarebbe necessaria una specificazione bilaterale, attinente sia ai beni tutelandi sia ai possibili soggetti autori degli illeciti, ovvero coloro su cui possono essere esercitati i poteri di interferenza, per garantire il rispetto del principio di autoreponsabilità. In definitiva, la tesi dell'autore muove dal presupposto che, se si combinarsero tra loro gli artt. 40 e 110 c.p., si stravolgerebbe la tipicità originaria della fattispecie base (v. L. Bisori, *L'omesso impedimento*, *op. cit.*, p. 1381 ss.).

6. V. A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento del fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene, 2013, p. 244 ss.; secondo l'autrice, l'autonomia/terzietà dell'obbligo di impedimento di reati commessi da terzi si fonda sul peculiare contenuto dell'obbligo di impedimento e non solo sul legame con concorso persone: l'autrice distingue, infatti, tra due diversi contenuti dell'obbligo di impedimento: da un lato, l'obbligo di impedire una certa offesa, che si traduce

Le opinioni secondo le quali gli artt. 40, comma 2 e 110 c.p. sarebbero funzionalmente chiamati ad operare su piani diversi – e non sarebbero, dunque, suscettibili di combinarsi reciprocamente – hanno ricevuto in dottrina ulteriori sviluppi e riconoscimenti⁷.

Nella misura in cui postulano un rapporto “duale” tra omettente e autore materiale del reato, in una prospettiva che, dal primo punto di vista, assume una dimensione monosoggettiva, le ricostruzioni citate finiscono o per non tenere adeguatamente conto della rilevanza del fattore plurisoggettivo nella dinamica dell’impedimento del reato, particolarmente evidente nel contesto delle organizzazioni complesse oppure per non valorizzare adeguatamente la componente omissiva – e, quindi, normativa – del contributo prestato.

nell’obbligo di impedire una certa modificazione della realtà esteriore, a prescindere dalla causa che conduce al risultato (evento naturalistico oppure reato altrui, anche di mera condotta); dall’altro, l’obbligo di impedire una certa offesa, che si traduce nell’obbligo di impedire una condotta altrui, a prescindere dal fatto che essa cagioni una modificazione della realtà esteriore (occorre che il garante sia dotato preventivamente di poteri giuridici che gli consentano di intervenire nella sfera giuridica altrui): questo sarebbe l’obbligo di impedimento del reato altrui in senso stretto (A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 250 ss.). Si ritiene, dunque, che l’interferenza tra gli artt. 40 comma 2 e 110 o 113 c.p. sia solo eventuale e non necessaria: quando l’evento da impedire sia il fatto illecito altrui, la rilevanza di omesso impedimento deriverebbe già dall’art. 40 c.p., senza necessità di invocare anche la funzione incriminatrice del concorso (A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 256). A sostegno di tale tesi si rileva che non ammettere il concorso omissivo nel reato altrui determinerebbe «irragionevoli incoerenze applicative», in quanto rimarrebbe impunito chi ometta di impedire un reato altrui privo di evento naturalistico; che, a differenza del § 13 StGB, che prevede la punizione di «chi omette di impedire un evento che appartiene alla fattispecie descritta da una norma penale», postulando che l’evento sia elemento costitutivo conseguentemente, nessuna precisazione in tal senso è contenuta nell’art. 40 comma 2 c.p. e che il reato altrui può assumere la fisionomia di evento, ove lo si consideri correttamente come un «*quid* naturalisticamente e giuridicamente distinto dalla condotta e rispetto al quale diviene logicamente possibile verificare l’efficacia impeditiva del comportamento attivo, alternativo a quello tenuto» (A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 245 ss.). In definitiva, l’autrice contesta l’automatica sovrapposizione tra omesso impedimento del reato altrui e concorso di persone (v. A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 392 ss.), ritenendo necessaria l’implicazione tra omesso impedimento del reato doloso altrui e concorso, ma non quella tra omesso impedimento colposo e concorso.

7. Secondo un’opinione dottrinale, mentre l’omesso impedimento di un reato a forma libera rileverebbe ai sensi della prima disposizione citata (si risponderebbe a titolo di autore), in caso di omesso impedimento di reato di mera condotta sarebbe applicabile unicamente l’art. 110 c.p., che attribuendo rilevanza penale a condotte atipiche, comprenderebbe anche contributi consistenti nella violazione di un dovere giuridico di fare allorquando abbiano causato o agevolato la commissione di un reato (v. P. Semeraro, *Il concorso mediante omissione*, op. cit., p. 587 ss.).



3. Tentativi di delimitazione applicativa del binomio di cui agli artt. 40 comma 2 e 110 c.p.

A fronte della peculiare e crescente vitalità applicativa del concorso mediante omissione e della ritenuta necessità di arginare la potenzialità iper-espansiva del binomio di cui agli artt. 40, comma 2, 110 c.p.⁸, in dottrina si è cercato di delimitarne la sfera di operatività, al fine di ridurre i profili di contrasto con i canoni di proporzione, sussidiarietà e frammentarietà del controllo penale.

Oltre che in rapporto al rango e al grado di offesa dei beni protetti, i tentativi di delimitazione sono stati operati interpretando in senso restrittivo ora la nozione di “evento” di cui all’art. 40, comma 2, c.p., ora la sottostante posizione di garanzia, ora, infine, escludendo la rilevanza del dolo indiretto od eventuale⁹.

4. La restrizione ermeneutica del concetto di “evento”, ex art. 40 comma 2 c.p.

In dottrina si è osservato, in senso critico, che, interagendo con l’art. 40, comma 2, c.p. prima che quest’ultimo abbia trovato la sua corretta applicazione alla fattispecie incriminatrice di parte speciale, l’art. 110 c.p., quale moltiplicatore della tipicità, finisce per estendere l’applicazione della clausola di equivalenza tra agire e omettere a qualunque reato, anche a forma vincolata o di mera condotta, a prescindere dalla presenza di un evento naturalistico, che, come è noto, costituisce il presupposto indefettibile della responsabilità omissiva impropria sul piano monosoggettivo¹⁰.

8. Le stesse considerazioni vengono poi estese al rapporto tra gli artt. 40, comma 2 e 113 c.p.

9. In quest’ultima direzione, v. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9^a ed., Milano, Giuffrè, 2020, p. 325.

10. V. G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, op. cit., p. 181 ss.; L. Risicato, *Combinazione e interferenza*, op. cit., p. 379 ss.; v., altresì, F. Argirò, *Le fattispecie tipiche di partecipazione*, op. cit., p. 272 ss.; T. Vitarelli, *Maltrattamenti mediante omissione?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 46, 1, 1998, p. 195 ss.

In difetto di adeguate basi normative della tipicità del concorso omissivo, non si comprende la ragione per la quale la “regola” – valida in ambito monosoggettivo – secondo cui l’operatività dell’art. 40, comma 2, c.p. deve essere limitata ai reati causalmente orientati, dovrebbe essere disattesa in caso di realizzazione concorsuale¹¹. L’integrazione reciproca delle due clausole di parte generale in chiave incriminatrice darebbe luogo ad una manipolazione dei confini originari di tipicità della condotta prevista dalla fattispecie incriminatrice con esiti incontrollabili e imprevedibili, in contrasto con i principi di tassatività e di personalità della responsabilità e con istanze di selettività e frammentarietà dell’intervento penale¹².

Viene, pertanto, sostenuta la necessità che alla combinazione tra le due clausole di parte generale in esame sia attribuita esclusivamente una funzione di disciplina¹³.

All’indirizzo in esame si è obiettato che, come dimostrano i casi di cui agli artt. 83 e 116 c.p., sul piano normativo la nozione di “evento” trascende, talora, l’ambito naturalistico-causale, assumendo il significato di “reato” e che il tenore dell’art. 40, comma 2, c.p. non giustifica limitazioni di tipo testuale o assiologico all’ammissibilità del concorso mediante omissione nell’altrui reato in dipendenza dell’atteggiarsi del profilo strutturale degli illeciti penali, commessi da terzi, che il garante è tenuto ad impedire¹⁴.

Ulteriori e significativi rilievi critici sono stati formulati nel contesto di orientamenti che mettono in discussione la fondatezza del ricorso al paradigma causale nell’individuazione del contributo concorsuale, spo-

11. V. L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, op. cit., p. 389; sul problema del concorso mediante omissione in reati commissivi diversi da quelli causali puri, v. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, op. cit., p. 363 ss.

12. V. L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, op. cit., p. 391; 443 ss.

13. Secondo l’impostazione in esame, se ricorrono i presupposti per l’applicazione dell’art. 40 comma 2, l’omittente non è partecipe, ma coautore (in senso normativo e non naturalistico) e le norme concorsuali rilevano esclusivamente in funzione di disciplina; se, invece, la predetta clausola di parte generale non è integrata, colui che omette l’azione doverosa è partecipe in funzione del contributo morale consistente nel rafforzamento dell’altrui proposito criminoso (v. L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, op. cit., p. 446).

14. V. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in «Criminalia», 7, 1, 2012, p. 657.



stando l'attenzione sul nesso di funzionalità obbiettiva intercorrente tra le condotte, anche omissive. In questa direzione, si è opportunamente rilevato come la soluzione volta a circoscrivere l'operatività del concorso mediante omissione ai soli reati di evento a forma libera sembri «debitrice, ancora una volta, dell'influenza del parametro "causale" anche in materia di concorso di persone», sia pur con la variazione data dalla circostanza che il termine "evento" (di cui all'art. 40, comma 2, c.p.) è ritenuto non compatibile con l'intero "fatto di reato" quale referente della condotta concorsuale¹⁵. Si ritiene, invece, che in una prospettiva di emancipazione del concorso dal dogma causale e di valorizzazione del rapporto tra le condotte dei partecipi in termini di obbiettiva strumentalità, non vi siano ragioni per vincolare la rilevanza del concorso omissivo «alla realizzazione di un fatto che contempra comunque un "evento"», giacché «anche nelle fattispecie di evento non è a quest'ultimo che si rapporta la condotta di concorso, dovendo essa risultare strettamente collegata ad un'altra condotta, sia pur causatrice di quell'evento insieme al quale venga a realizzare la fattispecie»¹⁶.

5. Il diritto vivente

Nel diritto vivente è pacifico che il titolare di un potere-obbligo giuridico di impedimento di un reato, possa, in caso di mancato impedimento, essere chiamato a risponderne ai sensi degli artt. 110 e 40 comma 2 c.p., sul presupposto che, in ottica concorsuale, la nozione di "evento" contemplata da quest'ultima disposizione sia, in linea di principio, suscettibile di ricomprendere qualunque fattispecie di reato, sia essa di mera condotta o di evento.

Il punto di riferimento della condotta di impedimento può essere, dunque, tanto, un evento, quanto una condotta umana.

15. G.A. De Francesco, *Diritto penale, op. cit.*, p. 658.

16. G.A. De Francesco, *Diritto penale, op. cit.*, p. 659, che osserva come, seguendo la tesi criticata, «neppure nei reati causalmente orientati potrebbe darsi un concorso mediante omissione, posto che in questi, insieme all'evento, figura, necessariamente, proprio quella condotta che rappresenta il termine di riferimento del nesso funzionale espresso dal contributo del concorrente».

La casistica giurisprudenziale in materia è particolarmente ricca ed assortita¹⁷: alla forma di responsabilità in esame sono state e sono ricondotte condotte omissive poste in essere da titolari di un potere di educazione, istruzione, cura, custodia, da guardie giurate, da appartenenti alle forze dell'ordine, da soggetti inseriti nella gerarchia militare, da pubblici ufficiali, da direttori di giornale e, soprattutto, dai titolari di funzioni di gestione e di controllo in ambito societario¹⁸.

6. Gli interventi selettivo-delimitativi in materia di concorso omissivo

Nella dottrina maggioritaria e nella prassi, la questione della latitudine applicativa dell'art. 40, comma 2, c.p., risulta, di fatto, superata: è pacifico che la responsabilità omissiva possa estendersi a tutte le tipologie di reato e che la combinazione tra le due clausole di parte generale sia possibile e necessaria ai fini dell'incriminazione del concorso mediante omissione¹⁹.

Mentre l'art. 110 c.p. conferisce rilevanza penale a contributi atipici ed omissivi alla realizzazione del reato plurisoggettivo, l'art. 40, comma 2, c.p. fornisce il criterio di tipizzazione di tale contributo, subordinato alla sussistenza di un vero e proprio obbligo di garanzia²⁰.

L'indubbia capacità espansiva del binomio di clausole generali in esame ha posto, peraltro, la dottrina di fronte alla necessità di individuare criteri selettivi in grado di delimitare l'ambito di rilevanza del concorso mediante omissione: tali parametri sono stati ricercati sia sul piano della

17. Sull'evoluzione giurisprudenziale in materia di partecipazione mediante omissione v. L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, *op. cit.*, p. 402 ss.

18. Le più risalenti affermazioni di responsabilità omissiva in relazione ad un illecito altrui riguardano casi di condanna per omicidio o lesioni non impediti da stretti familiari o da appartenenti alle forze dell'ordine (v., ad es. Cass., 1.2.1935, Ferruccio, in «Giustizia penale», II, 42, 1937, p. 932); sulla responsabilità per mancato impedimento da parte di agente di polizia penitenziaria delle lesioni cagionate ad un detenuto da una spedizione punitiva (di cui era pienamente a conoscenza), organizzata da altri ristretti, desunta dall'obbligo di tutelare i detenuti affidati alla propria custodia, v. Cass., V, 15.5.2012, n. 26993.

19. V. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, *op. cit.*, p. 363.

20. Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 11^a ed., Padova, Cedam, 2020, p. 569; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, *op. cit.*, p. 363.



tipicità (obbligo di garanzia, poteri impeditivi, nesso di causalità), sia sul piano dell'elemento soggettivo del reato.

Dal primo punto di vista, l'opinione prevalente tende a ritenere che, ai fini della definizione e della delimitazione dell'area della partecipazione mediante omissione, non rilevi la nozione di "evento" di cui all'art. 40 comma 2 c.p., bensì il complesso delle posizioni giuridiche di garanzia rinvenibili nel nostro ordinamento e, cioè, l'individuazione di una disposizione giuridica fondante l'obbligo di impedimento di altrui reati²¹ e il possesso di effettivi poteri giuridici/fattuali di prevenzione e di impedimento di tali illeciti penali.

La configurabilità di una responsabilità a titolo di concorso mediante omissione è, dunque, subordinata alla sussistenza – in capo all'omittente – di una posizione giuridica di garanzia avente ad oggetto la prevenzione e l'impedimento di altrui reati, quale tipologia specifica e autonoma di *Garantenstellung*²², rispetto a quelle – tradizionali – di posizione e di controllo²³.

21. V. T. Padovani, *Diritto penale*, 12^a ed., Milano, Giuffrè, 2019, p. 137, secondo il quale l'obbligo giuridico di agire circoscrive l'ambito di coloro che sono tenuti alla prestazione finalisticamente orientata ad impedire l'evento.

22. La discussione in ordine all'autonomia o meno della posizione di garanzia avente ad oggetto l'impedimento di reati altrui registra due impostazioni di massima. Secondo una prima tesi, si tratterebbe di una categoria assimilabile a quella di controllo, che darebbe luogo ad una posizione di controllo sull'agire illecito di terzi, con la sola particolarità che la fonte di pericolo sulla quale il garante ha obbligo di sorveglianza sarebbe costituita dal comportamento di un terzo (v., ad es., F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in «Diritto penale e processo», 2, 5, 1999, p. 622 ss.). Un secondo orientamento sostiene, invece, l'autonomia della categoria in esame, che darebbe, dunque, luogo ad un *tertium genus* (v., ad es., F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, p. 186). Il tratto caratterizzante di tale *Garantenstellung* viene individuato nel fatto che si impone al garante di interferire con una condotta altrui: un'interferenza cui deve corrispondere un efficace potere giuridico di comando nei confronti dell'agente perché la sua azione sia lecita e abbia successo (ossia un potere giuridico-fattuale di supremazia/comando/ingerenza nei confronti del terzo). Secondo un'opinione dottrinale, la categoria in esame non sarebbe riducibile agli obblighi di controllo per la non riconducibilità degli autori di reati (specie se capaci) al concetto di fonti di pericolo e per la punibilità dell'inosservanza dell'obbligo non ai sensi del reato omissivo improprio monosoggettivo, ma del concorso omissivo nel reato non impedito (F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, p. 186); sulla questione della autonomia o meno della tipologia di posizione di garanzia in esame, v. A. Massaro, *La responsabilità colposa, op. cit.*, p. 255.

23. Come osservato da G. Civello, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 265, mentre la posizione di protezione assume i caratteri di relazione bilaterale e predeterminata, di rapporto di dipendenza a scopo protettivo (vincolo *inter partes* e *ad personam*), la posizione di controllo implica un ipotetico vincolo pervasivo, *erga omnes*.

In sintesi, la delimitazione della forma di responsabilità in esame è stata attuata sul presupposto che, in chiave selettiva, sia necessario distinguere tra obblighi di garanzia, da un lato, e meri obblighi di sorveglianza o di agire, dall'altro, e che all'obbligo di garanzia debbano inscindibilmente corrispondere effettivi e adeguati poteri preventivo-impeditivi²⁴, in quanto l'obbligo di impedimento assolve nel nostro ordinamento principalmente una funzione preventiva²⁵.

6.1. Obblighi di garanzia versus obblighi di sorveglianza/informazione

Secondo un'impostazione largamente condivisa in dottrina, l'esigenza garantistica di arginare la tendenza prasseologica all'indiscriminata combinazione delle formule di cui agli artt. 40 comma 2 e 110 c.p.²⁶ deve essere, in primo luogo, affrontata – e può essere soddisfatta – mettendo più rigorosamente a fuoco i requisiti oggettivi del concorso mediante omissione, a partire dalla titolarità di una vera e propria posizione giuridica di garanzia – e, dunque, di un potere giuridico impeditivo²⁷ – ritenuta il presupposto imprescindibile del concorso mediante omissione.

In questa direzione, si concorda sul fatto che, ferma restando l'autonomia dei meri obblighi di agire (rilevanti nell'ambito dei c.d. reati omissivi propri), il criterio distintivo tra obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza sia dato dalla sussistenza o meno di effettivi poteri-doveri impeditivi giuridicamente conferiti all'obbligato sull'atto costituente reato²⁸. La presenza di poteri-doveri che non prevedano l'intervento di

24. Sulla necessaria corrispondenza tra obblighi e poteri di impedimento, di vigilanza, di informazione, v. F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 49, 2, 2001, p. 343.

25. V. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, *op. cit.*, p. 655.

26. Le medesime preoccupazioni si estendono all'ambito della cooperazione colposa omissiva.

27. V. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, *op. cit.*, p. 371 ss.

28. Sulla differenza tra obbligo di sorveglianza quale possibilità di controllare l'attività dei sorvegliati, per poi riferire al garante o al titolare del bene e obbligo di garanzia quale possibilità giuridica e materiale di impedire fatti illeciti altrui, v. T. Vitarelli, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 379.



retto dell'obligato, ma soltanto l'informazione del garante o del titolare del bene sull'attività illecita del terzo, non sarebbe idonea ad integrare il presupposto per la responsabilità a titolo di concorso mediante omissione.

A fronte della tendenza prasseologica ad accomunare l'obbligo di sorveglianza a quello di garanzia e ad estendere il ruolo di garanti anche a meri sorveglianti e controllori, si sottolinea l'estraneità della violazione dell'obbligo di sorveglianza alla sfera della partecipazione omissiva.

Essendo il potere giuridico sotteso all'obbligo di sorveglianza meramente *ostativo* dell'altrui azione illecita (e non *impeditivo*), la violazione del corrispondente obbligo non potrebbe rilevare *ex art.* 40, comma, 2 c.p.²⁹.

Ci si è chiesti, peraltro, se tale violazione possa eventualmente rilevare come agevolazione³⁰: pur riconoscendo che la questione si collega al criterio di tipizzazione del contributo concorsuale, si è ritenuto che la valutazione della tipicità del contributo concorsuale omissivo non possa prescindere dal riferimento all'art. 40, comma 2, c.p., con la conseguente esclusione della rilevanza di forme di mera agevolazione negativa dell'evento reato che esulino dall'ambito di applicazione della predetta clausola generale³¹.

A proposito dell'eventuale rilevanza concorsuale attribuibile alla violazione degli obblighi di sorveglianza, si è ritenuto che se l'inosservanza di quest'ultimi, irrilevante nei casi di esecuzione monosoggettiva, acquistasse significato in relazione all'attività svolta da terze persone, si porrebbero, inevitabilmente, profili di contrasto con l'art. 27 comma 1 Cost.³².

29. V. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, *op. cit.*, p. 374.

30. In tema, v. F. Argirò, v. *Agevolazione colposa*, in *Il reato colposo*, M. Donini (a cura di), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 20 ss.; G. Denora, *Condotta di agevolazione e sistema penale*, Napoli, Esi, 2006, p. 107 ss.

31. V. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, *op. cit.*, p. 374 ss.; 380, secondo la quale le condotte omissive non sono in grado di concorrere sul piano naturalistico alla realizzazione di alcunché; L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, *op. cit.*, p. 413.

32. V. F. Argirò, *Le fattispecie tipiche*, *op. cit.*, p. 283; nel senso che soltanto l'obbligo di garanzia e, dunque, l'interferenza diretta, consentirebbe di ritenere l'illecito del terzo proprio dell'omittente, v. T. Vitarelli, *Delega di funzioni*, *op. cit.*, p. 381.

L'inosservanza di obblighi di mera sorveglianza-informazione non solo non potrebbe fondare il concorso omissivo ma, in difetto di specifiche e mirate incriminazioni di parte speciale, non sarebbe, dunque, in grado di assumere alcuna rilevanza penale³³.

6.2. Rilievi dottrinali: alcuni interrogativi

Ai fini della presente indagine, assumono particolare interesse le osservazioni secondo cui sia l'obbligo di garanzia, sia l'obbligo di sorveglianza, sarebbero finalizzati all'impedimento di reati: il primo impone e consente l'intervento personale e diretto, mentre il secondo un intervento di tipo indiretto o mediato³⁴.

Un'identità teleologica – quella individuata alla base delle due tipologie di obblighi di agire – che si rivela di particolare pregnanza sul piano sistematico e sulla quale si ritornerà in seguito, allorquando si metteranno in discussione alcuni “punti fermi” della *communis opinio* appena illustrata.

Non sono, peraltro, mancati, spunti dottrinali volti ad ipotizzare la configurabilità della partecipazione mediante omissione atipica ovvero tramite una condotta omissiva che, singolarmente considerata, non sarebbe sussumibile nello schema dell'art. 40, comma 2, c.p.³⁵. A sostegno di tale tesi si è rilevato che la formulazione dell'art. 116 c.p. induce a ritenere che «l'art. 110 c.p. ricomprenda, all'interno della sua portata, non solo il contributo rappresentato dall'omissione tipica, ma anche la

33. V. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, op. cit., p. 151 ss.; 372; T. Vitarelli, *Delega di funzioni*, op. cit., p. 379 ss.

34. V. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, op. cit., p. 123; T. Vitarelli, *Delega di funzioni*, op. cit., p. 379.

35. V. P. Semeraro, *Il concorso*, op. cit., p. 588, il quale osserva come a favore di tale impostazione si fosse pronunciato F. von Liszt, *Traité de droit penal allemand*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1911, p. 334, il quale, «pur avendo elaborato la formula descrittiva dell'omesso impedimento dell'evento, accolta successivamente dal codice Rocco, non riteneva di dover ricorrere ad essa per disciplinare la partecipazione mediante omissione a reato ma, al contrario, precisava che il contributo concorsuale poteva essere realizzato mediante semplice omissione nell'ipotesi in cui esistesse un obbligo giuridico»; secondo A. Nisco (*Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 197), P. Semeraro si riferirebbe alla partecipazione mediante omissione atipica in merito alle ipotesi in cui si tratti di impedire un reato insuscettibile di conversione ex art. 40, comma, 2 c.p. sul piano monosoggettivo.



condotta che si sostanzia in una omissione atipica, cioè non integrante di per sé gli estremi dell'illecito penale» e che, nell'ambito del concorso omissivo, possano, dunque, rilevare anche doveri giuridici di fare non supportati da poteri impeditivi³⁶. A quest'ultima constatazione, peraltro non sviluppata ulteriormente sul piano sistematico, si collega l'interessante rilievo, svolto in riferimento all'elaborazione tedesca in materia di concorso di persone, secondo cui il contributo omissivo presenta maggiori analogie con la complicità che con l'autoria³⁷.

Recependo quest'ultime sollecitazioni, per il momento ci si limita a sottolineare il fatto che – aderendo all'idea secondo cui l'inottemperanza dell'obbligo di sorveglianza non sarebbe punibile a titolo di concorso mediante omissione nel reato altrui e possa assumere rilevanza penale soltanto in presenza di fattispecie incriminatrici “*ad hoc*” – si finisce per porre sullo stesso piano situazioni manifestamente differenti: quella, di connivenza, in cui versa l'*extraneus* che non si attivi in quanto privo di obblighi di agire e quella del soggetto che non si attivi, pur risultando titolare di obblighi di agire o di sorveglianza/informazione (non impeditivi e, dunque, di per sé considerati, estranei alla sfera di garanzia).

Tale, non convincente, esito appare la conseguenza della tendenza ad inquadrare il significato e la tipicità della violazione di obblighi di sorveglianza/informazione in una prospettiva rigidamente e angustamente individuale e unisoggettiva, atomisticamente circoscritta, cioè, alla relazione tra singolo obbligato e reato da impedire, che non tiene conto delle delicate dinamiche relazionali di cui sono intessute le attività svolte nelle organizzazioni complesse.

In difetto di incriminazioni *ad hoc* di parte speciale (nella forma del reato omissivo proprio), si può senz'altro escludere *tout court* la tipicità – concorsuale – di violazioni di obblighi di agire non fondanti di per sé una posizione di garanzia?

36. V. P. Semeraro, *Il concorso*, op. cit., p. 589 ss., il quale rileva che la formulazione dell'art. 116 c.p. induce ritenere che «l'art. 110 c.p. ricomprenda, all'interno della sua portata, non solo il contributo rappresentato dall'omissione tipica, ma anche la condotta che si sostanzia in una omissione atipica, cioè non integrante di per sé gli estremi dell'illecito penale».

37. V. L. Riscato, *Combinazione e interferenza*, op. cit., p. 381.

Per poter rispondere a tale interrogativo si dovrà verificare se, nel quadro della fattispecie plurisoggettiva eventuale, simili inosservanze non possano assumere rilevanza, per effetto del meccanismo di “tipicità modificata” cui si è fatto riferimento nell’*incipit* della nostra indagine.

6.3. Poteri impeditivi

La *communis opinio* in tema di concorso omissivo poggia, come si è visto, sulla rilevanza fondamentale attribuita alla titolarità di poteri effettivamente impeditivi (sovente qualificati in senso *giuridico*)³⁸, quale *conditio sine qua non* dell’integrazione della forma di responsabilità in esame. All’obbligo giuridico di agire deve corrispondere un effettivo potere impeditivo dell’evento-reato: in caso contrario, si avrebbe una responsabilità per fatto altrui.

In sede di analisi differenziale tra sfera di garanzia e sfera di sorveglianza/informazione si suole valorizzare la distinzione tra poteri-obblighi impeditivi, da un lato, e poteri-obblighi ostativi, dall’altro, sul presupposto che soltanto il mancato esercizio o la violazione dei primi possa integrare gli estremi del concorso per omissione.

Alla luce della tendenza prasseologica a sbiadire e a relativizzare tale distinzione, con la conseguente estensione della titolarità di posizioni giuridiche di garanzia anche in capo a sorveglianti, vigilanti, controllori o informatori, in dottrina è stato approfondito il profilo contenutistico-strutturale dell’obbligo-potere impeditivo.

Secondo un’impostazione largamente condivisa, quest’ultimo si sostanzia nel potere-dovere giuridico di vigilare sull’operato di terzi e di impedirne il compimento di azioni illecite³⁹. Come è stato osservato, se nella maggior parte dei casi «l’enucleazione del potere impeditivo è il risultato dell’intreccio di disposizioni diverse», in alcuni casi tale potere

38. Ossia correlati alla funzione svolta (poteri nominati o tipici), con esclusione degli strumenti o mezzi non necessariamente connessi alle mansioni svolte.

39. Come osservato in dottrina, non sempre vi è una corrispondenza biunivoca tra il potere ostativo esercitabile dal garante e la disposizione giuridica fondante l’obbligo di impedire l’evento (v. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l’evento*, op. cit., p. 642).



«può anche essere privo di sostrato normativo, risolvendosi in un potere di fatto»⁴⁰.

All'interno del *genus* "potere impeditivo" sono state, inoltre, operate alcune differenziazioni di tipo ora contenutistico, ora modale, tra loro collegate: dal primo punto di vista, si distingue tra poteri impeditivi a carattere naturalistico e poteri impeditivi a carattere normativo; dal secondo punto di vista, tra interventi diretti e interventi mediati.

Sotto il primo profilo, si è osservato che mentre nei casi in cui «il soggetto obbligato sia chiamato a fronteggiare il rischio di verificazione di un evento lesivo naturalistico conseguente all'esposizione al pericolo del bene protetto», «i poteri di impedimento devono misurarsi in termini naturalistici o di capacità tecnica», assumendo «una connotazione essenzialmente fattuale», nelle ipotesi di poteri impeditivi a carattere normativo (e, cioè, nelle ipotesi in non venga in rilievo l'impedimento di un evento naturalistico in senso stretto, bensì la neutralizzazione di un reato di mera condotta, di evento a condotta vincolata o di un fatto illecito altrui avente tali caratteristiche), «la scelta tra intervento diretto o mediato dovrà raccordarsi ulteriormente con i limiti operativi degli strumenti giuridici che l'ordinamento ha messo specificamente nella disponibilità del garante»⁴¹.

Mentre nel primo caso si registra, dunque, l'atipicità dei poteri impeditivi, in ambito normativo la frammentarietà recupererebbe la propria specifica valenza attraverso la tassatività e tipicità dei poteri impeditivi e l'inesigibilità di una «capacità avversativa» in termini generalizzati: la punibilità del garante sarebbe subordinata «unicamente alla realizzazione di determinate modalità comportamentali», sul presupposto secondo cui non sussisterebbero «in linea di principio, ragioni per escludere che le medesime esigenze di selettività delle condotte penalmente rilevanti sul piano della tipicità commissiva non debbano valere anche per le

40. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 643.

41. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 644 ss., la quale ritiene che «il ricorso a poteri fattuali rappresenta, indubbiamente, la modalità privilegiata dell'assolvimento dell'obbligo impeditivo nel caso di fattispecie causalmente orientate caratterizzate dalla presenza di un evento naturalistico».

eventuali ipotesi di responsabilità omissiva impropria»⁴². A tracciare in chiave selettiva «le modalità dell'omissione penalmente rilevante» sarebbe, dunque, «la predeterminazione normativa dei poteri riconducibili al garante»⁴³. Al fine di evitare derive fattuali, la tesi del potere normativo di impedimento come potere “tipico” muove, dunque, dal presupposto secondo cui «ciò che è penalmente pretendibile dal garante non può oltrepassare, da un lato, la specifica competenza del soggetto obbligato e, dall'altro lato, il fine specifico per cui allo stesso è stato affidato un determinato potere»⁴⁴.

Si tratta di un'impostazione che mira a contrastare la consolidata tendenza giurisprudenziale a comprendere all'interno del concetto di potere impeditivo «tutto ciò che è in grado di esplicitare un'efficacia ostativa all'offesa del bene tutelato»⁴⁵, includendo di riflesso nell'ambito dei vincoli di garanzia anche obblighi di agire⁴⁶ o di vigilanza/informazione, cui non corrisponde un potere impeditivo in senso stretto.

6.3.1. *Poteri impeditivi indiretti: l'elaborazione estensiva affermata nella prassi*

Valorizzando l'ampia “graduabilità” del potenziale impeditivo, in giurisprudenza si ritengono, in effetti, *impeditivi* non solo gli strumenti a disposizione del soggetto obbligato per neutralizzare l'altrui reato, ma anche mezzi dotati di minore efficacia e intensità ostativa, che possano, comunque, influenzare il corso degli eventi.

Mediante la flessibilizzazione del concetto di “potere impeditivo” si incide profondamente sulla figura del “garante”, facendo in modo che nella stessa finiscano per essere attratte e livellate situazioni giuridiche soggettive eterogenee e qualitativamente e funzionalmente differenziate.

42. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 659 ss., secondo la quale sussisterebbe «una corrispondenza biunivoca tra la tipologia di evento da impedire e i connessi poteri utilizzabili in chiave ostativa dal soggetto gravato dall'obbligo di garanzia».

43. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 661.

44. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 663.

45. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 662.

46. Nel senso che i poteri impeditivi possano essere anche quelli correlati ad un mero obbligo di attivarsi, v. Cass. IV, 11.3.2010, n. 16761.



Di particolare interesse, ai fini della presente indagine, si rivela la tesi giurisprudenziale secondo cui il potere di impedimento può sostanziarsi sia nell'intervento personale e diretto del soggetto obbligato, sia nella sollecitazione dell'altrui azione, ossia nel c.d. intervento mediato⁴⁷.

Secondo la S.C., il fatto che i titolari della posizione di garanzia debbano essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi «non significa che dei poteri impeditivi debba essere direttamente fornito il garante, è sufficiente che gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che l'evento dannoso venga cagionato, per la operatività di altri elementi condizionanti di natura dinamica»⁴⁸. Ritenuto che «la posizione di garanzia richiede l'esistenza di poteri impeditivi che, però, possono anche concretizzarsi in obblighi diversi e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente volti ad impedire il verificarsi dell'evento» e che «del resto nella gran parte dei casi i garanti non dispongono sempre e in ogni situazione di tutti i poteri impeditivi che invece di volta in volta si modulano sulle situazioni concrete», la S.C. ha messo in discussione la tesi dottrinale secondo cui la titolarità di una mera posizione di sorveglianza non sarebbe idonea a far sorgere l'obbligo di impedire l'evento⁴⁹.

Ritenendosi sufficiente che il soggetto obbligato ad agire o a sorvegliare attivi i poteri impeditivi da lui esigibili⁵⁰, si giunge alla conclusione secondo cui «un soggetto è titolare di una posizione di garanzia, se ha la possibilità, con la sua condotta attiva di influenzare il decorso degli

47. Nel senso che la posizione di garanzia richiede poteri impeditivi che non sono necessariamente quelli diretti a impedire il verificarsi dell'evento, ben potendo trattarsi di poteri di natura meramente sollecitatoria, v. Cass. IV, 11.3.2010, n. 16761.

48. Cass. IV, 10.6.2010 n. 38991; in dottrina, tra i vari commenti, v. F. Palazzo, *Morti da amianto e colpa penale*, in «Diritto penale e processo», 17, 2, 2011, p. 185 ss.

49. Cass. IV, 10.6.2010, n. 38991.

50. V. Cass. IV, 10.6.2010, n. 38991: «a titolo esemplificativo, la madre il cui figlioletto sta annegando non è tenuta a soccorrerlo se non sa nuotare, ma ciò non la esime certo dal chiamare i soccorsi; e così il medico che, nel corso di una terapia o di un intervento chirurgico, si rende conto di non essere in grado di affrontare un problema imprevedibile non va esente da responsabilità se non chiede l'intervento dello specialista che questo problema è in grado di affrontare».

eventi indirizzandoli verso uno sviluppo atto ad impedire la lesione del bene giuridico da lui preso in carico»⁵¹.

In tal modo, la S.C. finisce per scardinare la radicale distinzione dottrinale (elaborata, soprattutto, in materia di reati societari) tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza che, non essendo supportati da adeguati poteri d'intervento sulle situazioni di pericolo, non comporterebbero doveri impeditivi (con la conseguente inapplicabilità dell'art. 40, comma 2, c.p.).

Il rischio, sotteso all'indirizzo giurisprudenziale in esame, è che il reato omissivo improprio sia surrettiziamente trasformato in un reato di mera condotta, incentrato sull'omessa diminuzione del rischio del verificarsi dell'evento, con l'accentuazione del carattere ipotetico e congetturale dell'accertamento dell'idoneità dell'omessa azione doverosa a neutralizzare il processo causale sfociato nell'evento tipico⁵².

Un rischio che sembra confermato e, per certi versi, acuito, da una duplice tendenza emergente dalla prassi: l'inclinazione a trasformare surrettiziamente i reati omissivi impropri in reati di mera condotta e viceversa (come ha dimostrato la sorte dell'omissione di soccorso nel caso "Vannini")⁵³ e la non infrequente propensione a sovrapporre la po-

51. Cass. IV, 10.6.2010, n. 38991; Cass., IV, 18.1.2013, n. 39158.

52. Sulla "fuga in avanti" della fattispecie omissiva impropria, v. C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in «Rivista italiana di medicina legale», 14, 4, 1992, p. 821 ss.; come osservato da M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, R. Bartoli (a cura di), Firenze, Firenze University Press, 2010, p. 383, nella prassi si registra la trasformazione «di un reato doloso di evento nell'agire omissivo colposo: l'accertamento dell'obbligo di impedimento viene fondato sulla violazione dell'obbligo di controllo; l'accertamento del nesso causale tra condotta omissiva e reato non impedito viene presunto nella stessa violazione dei doveri di controllo; infine la violazione dei doveri di controllo fonda la prevedibilità dell'evento che, attraverso presunzioni, giustifica imputazione a titolo di dolo eventuale. In tal modo, quella che dovrebbe essere una responsabilità fondata su un reato omissivo improprio doloso (il volontario mancato impedimento dell'altrui reato) si trasforma, di fatto, nella imputazione colposa di un reato di pura condotta (il colposo mancato assolvimento dei doveri di controllo)».

53. V. Cass. I, 6.3.2020, n. 9049; sul punto, sia consentito rinviare ad A. Gargani, *Lo strano caso dell'"azione colposa seguita da omissione dolosa". Uno sguardo critico alla sentenza "Vannini"*, in «Discrimen», 3, 18.11.2020, p. 3 ss.



sizione di garanzia all'elemento soggettivo del reato, oscurando, così, il ruolo della colpevolezza nella fondazione della responsabilità⁵⁴.

Come vedremo meglio nel prosieguo dell'indagine, il tema dei poteri mediati o indiretti di intervento assume un notevole e specifico rilievo nell'ambito delle organizzazioni complesse, in contesti plurisoggettivi di interazione cooperativa, in cui la funzione di garante è inscindibile da poteri-doveri di natura sollecitatoria, di attivazione di idonei meccanismi di impedimento dell'evento-reato.

7. La distanza tra teoria e prassi

I tentativi dottrinali di delimitare ed arginare le dinamiche espansive che il binomio "omissione-concorso di persone" palesa sul piano applicativo si sono dimostrati per molti versi inidonei allo scopo.

Non si può fare a meno di rilevare la distanza – pressoché, incolmabile – che intercorre tra le posizioni sostenute in dottrina e quelle emergenti in giurisprudenza. Ai richiami dottrinali all'inevitabile eccezionalità della responsabilità per omesso impedimento del fatto illecito altrui, alla necessità di una accentuata selezione delle figure di garanti, al pericolo concreto di violazione dei principi di personalità e di autore-sponsabilità, al rischio che la responsabilità omissiva degeneri in responsabilità di posizione⁵⁵, fa da contraltare la tendenza giurisprudenziale ad ampliare *ad libitum* il novero degli obblighi di garanzia, svalutando il ruolo pregiudiziale della fonte giuridica dell'obbligo di impedimento e

54. Nel senso che «la posizione di garanzia, il ruolo di governo di un rischio, non implica automaticamente la responsabilità colpevole quando manchi la prova che l'agente abbia violato una specifica regola cautelare che avrebbe agito su un evento prevedibile ed evitabile», v. Cass. IV, 23.5.2013, n. 36399, in «Rivista italiana medicina legale», 35, 2, 2014, p. 236, con nota di C.D. Galati.

55. V., ad es., L. Riscicato, *Combinazione e interferenza*, *op. cit.*, p. 388, secondo cui l'individuazione della posizione di garanzia dovrebbe effettuarsi sulla base di referenti rigorosamente oggettivi che riguarderanno: il potere di signoria sulla fonte di pericolo; il rapporto tra qualifica del garante e il tipo di pericolo che è chiamato a neutralizzare; l'aumento dell'esposizione a pericolo del bene protetto conseguente alla concreta assunzione della posizione di garanzia: il garante crea infatti nel titolare del bene una specifica situazione di affidamento in grado di fondare un'eccezione al principio di autore-sponsabilità vigente nel nostro ordinamento.

flessibilizzando all'occorrenza il contenuto del potere impeditivo. L'equiparazione tra cagionare e non impedire si tramuta in una duttile e postuma assimilazione, fondata sull'analogia di disvalore.

La gestione giurisprudenziale dell'art. 40, comma 2, c.p. in ambito concorsuale rende il concorso per omissione un "monolite" capace di attrarre e di livellare tra loro situazioni e profili che meriterebbero una valutazione più rigorosa e discretiva: il tentativo di depurare l'istituto in esame dai molteplici "corpi estranei" è reso, peraltro, viepiù problematico dalla tendenza – di carattere generale – a rimanere legati – più o meno consapevolmente – ad alcuni vischiosi "dogmi" – in particolare, quello causale e quello della c.d. accessorieta' – che si rivelano scarsamente funzionali rispetto all'obbiettivo di razionalizzazione e di riequilibrio nella distribuzione delle colpe e delle responsabilità.

La carenza di determinatezza che affligge la configurazione legale della posizione di garanzia e la previsione di obblighi di impedimento si traducono nell'insostenibile ampliamento della discrezionalità giudiziale e nell'imprevedibilità e indeterminabilità dei confini della responsabilità per omesso impedimento dell'altrui reato⁵⁶.

Ne emerge ulteriormente avvalorata la visione del reato omissivo improprio quale reato non scritto, dall'assai ridotta capacità generalpreventiva: l'indefinitezza e il difetto di riconoscibilità del comportamento impeditivo atteso⁵⁷ imprimono, in effetti, all'istituto in esame una funzionalità quasi esclusivamente punitivo-repressiva.

Quali tipologie di evento-reato si è tenuti ad impedire? A ben vedere, *ex ante* è possibile conoscere l'oggetto del dovere – ovvero la tutela di un determinato bene giuridico – ma non è, invece, sempre agevole prefi-

56. Sul diritto penale giurisprudenziale, *ex multis*, v. D. Perrone, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 33 ss.; 68 ss.; 187 ss.

57. In dottrina si sottolineano la tendenza prasseologica all'accertamento in concreto alla luce del contesto in cui l'omissione è maturata, la genericità delle indicazioni in ordine alla condotta doverosa omessa e lo scarso contributo alla tipizzazione del contributo concorsuale omissivo (v. M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione*, op. cit., p. 369 ss.; 382 ss.); sull'attesa sociale di tutela, v. M. Riverditi, *L'obbligo di impedire l'evento: una ricostruzione critica*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, S. Vinciguerra, F. Dassano (a cura di), Napoli, Esi, 2010, p. 748.



gurarsi l'accadimento lesivo che siamo chiamati ad evitare: in effetti, dal punto di vista tipologico e funzionale, l'evento da impedire non coincide, propriamente, con l'oggetto dell'obbligo di garanzia, che risulta per certi versi più ampio, per altri, più definito. Tale discrasia acuisce ulteriormente la difficoltà di rappresentarsi *ex ante* la gamma di esiti lesivi compresi nel dovere di impedimento.

Come è stato rilevato, quello previsto dall'art. 40, comma 2, c.p. è uno «strumento che in orbita concorsuale presenta un conto che il concorso non è in grado di pagare»⁵⁸.

8. Ulteriori criticità dell'accertamento della responsabilità a titolo di concorso omissivo

Le accennate difficoltà sono destinate ad accrescersi non appena si volga lo sguardo allo stadio immediatamente successivo dell'accertamento della tipicità della condotta omissiva. L'opinione dominante è, infatti, dell'avviso che, ai fini dell'imputazione dell'altrui reato al garante, sia necessario verificare il nesso di dipendenza eziologica tra l'omissione e il verificarsi dell'evento-reato⁵⁹.

Il problema causale, già delicato nell'ambito di esecuzione monosoggettiva, si complica ulteriormente in caso di concorso omissivo, ove la causalità diviene la "foglia di fico" dietro alla quale vengono occultate presunzioni di responsabilità o semplificazioni probatorie⁶⁰.

Una prima, rilevante, criticità è data dal fatto che, nella prassi, non è infrequente il caso che il nesso di causalità non venga effettivamente accertato (quanto meno alla stregua dei parametri indicati dalle Sezioni Unite, nella sentenza "Franzese")⁶¹ e che sia, di fatto, presunto: il carat-

58. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 61.

59. *Ex multis*, v. G.A. De Francesco, *Invito al diritto penale*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 64 ss.; sulla causalità come fondamento dell'imputazione dell'evento dal punto di vista normativo, quale possibilità di evitare il verificarsi dell'esito lesivo (modificazione del processo causale tendente all'evento) e sul carattere ipotetico dell'accertamento causale in ambito omissivo, con i riflessi sul piano del libero convincimento del giudice e sul principio *in dubio pro reo*, v. M. Maiwald, *Causalità e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 89 ss.

60. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 58.

61. Sulla relazione ipotetica tra condotta doverosa ed evento e sul difetto di applicabi-

tere ipotetico-normativo della causalità omissiva⁶² fa sì che il nesso causale sia implicito nella stessa condotta omissiva⁶³ e, cioè, che sia dedotto dalla titolarità di poteri impeditivi (o, addirittura, dal riconoscimento di un obbligo giuridico di agire)⁶⁴.

L'impiego di formule imputative incentrate sul fatto di «influenzare o indirizzare il corso degli eventi» introduce «un “surrogato” concettuale del concetto di “impedimento”, strettamente legato al ruolo istituzionale del garante, in grado di assorbire e superare le incertezze e le difficoltà che pone la spiegazione delle dinamiche causali»⁶⁵.

Come è stato osservato, nell'ambito della causalità omissiva, siamo fenomenologicamente di fronte ad una forma *sui generis* di imputazione dell'evento “senza causalità”, che poggia in realtà sull'aumento del rischio quale coefficiente di ascrizione dell'evento e sull'accentuazione del disvalore della condotta⁶⁶.

lità del criterio dell'esclusione di fattori alternativi, sull'irraggiungibilità della prova della causalità omissiva, v. D. Pulitanò, *Diritto penale*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2007, p. 243, il quale – in riferimento a F. Stella, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali*, in «Cassazione penale», 56, 3, 2005, p. 1062 rileva come la certezza dell'impedimento sia una certezza pensata a partire da premesse controfattuali in qualche misura idealizzate; per ulteriori approfondimenti, v. F. Mucciarelli, *Omissione e causalità ipotetica: qualche nota*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 10, 2010, p. 137 ss.; M. Narvaez Mora, *Causalidad y omisión en la actuación médica. Rompecabezas conceptual para el enjuiciamiento penal*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 10, 2010, p. 205 ss.

62. È noto come negli stessi lavori preparatori al codice penale la causalità omissiva sia qualificata come una forma di causalità indiretta.

63. V. M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione*, op. cit., p. 383; 389.

64. Sul carattere ipotetico-congetturale della causalità omissiva e sul rilievo del libero convincimento del giudice, anche in rapporto al principio “*in dubio pro reo*”, v. M. Maiwald, *Causalità*, op. cit., p. 90; sulla tendenza prasseologica a presumere la rilevanza causale dell'intervento impeditivo, v. L. Bisori, *L'omesso impedimento*, op. cit., p. 1385.

65. V. A. Gargani, *Omesso impedimento di calamità naturali? La problematica posizione di garanzia posta a carico dei titolari di funzioni di protezione civile*, in «La legislazione penale», 36, 6.11.2015, p. 23 ss.

66. M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione “per aumento del rischio”. Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1, 1999, p.37 ss.; 40 ss., il quale distingue tra due diverse impostazioni: la considerazione del rischio *ex ante*, in termini di idoneità *ex ante* (sufficienza di una omissione pericolosa o più pericolosa di quanto *ex ante* apparesse l'inosservanza) e la considerazione del rischio *ex ante* ed *ex post*: accertamento anche *ex post* dell'aumento (evitabilità dell'evento da parte del comportamento alternativo lecito (causalità della colpa) e nell'omissione (causalità dell'omissione); per la valorizzazione del criterio dell'aumento del rischio nell'ambito della responsabilità per omesso impedimento



Per quanto ci si sforzi di sottolineare la necessità che siano indicate e determinate le condotte impeditive del reato in concreto verificatosi e che siano estese all'indagine sul nesso causale i metodi fissati dalla sentenza "Franzese"⁶⁷, si profila un'alternativa spiazzante: la flessibilizzazione dei canoni fissati dalle Sezioni Unite, in funzione dell'imputazione dell'evento al garante inadempiente ovvero la presa d'atto della frequente difficoltà – se non impossibilità – di accertare oltre ogni ragionevole dubbio la dipendenza dell'evento-reato dall'omissione del garante.

Da quest'ultimo punto di vista, il criterio della certezza dell'impedimento paga un prezzo non insignificante, ossia quello di lasciare senza reazione penale inadempimenti colpevoli (anche gravemente colpevoli), ma dei quali sia dubbia la rilevanza causale: si tratta di un limite specifico di funzionalità del modello di reato commissivo per omissione, che si aggiunge ai limiti generali di funzionalità del paradigma causale e che potrebbe indurre alla ricerca di alternative tecniche più idonee ad assicurare le esigenze repressive valorizzate dalla giurisprudenza⁶⁸.

Una volta che si sia "accertato" il nesso di causalità e si passi al profilo della colpevolezza, si aprono gli ampi spazi della c.d. *normativizzazione del dolo*⁶⁹: nel diritto vivente, si registra, infatti, la difficoltà ad affrancarsi dalla vischiosa tendenza a trasformare presuntivamente in dolo ciò che in realtà è colpa, ossia la (più o meno sistematica) abdicazione dei doveri di controllo, la violazione della regola cautelare in ordine ai doveri di controllo quale indicatore del dolo⁷⁰. L'equiparazione prasseologica della conoscibilità alla consapevolezza effettiva, l'utilizzo della violazione della regola cautelare quale prova dell'accettazione del rischio, poggiano, appunto, sulla considerazione della violazione delle regole sul controllo quale elemento sintomatico del dolo⁷¹.

dell'evento, v. A. Perin, *L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di chances"*, in «Archivio penale», 73, 2, 2018, p. 1 ss.

67. V. M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione*, op. cit., p. 388.

68. V. D. Pulitanò, *Diritto penale*, op. cit., p. 244.

69. *Ex multis*, v. C. Pedrazzi, *Tramonto del dolo?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 48, 4, 2000, p. 1265 ss.

70. V. M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione*, op. cit., p. 370.

71. V. M. Pelissero, *Il concorso doloso mediante omissione*, op. cit., p. 382.

9. Conclusione intermedia

Giunti al termine della sintetica ricognizione degli orientamenti prevalenti nell'esperienza interna, è possibile mettere a fuoco alcuni capisaldi dell'opinione dominante in materia di concorso mediante omissione.

Come si è potuto constatare, i presupposti di tale forma di responsabilità sono – almeno formalmente – subordinati alla sussistenza di un obbligo giuridico di garanzia e alla possibilità del titolare di tale obbligo di attivarsi per impedire l'evento-reato.

Fermo restando il costante fenomeno di estensione e dilatazione progressiva che tali requisiti subiscono nella prassi applicativa – e che, forse, dovrebbe indurre a rimeditare l'efficienza di tali presupposti sul piano delle garanzie – quel che preme sottolineare nell'economia della presente indagine sono alcuni “punti fermi” intorno ai quali si è venuta formando la *communis opinio* in tema di concorso omissivo.

In primo luogo, non si ritengono configurabili forme di agevolazione negativa del fatto illecito altrui al di fuori dei requisiti stabiliti dalla clausola di equiparazione tra agire e non impedire. Si tratta di un'impostazione debitrice delle omologhe conclusioni alle quali è giunta l'elaborazione dottrinale maggioritaria in Germania⁷², peraltro, in riferimento

72. A tal proposito, v. L. Riscicato, *Combinazione ed interferenza*, *op. cit.*, p. 413 ss., in cui si propone di verificare se, nell'elaborazione tedesca, sia possibile distinguere tra reità omissiva e forme di mera complicità negativa nel fatto illecito altrui (ossia forme di partecipazione diverse dalla correatità). A tal fine, si mette preliminarmente a fuoco il ruolo attribuito dalla dottrina tedesca all'omittente all'interno della fattispecie concorsuale ossia l'assunto secondo cui la partecipazione omissiva è solo analoga a quella commissiva; il criterio della signoria sul fatto (*Tatherrschaft*) se utilizzabile solo in rapporto ai reati commissivi e il contenuto dell'obbligo di garanzia è determinante ai fini del ruolo dell'omittente nella fattispecie concorsuale (*Combinazione ed interferenza*, *op. cit.*, p. 418 ss.). Ciò premesso, vengono distinti tre orientamenti di massima (*Combinazione ed interferenza*, *op. cit.*, p. 422 ss.): il primo nega la configurabilità di forme di complicità omissiva (partecipazione mediante omissione quale forma di manifestazione della responsabilità per omesso impedimento), ammettendo spazio solo per casi di autoria (*Tatherrschaft*); il secondo riconduce tutte le condotte di partecipazione omissiva alla figura della complicità (*Beihilfe*), nella forma dell'agevolazione negativa del fatto illecito altrui; ad un terzo orientamento vengono, infine, ricondotte le tesi, eclettiche, che distinguono in rapporto al contenuto e alla specie dell'obbligo di garanzia e ai poteri interdittivi: sulla base di tali criteri vengono fatte rientrare nella complicità anche le condotte di agevolazione negativa realizzate da chi non avrebbe potuto comunque impedire l'evento, ma solo ridurre il rischio della sua verifica (c.d. *Taterschwerung* in ambito omissivo), sul presupposto che, in termini di disvalore, l'omessa *Taterschwerung* corrisponderebbe al



ad un assetto disciplinare in materia di concorso di persone nel reato che differisce notevolmente da quello adottato dal legislatore italiano del 1930: dovremo, dunque, verificare se, nel quadro della fattispecie plurisoggettiva eventuale, sia davvero inevitabile giungere alle medesime conclusioni.

Non solo. La rigida – e, talora, quasi aprioristica – esclusione della tipicità (concorsuale) di contributi omissivi posti in essere da soggetti gravati – non da un obbligo di garanzia, bensì – da un obbligo giuridico di agire (di informazione, sorveglianza, ecc.) sembra dipendere dall'influenza esercitata dal ricorso al modello causale nella verifica della rilevanza concorsuale del contributo. Un'influenza che, come vedremo, finisce per pregiudicare il corretto posizionamento dei confini e dei limiti del concetto di contributo obbiettivamente rilevante.

Com'è stato rilevato, il condizionamento esercitato dal parametro causale fa sì che il concorso omissivo sia, di norma, ravvisato nei soli casi

contributo dell'agevolatore quale complice attivo che abbia aumentato le *chances* di verificarsi del reato. Uno spazio a parte viene riservato alla tesi di C. Roxin, secondo cui la *Beihilfe durch Unterlassen* (complicità omissiva) dovrebbe essere considerata una fattispecie residuale rispetto alla reità (*Tatherrschaft* omissiva), ordinaria forma di manifestazione dell'omissione punibile, sul presupposto che, nell'omissione, la presenza dell'obbligo fondi la reità. La partecipazione mediante omissione potrebbe assumere rilievo in due casi: a) quando il delitto commesso dal terzo non sia di per sé suscettibile di commissione mediante omissione (e si tratti cioè di reato di mera condotta o di mano propria): il ruolo di garante darebbe vita ad una specie di complicità ad un fatto estraneo al novero degli eventi che il garante è tenuto ad impedire: manca la reità omissiva ma l'omissione è meritevole di pena; b) in caso di partecipazione in assenza di *Garantenstellung*: la complicità omissiva rileverebbe solo se e in quanto si concreti di fatto nella dolosa agevolazione positiva dell'altrui fatto illecito (si fa l'esempio del vicino che lascia intenzionalmente porta aperta consentendo attentato). Sulla base delle indicazioni fornite dalla dottrina tedesca – i presupposti per la responsabilità omissiva sono sempre subordinati in Germania alla presenza di un obbligo di garanzia e alla possibilità del garante di attivarsi per impedire evento lesivo: non sembrano configurabili forme di agevolazione negativa del fatto illecito altrui al di fuori dei presupposti stabiliti dalla clausola di equivalenza tra agire ed omettere (tranne che l'omissione dia vita a una complicità psichica) – L. Riscato giunge alla conclusione secondo cui il difetto di un *Tatbestand* omissivo dovrebbe escludere la rilevanza penale della complicità omissiva (tranne che non integri i presupposti della complicità morale) e la partecipazione mediante omissione deve considerarsi una forma di concorso anomala (suscettibile di trovare applicazione solo per analogia: v. L. Riscato, *Combinazione ed interferenza*, *op. cit.*, p. 443 ss.).

in cui «la condotta omessa avrebbe potuto impedire il risultato secondo lo schema del reato monosoggettivo»⁷³.

Sorge il dubbio che l'impostazione dominante si addica soprattutto ai casi in cui sia in gioco un obbligo di agire tendenzialmente "uniforme e "standardizzato", suscettibile di essere adempiuto in modo univoco, senza particolari alternative funzionali: in un caso di scuola come quello del bagnino, «parlare di posizione di garanzia ovvero di obbligo giuridico *tout court* di attivarsi per impedire l'evento appare sostanzialmente equivalente»⁷⁴.

Non sempre, però, l'obbligo di garanzia consente un adempimento personale e individuale, di carattere, per così dire, unisoggettivo. Al contrario, nella maggior parte dei casi, la complessità degli adempimenti è tale da implicare non solo un fascio più ampio e variegato di alternative funzionali, ma anche modalità di intervento che presuppongono necessariamente l'interazione e il coordinamento di più soggetti, titolari di funzioni nell'ambito di attività organizzate.

Si pone, dunque, la necessità di riconsiderare le tematiche e le criticità finora evidenziate attraverso il prisma delle attività svolte nell'ambito delle organizzazioni complesse: tenendo conto della specificità empirico-criminologica e della frequenza applicativa che il concorso mediante omissione presenta in questa macro-area, si dovrà verificare la reale "sostenibilità" dogmatica e politico-criminale delle impostazioni consolidate nell'ambito del c.d. diritto penale "nucleare" sul versante dottrinale e giurisprudenziale.

73. G.A. De Francesco, *Diritto penale, op. cit.*, p. 659, il quale osserva che dalla valorizzazione del significato strumentale e funzionale delle condotte di concorso deriva «un duplice corollario, ad un tempo *limitativo* della portata dei doveri gravanti sul (potenziale) concorrente, ma anche tale da *giustificarne la responsabilità* per non essersi uniformato ai precetti che tali doveri imponevano» (come avviene, ad es. nei casi di attività sanitarie plurisoggettive).

74. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in «La legislazione penale», 40, 3.2.2020, p. 5.



SEZIONE II

OMESSO IMPEDIMENTO DI REATI IN AMBITO SOCIETARIO

10. Premessa

È noto come il tema della partecipazione mediante omissione nell'altrui reato assuma rilievo pratico-applicativo soprattutto in riferimento agli illeciti penali, di natura generalmente plurisoggettiva, posti in essere all'interno di organizzazioni complesse, contrassegnate dall'esercizio di poteri di diritto pubblico o diritto privato⁷⁵.

Come si evidenzierà nel prosieguo dell'indagine, in quest'ambito il concorso omissivo riflette una maggiore complessità, in conseguenza del peso assunto da alcuni fattori qualificanti – la struttura organizzativa, la divisione del lavoro, l'articolazione delle posizioni funzionali, la diversificazione delle competenze e dei saperi degli intranei – che rendono particolarmente impervie le dinamiche imputative della responsabilità penale individuale.

In sede di analisi del concorso omissivo nel contesto delle organizzazioni complesse è possibile distinguere tra enti collettivi contrassegnati dall'esercizio di poteri di diritto pubblico ed enti collettivi qualificati dall'esercizio di poteri di diritto privato.

Sul primo versante, il problema dell'impedimento dell'altrui reato si pone nell'ambito di funzioni caratterizzate da poteri di supremazia, in relazione, ad es., alla responsabilità del superiore a titolo di omesso impedimento del reato dell'inferiore (ad es., in rapporto all'omesso impedimento – da parte di pubblici amministratori – di reati contro la pubblica amministrazione o di illeciti penali ambientali).

Sul secondo versante, la responsabilità a titolo di concorso omissivo assume, invece, rilievo in relazione ai reati posti in essere nell'ambito della gestione ora dell'impresa sociale, sotto il profilo organizzativo e tecnico-operativo (si pensi, ad es., ai reati a mezzo stampa, agli illeciti

75. *Ex multis*, v. E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a ed., Bologna, Zanichelli, 2016, p. 114 ss.

ambientali o urbanistici nel settore imprenditoriale, ecc.), ora, invece, dell'ente società, nei suoi aspetti patrimoniali, contabili e organizzativi (reati societari, fallimentari, ecc.)⁷⁶.

Correlativamente, i referenti di valore oggetto di tutela penale possono essere sia interessi dell'organizzazione in relazione allo svolgimento di ruoli endo-funzionali, sia interessi di terzi esposti a pericolo in dipendenza delle modalità operativo-produttive dell'organizzazione imprenditoriale.

Conseguentemente, negli ambiti in esame la partecipazione omissiva è suscettibile di rilevare in riferimento all'omesso impedimento sia di eventi dannosi, sia di altrui reati.

11. Posizioni di garanzia aziendali

Dal punto di vista dell'incidenza pratico-applicativa, non v'è dubbio che sia proprio il diritto penale dell'economia ad assumere un ruolo di primazia per quel che concerne il concorso omissivo: è sull'individuazione delle posizioni di garanzia aziendali⁷⁷, alla stregua della disciplina

76. *Ex multis*, v. H. Estellita, *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedade anónimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, São Paulo, Marcial Pons, 2017, p. 37 ss.; 75 ss.; 173 ss.; Id., *Responsabilidad por omisión de los miembros de consejos de administración*, in «En Letra: Derecho penal», 4, 7, 2018, p. 78 ss.

77. Sulla c.d. "posizione di garanzia aziendale", v. C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 1, 1, 1988, p. 130 ss., il quale, dopo aver sottolineato come «la copertura della garanzia va a beneficio di tutti gli interessi penalmente protetti nei cui confronti l'impresa si pone come fonte di pericolo», rileva che «le leggi penali che è tenuto ad osservare in ragione dell'attività economica professionalmente esercitata (in ragione dell'iniziativa di cui è titolare) l'imprenditore, come garante, è anche tenuto a far osservare. L'obbligo di impedimento ci sembra inerire alla titolarità dell'attività penalmente disciplinata. Come titolare di un'attività organizzata l'imprenditore è tenuto ad assicurarne la legalità: non soltanto a osservare personalmente la legge penale, ma anche a impedire che venga violata dai soggetti ai soggetti della cui cooperazione si avvale». L'autore osserva, inoltre, come l'ambito personale della garanzia aziendale sia «segnato dai confini dell'impresa», nel senso che «i reati d'impresa possono e debbono essere impediti in quanto commessi da personale dell'impresa stessa, soggetto al potere direttivo dell'imprenditore».



pubblicistica o privatistica di riferimento, che si polarizza, infatti, la soggettivizzazione dell'attività d'impresa⁷⁸.

Sulle posizioni di garanzia «sono in gran parte convogliate le urgenze della penalizzazione rispetto ai comportamenti aziendali»: le medesime urgenze che «reclamano semplicità nella valutazione dell'attività degli organi plurisoggettivi»⁷⁹. Il rilievo di A. Alessandri sintetizza efficacemente la funzione fondamentale svolta dalla *Garantenstellung* in sede di individuazione dei centri di imputazione della responsabilità penale nelle organizzazioni⁸⁰. Com'è stato osservato, «l'organizzazione d'impresa assurge a fonte di pericolo presidiata da plurime posizioni di garanzia; l'imputazione penalistica, palesando una tendenza ad assecondare la disciplina privatistica della ripartizione dei compiti, rischia di adagiarsi su schemi civilistici di distribuzione delle responsabilità»⁸¹.

Le maggiori criticità riguardano sia la fonte delle *Garantenstellungen* aziendali – la cui eventuale base “fattuale” era stata affermata in giurisprudenza ben prima dell'avvento degli artt. 2639 c.c.⁸² e 299 d.lgs. n. 81/2008 – sia la determinazione dei presupposti e della latitudine dei poteri impeditivi⁸³.

Dal primo punto di vista, spiccano la crescente svalutazione della fonte formale dell'obbligo di impedimento e la progressiva enucleazione di nuove figure di “garanti di fatto”. Com'è stato osservato, se è indubbio che nel diritto penale dell'economia prevalgano nettamente reati propri (quasi sempre esclusivi) e che la punibilità si leghi alla violazione di do-

78. V. A. Alessandri, v. *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Utet, 1992, vol. VI, p. 200 ss.; Id., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 145 ss.

79. A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 53, 2, 2005, p. 562.

80. Come osservato da A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 138, «la posizione di garanzia (*Garantenstellung*), il concetto che la scienza penale ha elaborato con riguardo alla fattispecie di omesso impedimento dell'evento, è strumento fondamentale per il riconoscimento di centri di imputazione nelle organizzazioni».

81. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 138.

82. V. A.F. Tripodi, *Art. 2639 c.c. Estensione delle qualifiche soggettive*, in *Commentario del codice civile, Disposizioni penali in materia di società, consorzi e di altri enti privati*, Bologna, Zanichelli, 2018, p. 648 ss.

83. Come rilevato da A. Alessandri, *Attività d'impresa*, op. cit., p. 562, tali obblighi «sono affermati sulla base di un'esigenza astratta di protezione del bene giuridico, collocando in subordine la situazione concreta di conoscenza dell'evento e di concreta impedibilità».

veri funzionali previsti dalla legge in merito ad atti gestori o di controllo, deve, però, rilevarsi la tendenza al consolidamento di una duplicità di reati propri, «oscillante tra un piano giuridico e un piano fattuale»⁸⁴. Da un lato, i reati propri fondati sulla violazione di un dovere, dall'altro, i reati propri di posizione, che assumono rilievo non solo attraverso la qualifica, ma anche alla luce «della posizione rivestita, poiché pure in questa si realizzano i presupposti che consentono una lesione del bene»⁸⁵. Tale distinzione comporta conseguenze significative sul versante concorsuale: «mentre nei reati propri fondati sulla violazione di un dovere è necessaria una condotta realizzata dolosamente dalla persona vincolata dal dovere», viceversa «nei reati propri di posizione il reato può essere indifferentemente commesso da un soggetto formalmente investito della qualifica o della funzione come pure dall'estraneo qualificato dalla sua posizione fattuale»⁸⁶.

L'incremento esponenziale di situazioni in grado di "generare" obblighi di garanzia (rilevanti ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.), non può non riflettersi sull'ambito di applicazione del concorso omissivo: se i reati d'impresa possono considerarsi il "regno" delle fattispecie omissive improprie, è evidente come le medesime, per ragioni strutturali e funzionali correlate al fattore organizzativo, siano destinate "fisiologicamente" a combinarsi con la disciplina del concorso di persone.

84. V. A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale, I, I principi generali*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 43 ss.

85. A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale, I, I principi generali, op. cit.*, p. 44 ss., i quali osservano che «mentre il reato proprio per violazione di un dovere si accosta solitamente ad obblighi di protezione del bene in grado di fondare una responsabilità per omesso impedimento dell'evento, rispetto al reato proprio di posizione questi obblighi vanno accertati in concreto».

86. A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale, I, I principi generali, op. cit.*, p. 45.



12. Omesso impedimento di reati commessi nell'esercizio dell'attività imprenditoriale e nella gestione di una struttura societaria

Si pone, dunque, la necessità di analizzare le impostazioni prevalenti in dottrina e in giurisprudenza nel settore dei reati d'impresa, per quel che riguarda i criteri di imputazione della responsabilità a titolo di concorso omissivo.

Nel quadro del diritto penale dell'economia, il tema del concorso omissivo assume particolare interesse avuto riguardo all'omesso impedimento di reati da parte di soggetti titolari di funzioni di gestione e/o di controllo delle strutture e delle attività societarie⁸⁷. Tradizionalmente, la giurisprudenza collega all'enucleazione di determinate posizioni di garanzia la responsabilizzazione penale dei membri di organi di amministrazione e di controllo di società di capitali. In rapporto al tema del concorso omissivo assumono particolare interesse i profili di responsabilità penale: a) dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo non esecutivi (e, dunque, privi di delega e di poteri operativi), che non abbiano impedito la commissione di illeciti penali da parte degli amministratori delegati od esecutivi (art. 2381 c.c.), attinenti alla gestione industriale o alla materia societaria e fallimentare; b) dei membri di organi di controllo in ordine all'omesso impedimento di reati commessi dai soggetti controllati.

Come rilevato poc'anzi, nella prassi si registra la tendenza a sovrapporre ciò che appare rilevante ai fini della responsabilità civile di amministratori e di sindaci e la responsabilità penale di quest'ultimi: il sistema tende a trasferire nella disciplina penale della gestione d'impresa i prin-

87. *Ex multis*, v. F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in «Rivista delle società», 57, 2/3, 2012 p. 317 ss.; A. Sereni, *Amministratori non esecutivi, sindaci e omesso impedimento del fatto altrui. problemi irrisolti di teoria generale del reato*, in *Studi in onore di L. Monaco*, A. Bondi, G. Fiandaca, G.P. Fletcher, G. Marra, A.M. Stile, C. Roxin, K. Volk (a cura di), Urbino, Urbino University Press, 2020, p. 1075 ss.; V. Torre, *La responsabilità penale dell'organo di controllo sulla amministrazione e dell'organo di controllo contabile*, in «Giurisprudenza commerciale», 38, 4, 2012, p. 564 ss.

cipi che regolano la disciplina civilistica dell'organizzazione societaria, sulla scia della natura sanzionatoria della norma penale⁸⁸.

In quest'ambito, in dottrina sono state distinte due macroaree: quella del "rischio illecito" e quella del "rischio lecito". Nella prima, l'omesso impedimento ha, normalmente, ad oggetto reati dolosi, perlopiù incidenti su interessi di natura patrimoniale: in primo piano si pone il fatto omissivo doloso (mancato impedimento di reati dolosi all'interno e da parte degli organi collegiali); nella seconda, l'obbligo di garanzia concerne, invece, eventi od eventi-reato lesivi di interessi di rango primario (vita, incolumità fisica, salute, ambiente, ecc.), realizzati nell'ambito dell'attività societaria: ciò che, di norma, rileva è, dunque, il fatto omissivo colposo (mancato impedimento di reati colposi)⁸⁹.

Si tratta di una distinzione che può assumere un'indubbia funzione regolativa ai fini della presente indagine.

In considerazione dell'ampiezza e complessità delle materie in esame, nonché delle specifiche finalità dell'indagine, si precisa, fin d'ora, che la trattazione assumerà inevitabilmente un carattere sintetico, senza alcuna pretesa di esaustività, con rinvii alle molteplici elaborazioni "specialistiche" per ulteriori approfondimenti dei molteplici e delicati profili tematici.

13. Profili di responsabilità omissiva in capo ai componenti non esecutivi di organi di amministrazione e di controllo. La situazione antecedente alla riforma del diritto societario (2003)

Nel caso in cui il reato non impedito sia commesso mediante delibera (ad es., del C.d.a.: redazione di falso in bilancio)⁹⁰, assume rilievo e si

88. V. C. Pedrazzi, *Recensione a M. Romano. Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azione*, in «Rivista di diritto civile», 14, 2, 1968, p. 488 ss.

89. Cfr. C.E. Paliero, *Le posizioni di garanzia*, in *Riscrivere il codice penale. I fondamenti*, L. Stortoni (a cura di), Pisa, Pacini, 2014, p. 67.

90. V. A. Alessandri, S. Seminara, *Diritto penale commerciale, I principi generali*, op. cit., p. 73, i quali distinguono da tale caso quello in cui il reato da impedire sia realizzato nello svolgimento dell'attività di impresa, con condotte non riconducibili a delibere.



sviluppa la dialettica tra amministratori delegati e amministratori non esecutivi⁹¹.

Premesso che ad entrambe le tipologie di amministratori viene attribuita la titolarità di una posizione giuridica di garanzia e che i delegati rispondono delle loro condotte attive od omissive costituenti reato, ad assumere rilievo nella presente indagine sono i presupposti della responsabilità penale che può essere ascritta agli amministratori non esecutivi che non abbiano impedito fatti penalmente rilevanti realizzati dai delegati⁹².

Nell'affrontare tale tematica si deve tenere conto della distinzione tra attività di soggetti individuali ovvero dell'attività di organi plurisoggettivi o collegiali⁹³: una *distinctio* che si riflette specularmente sulla differenza tra obblighi/poteri di portata individuale oppure di obblighi/poteri di carattere collegiale⁹⁴.

In un'indagine, come la presente, incentrata sulla partecipazione omissiva, in primo piano si pone, la natura collegiale dell'attività e dei poteri di intervento: è a tale duplice connotazione che faremo, dunque, riferimento nel prosieguo della trattazione.

Sul piano storico, la messa a punto delle condizioni di responsabilità dell'amministratore privo di delega rimasto inerte di fronte ad attività criminose *in itinere* è stata condotta in relazione a reati commessi

91. Sulla distinzione, in seno al C.d.a., tra amministratori esecutivi, non esecutivi e non esecutivi indipendenti, v. F. Centonze, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 132.

92. Sulla responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di gestione e di controllo in ambito societario, v. A. Alessandri, v. *Impresa, op. cit.*, p. 214 ss.; Id., *Attività impresa e responsabilità penali, op. cit.*, p. 561 ss.

93. In questo caso, si distingue poi a seconda che la delibera collegiale criminosa esaurisca in sé il reato ovvero sia elemento costitutivo del fatto tipico (v. M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico, op. cit.*, p. 162).

94. Come osservato da A. Rossi, *I profili penalistici*, in *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, in «Quaderni di giurisprudenza commerciale», S. Montalenti, P. Notari (a cura di), Milano, Giuffrè, 2021, p. 180, «nel diritto penale delle procedure concorsuali si verifica ciò che avviene per buona parte delle fattispecie penali societarie, le quali, astrattamente perpetrabili in esecuzione monosoggettiva dai diversi destinatari delle stesse, vengono tuttavia non di rado in concreto realizzate nell'ambito di organismi pluripersonali, con le ipotesi più frequenti che hanno riguardo proprio alla attività illecita realizzata in ed attraverso essi».

nell'ambito dell'esercizio delle funzioni di un organo collegiale, qual è appunto il consiglio di amministrazione.

Come è noto, l'art. 149 del codice del commercio (1882) prevedeva la responsabilità solidale degli amministratori nei confronti della società in caso di violazione dei loro doveri, escludendo tale responsabilità nell'ipotesi in cui l'amministratore, esente da colpa, avesse fatto annotare il proprio dissenso nel registro delle decisioni del consiglio, informando per iscritto i sindaci. Si era ritenuto che l'inosservanza di quest'ultime prescrizioni fondasse una presunzione assoluta di responsabilità penale a carico dei membri del C.d.a. che non avessero, appunto, fatto annotare il proprio formale dissenso.

Una volta recepito dall'art. 2392, comma 3, c.c., predetto meccanismo imputativo, manifestamente influenzato da presupposti di natura civilistica, aveva propiziato l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale di una categoria *sui generis* di reati, denominati reati collegiali⁹⁵, in quanto posti in essere nell'esercizio delle funzioni proprie dei membri di un organo complesso dell'ente⁹⁶. Essendo commessi con delibera collegiale, tali reati venivano inquadrati in fattispecie necessariamente plurisoggettive a condotte omogenee, reciproche e convergenti in un'attività solidalmente diretta ad uno scopo comune, con la conseguenza che i

95. Sul reato collegiale, quale figura giuridica elaborata tra gli anni '30 e '40 del secolo scorso dalla dottrina italiana in ambito penal-societario (v. in particolare, D. Rende, *Saggio di una teoria del 'reato collegiale'*, in «Il pensiero giuridico-penale. Rivista internazionale di dottrina», 8, 4, 1943, p. 44 ss.), da ultimo, v. F.M. De Martino, *Il reato collegiale. Profili di dottrina e di politica criminale*, Napoli, Esi, 2020, p. 109 ss.; 143 ss.; 191 ss.; L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 1 ss.; 5 ss.; 49 ss.; 99 ss.

96. V. A. Crespi, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale delle società per azioni*, in «Rivista italiana di diritto penale», 6, 3, 1957, p. 518 ss., il quale analizza la tesi secondo cui il reato realizzato da persone costituite in collegio (in cui la pluralità è elemento essenziale) sarebbe un reato accordo di natura plurisoggettiva, a condotte omogenee e moventesi l'una verso l'altra; la nozione di reato collegiale viene considerata quale travestimento verbale per indicare l'applicazione delle norme sul concorso di persone nel reato e si ritiene inaccettabile la correlazione tra collegialità e responsabilità solidale dei membri del C.d.a.: l'asserita natura unitaria del reato collegiale non significa inevitabile responsabilità di tutti i componenti, in quanto la responsabilità degli uni non condiziona quella degli altri (come accadrebbe in caso di reato plurisoggettivo); secondo l'autore, la configurabilità del reato collegiale è in funzione della tipicità dell'atto (collegiale), ma non in funzione dell'esistenza di un certo numero di soggetti;



componenti del consesso avrebbero dovuto rispondere delle decisioni adottate sulla base della mera appartenenza all'organo collegiale, secondo l'indebita trasposizione sul piano penale della correlazione civilistica tra collegialità e responsabilità solidale dei membri dell'organo⁹⁷.

Come è stato rilevato, la teorica del reato collegiale si basava su un modello di responsabilità – da cui il membro dell'organo collegiale poteva liberarsi osservando le formalità esonerative previste all'art. 2392, comma 3, c.c. – a metà strada tra la responsabilità di posizione e la responsabilità per fatto altrui⁹⁸.

Pur essendo stata formalmente abbandonata⁹⁹, per effetto della propria vischiosità la teorica del reato collegiale (di per sé indipendente dalla sussistenza di deleghe) ha continuato a influenzare l'elaborazione giurisprudenziale. La responsabilità omissiva del consigliere di amministrazione privo di delega che sia rimasto inerte tende, tuttora, ad essere affermata sulla base della logica del sospetto, indotto dalla mancata espressione di un formale dissenso. Innestandosi sul riconoscimento della posizione di garanzia, l'inerzia finisce, in effetti, per fondare una responsabilità "collegiale" a titolo di omissione, che, come vedremo, presenta tuttora profili di inaspettata attualità sul piano fenomenologico-applicativo.

Con rinnovata intensità, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, la giurisprudenza ha, infatti, ritenuto che i membri non operativi del consiglio di amministrazione e i membri del collegio sindacale – che siano rimasti inerti a fronte di determinate iniziative criminose – possano essere chiamati a rispondere in sede penale di omesso impedimento di reati societari, finanziari e fallimentari, sul presupposto che tali soggetti siano gravati da una posizione di garanzia – oscillante tra protezione e

97. Cfr. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, op. cit., p. 55 ss., il quale sottolinea come la sovrapposizione tra collegialità dell'atto e pluripersonalità della responsabilità fondi una presunzione di responsabilità idonea ad investire persino i membri dissenzienti (che non facciano constare formalmente il proprio dissenso) e quelli assenti ma non dissenzienti (per omesso le annotazioni prescritte sul registro delle adunanze).

98. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, op. cit., p. 68.

99. L'opinione dominante riconduce il fenomeno in esame al concorso eventuale, sul presupposto che l'asserita natura unitaria dell'atto collegiale non implichi necessariamente la responsabilità penale di tutti i membri dell'organo.

controllo – fondata sui poteri e su doveri impeditivi ai medesimi conferiti dalle norme di diritto societario.

Sul versante degli amministratori privi di delega, in origine si era fatta leva sul tenore della norma generale di riferimento – l'art. 2392 c.c. – la quale imponeva agli amministratori, quali titolari di poteri decisionali, l'obbligo di adempiere ai doveri discendenti dalla legge con la diligenza del mandatario, di vigilare sul generale andamento della gestione; di fare quanto possibile per impedire atti pregiudizievoli, essendone a conoscenza o di eliminarne o attenuarne le conseguenze.

Alla base di tale meccanismo imputativo-presuntivo si poneva l'idea di una doverosa vigilanza e sorveglianza – in capo agli amministratori non esecutivi – sull'operato degli organi delegati, suscettibile, in caso di omesso impedimento dell'altrui reato, di assumere rilievo *ex art. 40, comma 2, c.p.*: l'oggetto del rimprovero era dato dal "mancato agire contro" le iniziative criminose degli amministratori esecutivi.

Mutatis mutandis, al medesimo profilo di responsabilità concorsuale veniva ricondotto, altresì, l'omesso impedimento – da parte dell'amministratore di diritto – degli illeciti penali dell'amministratore di fatto¹⁰⁰ e l'omesso impedimento – da parte dei componenti degli organi di amministrazione della capogruppo – dei reati posti in essere dagli amministratori delle consociate, all'interno del fenomeno dei gruppi societari¹⁰¹.

La combinazione, in chiave concorsuale, degli artt. 40, comma 2, 110 c.p. e 2392 c.c., dava, quindi, luogo ad una posizione di garanzia suscettibile, attraverso semplificazioni probatorie e meccanismi presuntivi – specie in ordine all'idoneità impeditiva della condotta doverosa e alla sussistenza del dolo eventuale, oggetto di esasperata normativiz-

100. Sulla responsabilità penale dell'amministratore di fatto, v., ad es., F. Mucciarelli, *L'extraneus nei reati di bancarotta tra amministratore di fatto e concorrente*, in «Sistema penale», 4, 26.4.2022, p. 1 ss.

101. Secondo A. Nisco, *Controllo sul mercato finanziario, op. cit.*, p. 358, «la problematica dei gruppi tocca il tema dell'accertamento della responsabilità penale in due luoghi: quello relativo alla estensione delle responsabilità verso gli amministratori della società controllante per omesso impedimento dei fatti realizzati dagli organi di una società controllata, e quello, per lo più gravitante attorno al tema del conflitto di interessi, della responsabilità degli organi sociali delle società del gruppo per le operazioni realizzate a vantaggio di altra società».



zazione¹⁰² – di fondare una “responsabilità di posizione” (comprensiva dell’ipotesi della consapevole inerzia), congeniale alle pressanti esigenze punitive poste da eclatanti scandali finanziari e dissesti aziendali.

Oltre al *deficit* di tipizzazione del concorso omissivo, a rendere quanto mai evanescenti e indecifrabili i confini della responsabilità omissiva degli amministratori privi di delega erano la vaghezza delle disposizioni civilistiche di riferimento, le incertezze in ordine alle tipologie di reati oggetto di doveroso impedimento, le difficoltà di individuazione degli effettivi poteri di intervento e di impedimento. I poteri impeditivi a disposizione del consigliere privo di delega rimanevano sospesi nel vuoto: la mancata specificazione degli strumenti a disposizione del garante per neutralizzare il reato *in itinere* si risolveva nella surrettizia riproposizione della teorica del reato collegiale, sottesa all’idea – formalistica – secondo cui l’attivarsi si dovesse sostanziare nella manifestazione formale del dissenso¹⁰³.

Ne conseguiva una forma di responsabilizzazione di indefinita latitudine, affetta da profili di grave indeterminatezza e strumentale all’esigenza di porre rimedio sia all’inadeguatezza delle alternative risarcitorie, sia al difetto di previsione di illeciti penali colposi incentrati sull’inadempimento di doveri di prevenzione o di controllo.

14. La riforma del diritto societario e i riflessi sulla posizione di garanzia dell’amministratore privo di delega

Le vicende giudiziarie aventi ad oggetto gravi scandali economico-finanziari e dissesti societari degli ultimi trenta anni hanno posto in primo piano esigenze di implementazione dei controlli e di una maggiore responsabilizzazione dei vertici societari.

102. Come rilevato da A. Alessandri, *Attività d’impresa, op. cit.*, p. 563, «la critica ai formalismi presuntivi, alle imputazioni giocate sul filo di una “impossibile non conoscenza”, che equivale ad affermare una doverosità della conoscenza, sono state ampiamente svolte».

103. Cfr. T. Padovani, *Plurisoggettività, op. cit.*, p. 68 ss.

Alla moltiplicazione dei controlli conseguente alla crisi di fiducia e all'esigenza di gestione del rischio ha corrisposto la dilatazione, l'"esplosione" della responsabilità penale dei controllori, con l'inclusione nel catalogo dei "vigilantes" potenzialmente responsabili di tutta la rete degli organi di controllo¹⁰⁴.

In questa prospettiva, il C.d.a. viene considerato l'avamposto del controllo interno sull'operato degli amministratori esecutivi¹⁰⁵.

La riforma del diritto societario ha modificato radicalmente il quadro normativo di riferimento. In estrema sintesi¹⁰⁶, nel normare i rapporti tra Consiglio e organi delegati¹⁰⁷, il nuovo art. 2381 c.c. disciplina la delega interna, prevede un sistema procedimentalizzato di flussi informativi dagli organi delegati agli organi deleganti¹⁰⁸; regola dettagliatamente gli obblighi di informazione, sia rispetto al contenuto, sia rispetto al tempo, ponendo a carico del Presidente l'onere di provvedere affinché siano fornite adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno¹⁰⁹ e prevedendo che gli amministratori siano tenuti ad agire "in modo informato" (una formula problematicamente suscettibile di essere interpretata sia come impegno ad informarsi, sia come dovere di approfondire le informazioni già ricevute); stabilisce che il Consiglio valuti l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, sulla base delle informazioni ricevute e il generale andamento della gestione, sulla base della relazione degli organi delegati (art. 2381 comma 3 c.c.).

104. V. F. Centonze, *Controlli societari*, op. cit., p. 64 ss.; 73 ss.; 121 ss.

105. V. F. Centonze, *Controlli societari*, op. cit., p. 127.

106. Il riferimento è al c.d. sistema tradizionale (assemblea, C.d.a. e collegio sindacale): un sistema monistico nella gestione (organi delegati) e dualistico nel controllo (sindaci, membri non delegati).

107. Sulla funzione di organizzazione primaria degli amministratori (obbligo non delegabile), v. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 316.

108. Sul sistema procedimentalizzato di flussi informativi dagli organi delegati a quelli deleganti e sul dovere di agire informati nella valutazione delle informazioni trasmesse dai delegati, v. F. Centonze, *Controlli societari*, op. cit., p. 176.

109. Sui bacini di informazioni (preventive), con conseguenti più ampie possibilità di intervento del C.d.a. e sullo scambio endoconsiliare di informazioni, v. A. Nisco, *Controlli sui mercati finanziari*, op. cit., p. 326.



Viene, dunque, meno l'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione.

Eventuali iniziative inibitorie nei confronti degli amministratori delegati sono affidate, in primo luogo, al C.d.a., con la possibilità di impartire direttive e/o avocare a sé operazioni rientranti nelle deleghe conferite; in secondo luogo, all'assemblea – che può revocare l'organo amministrativo – e al Tribunale.

Abbandonato il riferimento alla diligenza del mandatario, l'adempimento – da parte dell'amministratore – dei doveri imposti dalla legge viene valutato sulla base della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze dell'amministratore stesso (art. 2392, comma 1, c.c.); si prevede la responsabilità solidale nei confronti della società dei danni derivanti dall'inosservanza dei predetti doveri (tranne che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori) e che, in ogni caso, fermo quanto stabilito dall'art. 2381, comma 3, c.c. (vedi sopra), gli amministratori siano solidalmente responsabili, se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

L'an e il *quantum* della responsabilità degli amministratori privi di delega, il loro agire informato, dovrebbero dipendere dalla quantità e dalla qualità delle informazioni ricevute, nonché dai livelli di conoscenza (secondo il principio di effettività dei dati informativi). L'art. 2392, comma 3, c.c. riproduce, inoltre, la disciplina introdotta dall'art. 149 del codice del commercio, per quanto concerne le modalità esonerative dalla responsabilità (dissenso formale).

Il sistema penale, attraverso l'art. 40, comma 2, c.p., dovrebbe adeguarsi alle modifiche del diritto societario, sia sul versante degli obblighi impeditivi – permane il dovere di impedire il verificarsi di fatti pregiudizievoli – sia su quello dei correlativi poteri preventivi e di impedimento.

In realtà, la giurisprudenza penale ha recepito riduttivamente le significative innovazioni cui si è fatto cenno.

La S.C. non ha, infatti, dubbi sulla persistente configurabilità in capo agli amministratori privi di deleghe di una posizione di garanzia orientata alla prevenzione e all'impedimento del compimento di fatti penal-

mente rilevanti, di cui permangono, però, anche la vaghezza e l'incertezza dei confini¹¹⁰.

Dopo aver osservato che la riforma ha alleggerito gli oneri e le responsabilità degli amministratori non esecutivi, con la conseguente riconfigurazione delimitativa della posizione giuridica di garanzia, la S.C., ricorda che la responsabilità penale prescinde dalla modalità e dal tipo di canale informativo¹¹¹.

Come è stato sottolineato, la giurisprudenza incorre in un'inversione metodologica, facendo dipendere la causalità dalla colpevolezza e per la precisione dal dolo eventuale: si ritiene, infatti, che la rappresentazione anche eventuale di un evento ponga l'obbligo di impedirlo e che, in caso di mancato impedimento, l'evento possa essere imputato obbiettivamente¹¹². Il fatto che l'amministratore non esecutivo abbia ricevuto un dato compendio informativo è, dunque, sufficiente a fondare una posizione di garanzia, a ben vedere priva di fondamento obbiettivo e dipendente da coefficienti di natura soggettiva: una volta dimostrata la conoscenza del probabile evento, si prova l'esistenza del suo dovere di impedimento, sul presupposto che la riforma non abbia ridotto gli obblighi e le responsabilità degli amministratori volti a prevenire i pregiudizi da condotta illecita.

Se poi si passa all'identificazione del comportamento alternativo doveroso ed efficace per impedire l'evento, si giunge al cuore del problema: non è possibile predeterminare – *a priori* e con ragionevole certezza – i comportamenti idonei all'adempimento dell'obbligo di impedire l'illecito penale. La legge civile non fornisce, infatti, all'amministratore non esecutivo alcun specifico potere di intervento il cui esercizio assuma valenza impeditiva del fatto penalmente rilevante.

110. V., ad es., Cass. V, 8.6.2012, n. 42519, con nota di A. Ingrassia, *La Suprema Corte e il superamento di una responsabilità di posizione per amministratori e sindaci: una decisione apripista?*, in «Diritto penale contemporaneo», 4, 2, 2013, p. 173 ss.; Cass. V, 18.2.2019, n. 12186, in «Cassazione penale», 70, 2, 2020, p. 550, con nota di D. Zingales, *Bancarotta commessa dall'amministratore e poteri impeditivi del collegio sindacale: a fronte di evidenti segnali di allarme, l'inerzia continua a costituire elemento indiziario della compartecipazione dolosa del sindaco di società di capitali*, *ivi*.

111. Cfr. Cass. IV, 4.5.2007, n. 23383.

112. Cfr. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 77 ss.



Nella prassi ci si affida ad una valutazione *hic et nunc*, inevitabilmente condizionata da fattori contingenti (secondo la logica del “caso concreto”) e soprattutto *a posteriori*, allorquando è più agevole individuare le condotte che il garante avrebbe dovuto e potuto tenere in quel determinato contesto. Non ci si preoccupa, peraltro, di verificare l'effettiva idoneità impeditiva degli interventi retrospettivamente ipotizzati: da un'angolazione *lato sensu* eticizzante, l'attenzione viene, in effetti, rivolta al mancato attivarsi dell'amministratore privo di delega, all'omesso contrasto dell'altrui iniziativa criminosa¹¹³.

Aldilà della reale capacità impeditiva, l'opposizione, l'“agire contro” libera l'amministratore senza delega da responsabilità: sull'amministratore vien fatto gravare l'obbligo di dimostrare la propria dissociazione dall'operato degli autori materiali dell'illecito attraverso contegni ed atti che comprovino il difetto di legame concorsuale (ad es., il voto contrario all'approvazione di una determinata delibera o l'annotazione del proprio dissenso)¹¹⁴.

Com'è stato osservato, si tratta di comportamenti che vengono valutati quali sintomi di esclusione della colpevolezza, che bypassano la verifica della causalità dell'omissione, eludono il vaglio dell'efficacia impeditiva dell'intervento ipotizzato e, ancor prima, l'accertamento

113. Come rilevato da A. Alessandri, *Attività d'impresa, op. cit.*, p. 263, «la casistica, tuttavia, continua a mostrare che molto spesso l'attribuzione della responsabilità omissiva dolosa restituisce i tratti inconfondibili di un paradigma per posizione, nutrito da uno scambio dell'effettiva conoscenza con la conoscibilità doverosa: alla fine si dà corpo ad una responsabilità per “comportamento” difforme da quello che avrebbe impedito l'evento».

114. Cfr. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento, op. cit.*, p. 667, la quale, in senso critico, osserva che, nella prassi, i doveri civilistici di cui agli artt. 2392, 2394, 2403, 2407 e 2489 c.c. sono stati automaticamente tradotti in poteri impeditivi rilevanti in ambito penalistico, facendosi gravare sui soggetti in esame, ai fini dell'esclusione della responsabilità omissiva, «l'onere di dimostrare la totale dissociazione dall'operato di quanti si sono resi direttamente responsabili della commissione di attività illecite»: emblematica l'individuazione del potere impeditivo dell'evento «nella possibilità di opporsi con il voto all'approvazione di determinati atti deliberativi o, ancora, mediante l'annotazione del proprio dissenso per escludere la solidarietà nell'obbligazione *ex delicto* (art. 2392, comma 3, c.c.)». Secondo l'autrice, se tali modalità «per un verso hanno un indubbio valore probatorio perché attestano l'interruzione del legame concorsuale con gli altri autori del reato, per altro verso non hanno alcuna valenza sul piano impeditivo, specialmente quando si tratta di «prerogative meramente reattive», che risultano «cronologicamente e logicamente successive al fatto illecito posto in essere da altri» (C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento, op. cit.*, p. 667).

dell'effettiva titolarità di idonei poteri impeditivi¹¹⁵: in definitiva, la logica immanente al rimprovero mosso all'amministratore non esecutivo che non si sia in alcun modo attivato, non ha nulla a che vedere con il disvalore d'evento ma è, piuttosto, incentrata sull'aumento del rischio, sull'inosservanza dei doveri funzionali e, in ultima istanza, sul disvalore in sé dell'omissione¹¹⁶.

In quest'anomala e singolare prospettiva di contrazione logico-sistemica, di strabismo metodologico, gli indeterminati poteri antagonistici che – sulla base di massime di esperienza e del libero convincimento – si rimprovera all'amministratore di non aver esercitato, si risolvono in indici di colpevolezza, su cui viene, in definitiva, a fondarsi il concorso omissivo. Nella misura in cui elude l'accertamento della titolarità dei poteri impeditivi e della sussistenza del nesso causale, il paradigma giurisprudenziale di omesso impedimento del reato altrui si sostanzia nel rimprovero per non avere tenuto la condotta attesa dall'ordinamento (nella prospettiva dei c.d. "Pflichtdelikte")¹¹⁷.

Deve, da ultimo, ritenersi che l'inserimento all'art. 2086 c.c. – ad opera del d.lgs. n. 14/2019 (c.d. codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza)¹¹⁸ – di un secondo comma che prescrive all'imprenditore di «istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile, adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità

115. Si discosta in parte da tale orientamento Cass. V, 8.6.2011, n. 42519, che, con riferimento ad alcuni episodi di bancarotta fraudolenta patrimoniale, ha osservato che l'equiparazione del mancato impedimento dell'evento alla condotta di chi lo ha cagionato può avvenire solo a condizione che i poteri impeditivi del garante «siano ben determinati, ed il loro esercizio sia normativamente disciplinato in guisa tale da poterne ricavare la certezza che, laddove esercitati davvero, l'evento sarebbe stato scongiurato».

116. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, op. cit., p. 87 ss.

117. Sulla nozione di reato d'obbligo, v. C. Roxin, Id., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, De Gruyter, 1963, p. 352 ss.; Id., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Politica criminale sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, Esi, 1998, p. 52 ss.; sul reato d'obbligo quale di "tipo aperto", v. C.E. Paliero, *L'agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in «Criminalia», 7, 2012, p. 112 ss.

118. Per ulteriori approfondimenti, v. F. Bellagamba, *La responsabilità penale degli amministratori nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in «La legislazione penale», 40, 11.5.2020, p. 1 ss.; F. Consulich, *Il diritto penale fallimentare al tempo del codice della crisi: un bilancio provvisorio*, in «La legislazione penale», 40, 20.5.2020, p. 22 ss.



aziendale» e di «attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» non abbia comportato l'estensione della sfera di operatività del concorso omissivo (quanto meno nell'ambito dei reati di bancarotta). Com'è stato rilevato, predetta disposizione esplicita, infatti, un dato già esistente nel sistema e, cioè, che «tra i doveri degli amministratori vi erano già e vi sono anche quelli, ovvi nella loro natura primaria, di tenere sotto controllo lo stato di salute dell'impresa, al fine di adottare le iniziative più opportune per salvarla e recuperarla»¹¹⁹.

In conclusione, la teorica del reato collegiale, «lungi dall'essere un re-litto storico, è purtroppo ancor bene viva e seguita dalla giurisprudenza, aldilà della terminologia utilizzata»¹²⁰. Lo conferma la recente presa di posizione della S.C. secondo cui dall'art. 2381, comma 2, c.c. deriverebbe che, tranne il caso in cui l'atto non rientri nelle attribuzioni delegate al comitato esecutivo o a taluno dei consiglieri che ne sono parte, «tutti i componenti del consiglio di amministrazione rispondano – salvo il meccanismo di esonero contemplato dal terzo comma dell'art. 2392 c.c. [...] – degli illeciti deliberati dal consiglio anche in se in fatto non decisi o compiuti da tutti i suoi componenti», secondo quella che, nella medesima pronunzia, viene definita «responsabilità solidale per gli illeciti deliberati o posti in essere dal consiglio di amministrazione, da riferirsi solidalmente a ciascuno dei consiglieri»¹²¹.

15. La responsabilità omissiva degli organi di controllo

Un ulteriore ambito di notevole interesse in rapporto alla presente indagine è quello rappresentato dalla responsabilità penale dei titolari di

119. A. Alessandri, *Novità penalistiche nel codice della crisi dell'impresa*, 2019, p. 1838 ss.; *contra*, nel senso dell'emersione di nuovi contenuti di garanzia, v. M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2020, p. 64 ss.; F. Mucciarelli, *Risvolti penalistici del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: lineamenti generali*, in «Diritto penale e processo», 25, 9, 2019, p. 1192 ss.

120. V. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, *op. cit.*, p. 191.

121. V. Cass. III, 4.2.2022, n. 11087.

funzioni di controllo a titolo di concorso mediante omissione nell'altrui reato.

Nel contesto degli organi e delle funzioni di controllo (e, dunque, privi di poteri gestori attivi) si suole, come è noto, distinguere tra sfera del controllo interno (collegio sindacale; comitato interno al C.d.a.; consiglio di sorveglianza; *internal audit*, organismo di vigilanza, ecc.) e sfera del controllo esterno (società di revisione contabile, autorità indipendenti)¹²².

A sua volta, il sistema di controllo interno è, come noto, alquanto articolato: dal punto di vista tipologico, si distingue comunemente tra controlli di linea o di primo livello, di competenza del titolare di un determinato e specifico "processo"; di secondo livello, propri della funzione *compliance*, *risk management*, dirigente preposto e controllo di gestione e, infine, di terzo livello, di spettanza sia dell'*internal audit* – chiamato a verificare la funzionalità complessiva del sistema di controllo – sia, per certi versi, dell'organismo di vigilanza, di cui all'art. 6, d.lgs. 231/2001.

Tradizionalmente, il tema del concorso omissivo assume rilievo, soprattutto, in riferimento alle funzioni di controllo attribuite ai sindaci nelle società commerciali.

La scoperta giudiziaria della responsabilità omissiva dei membri del collegio sindacale ha fatto leva sia sull'attribuzione a quest'ultimi di un'omnicomprensiva ed indefinita posizione di garanzia, corredata di doveri impeditivi di eventi criminosi, sia sulla ricostruzione presuntiva e "normativizzante" del coefficiente del dolo eventuale, in correlazione alla teorica dei c.d. segnali d'allarme (quali indizi del dolo)¹²³.

122. In tema, v. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 97 ss.; F. Centonze, *Controlli societari*, op. cit., p. 314 ss.; Id., *La "partnership" pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari*, in *Studi in onore di M. Romano*, Napoli, Jovene, 2011, p. 1780 ss.

123. Sul punto, v. P. Aldrovandi, *Riflessioni in tema di responsabilità penale degli organi di controllo*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 253 ss.; A. Melchionda, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in «L'indice penale», 3, 1, 2000, p. 47 ss.; in riferimento alla prassi giurisprudenziale, v. M. Caputo, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, in «Giurisprudenza italiana», 52, 10, 2016, p. 2252 ss.



Le disposizioni di cui agli artt. 2403 e 2407 c.c. e 149 Tuf (per quanto riguarda le società quotate) sono state valorizzate in chiave concorsuale in funzione della corresponsabilizzazione dei sindaci, *ex art.* 40, comma 2, c.p.¹²⁴. Quali titolari di penetranti e generalizzanti funzioni di controllo sulla gestione della società, i sindaci sono stati ritenuti gravati sia dal dovere di vigilare sulla correttezza e sulla legalità dello svolgimento dell'attività di impresa, sia dall'obbligo giuridico di impedire reati commessi dagli amministratori nel corso dell'attività gestoria. Del tutto generiche e indeterminate risultano, tuttora, non solo la tipologia di reati riconducibile a tale obbligo di intervento, ma anche, la gamma di attività impeditive concretamente suscettibili di essere realizzate in funzione di contrasto delle azioni delittuose degli amministratori; per non tacere della controversa questione della rilevanza causale della condotta impeditiva omessa, oscillante tra rilevanza condizionalistica e mera agevolazione.

Con la riforma del diritto societario, del previgente art. 2403 c.c. è venuto meno il compito di accertare la regolare tenuta della contabilità ed è rimasto l'obbligo di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto. A quest'ultimo si aggiunge il dovere di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e, in particolare, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e sul suo concreto funzionamento. All'espansione dell'oggetto del controllo¹²⁵ corrisponde il rafforzamento dei poteri reattivi, mediati, tuttavia, da istanze collocate all'interno dell'organismo societario (C.d.a.; assemblea) o da autorità esterne (Tribunale; Consob, in caso di società quotate)¹²⁶.

124. La giurisprudenza tende in tal modo a sanzionare l'inadempimento di doveri funzionali e di controllo nella prospettiva dell'omesso impedimento.

125. Come rilevato da A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario, op. cit.*, p. 332, «il controllo sindacale si concentra sulla fase di adozione delle decisioni gestionali, affinché di questa siano vagliati criteri e modalità, in *chiave preventiva* rispetto a possibili disfunzioni e abusi: una «verifica dell'adeguatezza dei processi decisionali».

126. Cfr. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario, op. cit.*, p. 336, che sottolinea come «i nuovi poteri reattivi dei sindaci, soprattutto la possibilità di avviare procedure pubblicistiche di controllo, collocano il collegio sindacale in una posizione di supremazia rispetto agli stessi amministratori potendo l'esito delle procedure attivate esplicitare un'efficacia paralizzante dell'attività di gestione, influente, quindi, sulla fonte di pericolo su cui i sindaci sono chiamati a vigilare».

A proposito dei poteri reattivi, occorre, peraltro, tenere conto della diversa intensità impeditiva degli strumenti di contrasto suscettibili di essere attivati dai titolari di funzioni di controllo, a seconda del sistema di *governance* preso in considerazione¹²⁷. Nell'ambito del sistema dualistico – in cui i compiti di gestione e di amministrazione sono affidati al consiglio di gestione e quelli di controllo al consiglio di sorveglianza – assume indubbio rilievo, nella prospettiva del potere impeditivo rilevante *ex art. 40, comma 2, c.p.*, il fatto che in capo ai titolari delle funzioni di controllo sussista il potere di nomina e di revoca dei componenti del consiglio di gestione (*art. 2409-terdecies c.c.*).

Deve, peraltro, tenersi conto del fatto che l'*art. 25-octies d.lgs. n. 14/2019 (c.d. Codice della crisi d'impresa e della insolvenza)* stabilisce, da un lato, che l'organo di controllo societario segnali, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'*art. 17 (Accesso alla composizione negoziata e suo funzionamento)* dello stesso decreto e che, in pendenza delle trattative, rimanga fermo il dovere di vigilanza di cui all'*art. 2403 c.c.*, dall'altro, che la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo e la vigilanza sull'andamento delle trattative siano valutate ai fini della responsabilità prevista dall'*art. 2407 c.c.*¹²⁸.

Sul versante penale, la giurisprudenza ha ritenuto che le modifiche apportate alla disciplina societaria non abbiano inciso più di tanto sulla portata della posizione di garanzia tradizionalmente configurata in capo ai sindaci e che quest'ultimi risultino, dunque, tuttora titolari di un obbligo di impedimento di reati posti in essere nell'ambito di attività

127. Come è noto, l'*art. 223-septies comma 1 disp. att. c.c.* prevede che «se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, e ai componenti del consiglio di amministrazione e ai componenti del comitato per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monistico».

128. Sui riflessi della previsione di tali doveri di segnalazione sulla "posizione di garanzia" dei membri del collegio sindacale e dei revisori, v. A. Nisco, *Note sulla responsabilità penale di sindaci e revisori alla luce dell'obbligo di segnalazione previsto dal codice della crisi d'impresa*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 34, ¾, 2021, p. 572 ss., il quale inquadra la segnalazione come potere impeditivo tipizzato afferente alla posizione di garanzia dei sindaci, analizzandone i profili problematici.



gestorie¹²⁹. Secondo la S.C.¹³⁰, i nuovi e specifici compiti assegnati all'organo di controllo non avrebbero comportato un ampliamento della posizione di garanzia ravvisabile in capo al membro del collegio sindacale, a salvaguardia di interessi patrimoniali della società, di creditori e soci, di terzi¹³¹: l'espreso e diretto obbligo di vigilanza sulla gestione degli amministratori sarebbe, dunque, rimasto sostanzialmente immutato.

La S.C. ritiene, inoltre, che le norme di diritto societario consentano di individuare in capo ai sindaci poteri di ricognizione/segnalazione ritenuti idonei ad impedire indirettamente il compimento di atti criminali¹³²: in questa direzione, si prende in considerazione il potere-dovere di attivare il flusso informativo all'interno della società, di stimolare la reazione informativa da parte del C.d.a., la possibilità di denuncia al Tribunale. Nella misura in cui sono in grado di attivare altrui attività inibitorie (C.d.a.; Assemblea, Tribunale), tali iniziative sono ritenute rilevanti nel quadro degli artt. 40 comma 2 e 110 c.p., quali strumenti indirettamente o mediatamente impeditivi.

Come affermato dalla S.C., in ambito societario gli obblighi di garanzia «possono anche concretizzarsi in obblighi diversi (per es., di natura sollecitatoria), e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente diretti ad impedire il verificarsi dell'evento»¹³³.

16. Linee di tendenza

Ad uno sguardo d'insieme, può rilevarsi come nel diritto vivente si tenda a fondare la posizione giuridica di garanzia "aziendale" sui doveri stabiliti nel diritto societario e a prescindere dal carattere individuale o collegiale del potere impeditivo. Nella prassi, si ripone scarsa attenzione

129. V., ad es., Cass. V, 21.9.2020, n. 28848, in «Sistema penale», 3, 25.2.2021, con nota di G. Rapella, *Concorso omissivo dei sindaci nella bancarotta (semplice) degli amministratori: la Cassazione torna a precisare gli accertamenti necessari per l'affermazione della responsabilità penale, ivi*.

130. Cass. IV, 4.5.2007, n. 23383.

131. Cfr. F. Centonze, *Controlli societari, op. cit.*, p. 288.

132. V., ad es., Cass. V, 4.10.2018, n. 44107.

133. Cass. IV, 11.3.2010, n. 16761; Cass. V, 4.5.2011, n. 28932.

al fatto che determinati poteri reattivi siano, invero, conferiti all'organo collegiale e non ai singoli membri o, comunque, presuppongano l'intervento di un terzo, anche esterno alla società, per poter assumere una reale efficacia impeditiva.

L'attivazione di tali poteri "impeditivi" è ritenuta doverosa a prescindere dai canali conoscitivi, secondo una ricostruzione sostanzialistico-funzionale della fonte dell'obbligo impeditivo che ammette, altresì, il ricorso a poteri innominati o atipici, affrancandosi dalla vincolatività della trama del diritto societario. Secondo la S.C., «la ricerca delle leve impeditive non può svolgersi soltanto in ragione della espressa e formale tipizzazione normativa, ma deve calarsi nella considerazione delle effettive opportunità, offerte al controllore nel corso della vicenda societaria, per manifestare il proprio dissenso od altrimenti dispiegare attività impeditiva», cosicché non sarebbe richiesta «la presenza di formali e tipizzate leve impeditive dell'evento pregiudizievole: la legge non descrive le forme con cui deve esprimersi la condotta di ostacolo verso il probabile pregiudizio al patrimonio sociale»¹³⁴.

Nel caso Parmalat, la S.C. ha ribadito tale impostazione, rimproverando all'amministratore non esecutivo di non aver attivato quegli «strumenti esterni alla propria funzione, ma facilmente disponibili, come l'informazione a mezzo stampa», che «avrebbero sicuramente bloccato il corso delittuoso di quella gestione»¹³⁵.

La garanzia esigibile dal titolare di funzioni di gestione e/o controllo viene dilatata in chiave assiologica, in funzione dell'istanza di protezione di interessi meritevoli di particolare tutela.

A ciò si aggiungono sia l'elusione del rigoroso vaglio dell'effettiva idoneità impeditiva dell'azione doverosa omessa¹³⁶, sia la già accennata

134. Cass. V, 18.2.2010, n. 17690, in «Cassazione penale», 61, 12, 2011, p. 4422.

135. Cass. V, 4.5.2011, n. 28932; sul punto, in senso critico, v. F. Centonze, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in «Rivista delle società», 47, 3, 2012, p. 335.

136. Secondo A. Rossi, *I profili penalistici, op. cit.*, p. 175, si dovrebbe partire dal presupposto che il comportamento omissivo sia "condizione necessaria", «per cui il fatto di reato in concorso non si sarebbe perfezionato se il soggetto avesse compiuto l'azione doverosa (che ha invece appunto omesso di realizzare)».



deformazione dell'accertamento del dolo in chiave presuntivo-normativizzante.

17. Le impostazioni dottrinali: una sintesi

La cesura tra prassi e teoria assume in questa materia caratteri molto netti e pronunciati. Le impostazioni dominanti nel diritto vivente da tempo suscitano in dottrina articolate e variegate critiche: ad essere messa in discussione è ora la configurabilità di un'effettiva posizione di garanzia, ora la titolarità di poteri realmente impeditivi in capo al soggetto tenuto ad intervenire.

Il dibattito dottrinale è assai ampio ed articolato e, in questa, sede, ci si limiterà ad una sintesi dei profili direttamente attinenti all'oggetto di questa indagine.

Un profilo che assume indubbio rilievo nella discussione è quello della mancata considerazione – da parte della giurisprudenza – del peso normativo assunto dalla regola della collegialità.

Sul versante degli amministratori, è stato evidenziato come la riforma del diritto societario abbia posto in capo al C.d.a. – e non ai singoli consiglieri – il dovere di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile¹³⁷; come dal dato normativo emerga che soltanto il collegio ha la possibilità di intervenire con strumenti realmente impeditivi, che i singoli amministratori possono impugnare le delibere collegiali per evitare il compimento di reati ma non dispongono né di poteri individuali extraconsiliari di informazione ed ispezione, né del potere di adottare provvedimenti direttamente impeditivi, potendo tutt'al più segnalare situazioni pericolose al collegio ovvero al P.M., richiedendone l'intervento, con tutte le difficoltà che ne derivano

137. Come osservato da F. Centonze, *Controlli societari, op. cit.*, p. 172, a proposito dei poteri-doveri dei consiglieri deleganti nella previgente legislazione, la regola della collegialità e della responsabilità solidale tra i componenti del C.d.a. trova la propria ratio nella responsabilità civile, in regole estranee al dir penale (gestione della società e risarcimento del danno).

sul piano della prova del nesso di causalità (surrogata dal riferimento a massime di esperienza) e del dolo¹³⁸.

Ancora più complesso è il quadro delle disamine dottrinali per quel che riguarda l'omesso impedimento di reati da parte dei titolari di funzioni di controllo e, in particolare, dei membri del collegio sindacale¹³⁹. Anche in quest'ambito si censura la mancata considerazione – in giurisprudenza – della natura individuale o collegiale del potere reattivo e, di riflesso, la reale efficacia impeditiva degli strumenti attribuiti al singolo membro del collegio sindacale.

Si pone, in primo luogo, l'accento sulla natura collegiale dell'organo sindacale e sul fatto che molti poteri che nella prassi sono attribuiti ai singoli sindaci potrebbero essere esercitati soltanto previa delibera collegiale: oggetto di critica è, dunque, la mancata considerazione distintiva dei poteri dei sindaci *uti singuli* e come organo.

Si sottolinea come dal dato normativo si evinca che il singolo controllore ha la possibilità di chiedere al Collegio di impugnare le delibere del C.d.a. in conflitto di interessi o in contrasto con la legge (e, nel sistema dualistico, di bloccare l'attività del Consiglio di gestione, mediante la revoca), di procedere ad ispezioni e a controlli, di chiedere al collegio di impugnare le delibere (e, nel caso di società quotate, di convocare il C.d.a. e, previa richiesta di due sindaci, l'assemblea)¹⁴⁰, di sollecitare determinati interventi, il potere-dovere di presenziare alle riunioni del C.d.a., mentre è, invece, il Collegio titolare del potere di impugnare le delibere del C.d.a. e di convocare il C.d.a. e l'assemblea (in caso omissione e di ingiustificato ritardo da parte del C.d.a.), di inviare comunicazio-

138. V. F. Centonze, *Controlli societari*, *op. cit.*, p. 183 ss.

139. Le considerazioni che seguono valgono, in linea di principio, anche per i titolari di funzioni di controllo nei sistemi alternativi di controllo: per quel che concerne il modello dualistico e, in particolare, il consiglio di sorveglianza, e il modello monistico, v. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, *op. cit.*, p. 346 ss.; 352 ss.; sulla figura del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, v. F. Centonze, *Controlli societari*, *op. cit.*, p. 414 ss.

140. Nel senso che «nel campo delle società quotate il legislatore ha legittimato i sindaci *uti singuli* a esercitare significativi poteri potenzialmente impeditivi», v. F. Centonze, *Controlli societari*, *op. cit.*, p. 270.



ni e segnalazioni alla Consob (nel caso di società quotate), di denunciare gravi irregolarità al Tribunale¹⁴¹.

A fronte di tale assetto normativo, si sono venuti consolidando due orientamenti di massima.

Un primo indirizzo tende a sottolineare come i poteri sui quali viene edificata nella prassi la posizione giuridica di garanzia in capo ai sindaci siano privi, in realtà, di efficacia impeditiva¹⁴². Secondo questo indirizzo critico, la S.C. affermerebbe la responsabilità omissiva di quest'ultimi soggetti, prescindendo dalla necessità che i poteri reattivi dai medesimi esercitabili siano direttamente e immediatamente impeditivi dell'attività criminosa in corso: l'oggetto del rimprovero sarebbe dato, in realtà, dall'insufficiente od omessa attivazione delle funzioni di controllo ossia dalla mancata utilizzazione dei poteri di ricognizione e di segnalazione¹⁴³. A fare difetto sarebbe un effettivo potere-dovere giuridico di impedimento: i sindaci sarebbero titolari di un mero obbligo di sorveglianza ossia del dovere di vigilare e sorvegliare per conoscere della commissione di reati e, comunque, di informare il titolare del bene o garante. Pur essendo finalizzato, come il vero e proprio obbligo giuridico di impedimento, alla prevenzione del verificarsi di eventi dannosi, l'obbligo di sorveglianza non sarebbe, dunque, idoneo a fondare la posizione di garanzia in capo al singolo membro del collegio.

Secondo un diverso orientamento, incline a riconoscere in capo al sindaco una posizione di garanzia volta all'impedimento di reati, il cui limite coinciderebbe con il limite dei poteri di iniziativa, impulso e segnalazione, al medesimo conferiti, «il dovere di impedimento non potrà

141. Sul difetto di dovere di denuncia all'A.G., in quanto quella sindacale è una funzione di natura privata, v. F. Stella, D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in «Rivista trimestrale di diritto. penale dell'economia», 2, 3, 1990, p. 565.

142. Secondo F. Centonze, *Controlli societari*, *op. cit.*, p. 279 ss., il nuovo quadro normativo attribuisce al collegio poteri astrattamente capaci di bloccare condotte illecite, ma che non possono essere utilizzati per tracciare la posizione di garanzia dei sindaci.

143. Sulla tendenza giurisprudenziale a fissare determinate responsabilità di posizione in rapporto alla mancata attivazione dei controlli previsti dalla disciplina di settore, che fanno capo ai titolari dei poteri di controllo e sulla tendenza a desumere in modo acritico la sussistenza di posizioni di garanzia dalla sussistenza di doveri di vigilanza interna (automatismo) v. M. Pelissero, *Il concorso doloso*, *op. cit.*, p. 364 ss.

ritenersi adempiuto, se non quando siano stati esercitati *tutti* i poteri inerenti al ruolo di garante, che possano servire ad evitare l'evento. L'esercizio di alcuni soltanto dei poteri comporta, infatti, l'omesso esercizio di altri poteri intesi ed idonei ad impedire l'evento; e questo basta a fondare la responsabilità *ex art. 40 cpv. c.p.*¹⁴⁴.

Favorevole alla configurabilità di una posizione di garanzia sindacale è anche la tesi secondo cui «i nuovi poteri reattivi dei sindaci, soprattutto la possibilità di avviare procedure pubblicitiche di controllo, colloca il collegio sindacale in una posizione di supremazia rispetto agli stessi amministratori, potendo l'esito delle procedure attivate esplicitare un'efficacia paralizzante dell'attività di gestione, influente, quindi, sulla fonte di pericolo su cui i sindaci sono chiamati a vigilare»¹⁴⁵.

Il fatto che si tratti di poteri impeditivi "mediati" o indiretti non osterebbe, infatti, al rinvenimento della *Garantenstellung*: sulla base di una particolare ricostruzione dogmatica che sarà in seguito illustrata, si ritiene "potere impeditivo" «l'attività che è in grado di costituire causa necessaria, anche se non sufficiente, alla salvezza di un determinato bene, a prescindere dall'assoluta padronanza (*Herrschaft*) dei fattori causali»¹⁴⁶.

144. F. Stella, D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci*, *op. cit.*, p. 563. Secondo i due autori, in capo ai sindaci sarebbe dunque configurabile una posizione di garanzia, incentrata su doveri di conoscenza, di informazione, di attivarsi e da correlativi poteri di iniziativa e impulso (F. Stella, D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci*, *op. cit.*, p. 558). Avuto riguardo al rapporto tra doveri-poteri di cui alla disciplina civilistica e doveri di impedimento di eventi penalmente tipici, si osserva che «i poteri-doveri dei sindaci hanno (anche) la funzione di prevenire il verificarsi di eventi dannosi, ed il loro esercizio può risultare idoneo a tal fine» (F. Stella, D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci*, *op. cit.*, p. 562 ss., i quali sottolineano come le iniziative sindacali si atleggino a condizioni necessarie per l'impedimento). Gli autori citati osservano che «segnalando in sede societaria situazioni anomale accertate [...] o sospetti di falsità negli schemi di bilancio predisposti da amministratori o violazioni di regole giuridiche di corretta amministrazione, i sindaci portano allo scoperto fatti e atti la cui conoscenza da parte di terzi sarebbe ostativa alla realizzazione degli illeciti» (F. Stella, D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci*, *op. cit.*, p. 562; nella nt. 26, si fa notare come la rilevanza e la sufficienza di poteri doveri di segnalazione come contenuto del vincolo di garanzia sia tranquillamente ammessa in altri settori del diritto penale dell'impresa: ad es., quello della prevenzione degli infortuni).

145. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, *op. cit.*, p. 342.

146. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, *op. cit.*, p. 342, il quale sottolinea la «tendenziale attitudine delle omissioni realizzate dai controlli interni – che si sostanzieranno, essenzialmente, nell'omessa attivazione di circuiti informativi – a realizzare omissioni penalmente rilevanti nell'ottica dell'art. 40 cpv. c.p.».



I fautori della posizione di garanzia “sindacale” debbono, peraltro, “fare i conti” con le asperità e le incertezze dell'accertamento dell'idoneità impeditiva della condotta omessa, reso vieppiù problematico sia dalla natura, perlopiù, collegiale dei poteri reattivi, sia della potenzialità impeditiva mediata o indiretta degli strumenti reattivi¹⁴⁷.

18. Un profilo problematico: i poteri impeditivi

In un'indagine sul concorso omissivo, assume un ruolo cruciale il tema dei poteri impeditivi: una questione che nella teoria e nella prassi del reato economico viene affrontata quasi esclusivamente nella prospettiva del concorso omissivo nell'altrui reato commissivo.

Come si è visto, nell'ambito in esame si tende ad operare alcune distinzioni all'interno del *genus* “potere impeditivo”: si tratta di qualificazioni e partizioni suscettibili di interagire reciprocamente e di riflettersi in senso esclusivo, restrittivo od estensivo sulla posizione di garanzia, a seconda del grado di selettività del parametro di valutazione adottato.

Schematizzando, si distingue a seconda che: a) i poteri impeditivi siano individuali o collegiali; b) i poteri, di cui sia titolare il soggetto tenuto ad attivarsi, siano direttamente/immediatamente ovvero indirettamente/mediatamente impeditivi dell'altrui reato (a tale distinzione si collega quella tra poteri impeditivi autonomi e non autonomi, a seconda che l'impedimento dell'illecito dipenda o meno dall'intervento di terze persone); c) i poteri impeditivi siano nominati o innominati e, cioè, che siano tassativamente tipizzati dal legislatore oppure atipici; d) i poteri impeditivi siano di carattere naturalistico ovvero normativo.

Si è già accennato alla rigoristica tendenza giurisprudenziale volta a fondare la posizione di garanzia dei titolari di funzioni di gestione e/o

147. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 343, il quale rileva che «a complicare la ricostruzione dell'itinerario eziologico sarà semmai il fatto che tali poteri vengono esercitati collegialmente e che, innanzi all'inattività dell'organo, al singolo non può essere richiesto di più che l'esercizio delle proprie capacità di persuasione e la manifestazione del proprio dissenso, continuando l'ordinamento, del resto, ad ignorare mezzi di impugnazione delle delibere sindacali».

controllo prescindendo da simili “distinguo”. Più articolato è il quadro delle opinioni emergente in ambito dottrinale.

18.1. Orientamenti selettivo-restrittivi

Ai fini della responsabilità per omesso impedimento di altrui reati, un primo indirizzo sostiene la necessità di verificare che i poteri conferiti ai predetti soggetti presentino un'effettiva e diretta capacità impeditiva.

Alla base di tale impostazione si pongono sia la distinzione, già accennata, tra *obblighi di garanzia* e meri *obblighi di sorveglianza*, sia l'assunto secondo cui soltanto la titolarità di una posizione di garanzia, corredata di adeguati poteri di intervento, potrebbe fondare l'obbligo di impedimento di altrui reati. Mentre in tale caso «il legislatore, sul presupposto di una particolare posizione di potere di determinati soggetti, si attende ed impone un'azione, per così dire, “risolutiva”, nel senso di attendersi ed imporre un intervento penetrante che effettivamente impedisca il verificarsi dell'evento criminoso», nell'ipotesi di mero obbligo di sorveglianza, «mancando quel presupposto di particolare potere, (il legislatore) si attende ed impone atti che semplicemente “agevolino” l'impedimento; non aspettandosi dunque un intervento ugualmente incisivo»¹⁴⁸.

La clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. sarebbe, dunque, applicabile esclusivamente in presenza di un potere direttamente e autonomamente impeditivo, in quanto la disposizione citata postulerebbe la necessità di un'omissione equiparabile all'azione e, cioè, di «un'omissione che esprima anche un'efficienza causale pari all'azione; e, perché ciò sia, evidentemente occorre che la salvezza del bene giuridico “dipenda” realmente dall'intervento dell'obbligato»¹⁴⁹.

Si iscrive all'interno di questo orientamento ermeneutico la tesi, sviluppata in riferimento alla responsabilità omissiva dei sindaci, secondo cui, non sarebbe sufficiente un potere coincidente con la mera possibilità di interferire di fatto con le scelte dell'organo controllato (ad es., la denuncia di fatti di reato): sarebbe, invece necessario accertare che

148. V. A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, op. cit., p. 198 ss.

149. A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, op. cit., p. 200.



il potere integri gli estremi di una potestà, quale situazione in grado di impedire «il prodursi degli effetti tipici della attività in cui si concreta il reato»¹⁵⁰. Il carattere potestativo del potere implicherebbe, infatti, sia la capacità del garante di intervenire direttamente e con effetto vincolante sull'illecito *in fieri*, sia la sottoposizione dell'autore di possibili reati ad «un potere di conformazione *alieno* che, pur non privandolo della sua sfera di autonomia ed indipendenza, lo assoggetti ad un controllo im-peditivo»¹⁵¹.

Sul presupposto secondo cui le responsabilità in ambito societario dovrebbero essere ricostruite sulla base delle «competenze funzionali» di ciascun organo e dei rapporti esistenti tra le diverse sfere di competenza, si ritiene che poteri im-peditivi potestativi siano configurabili esclusivamente nei casi in cui i predetti rapporti organizzativi siano strutturati alla stregua di «poteri di autorizzazione preventiva o di ratifica successiva»¹⁵². Non essendo configurabile un nesso gerarchico o di dipendenza tra organi societari, si conclude nel senso della tendenziale negazione di una posizione di garanzia in capo ai sindaci e della conseguente inesistenza di un obbligo di impedimento di altrui reati¹⁵³.

Secondo un'ulteriore opinione, parimenti selettiva dell'obbligo di impedimento di reati, possono essere qualificati come "im-peditivi" soltanto i poteri il cui esercizio produca effetti vincolanti sull'attività del controllato e a cui corrisponda un dovere di *conformazione* del soggetto terzo; dovrebbero, viceversa, in quanto insufficienti, essere esclusi dalla sfera dell'im-peditività i poteri "deboli" che, pur essendo in grado di

150. N. Pisani, *Controlli sindacali*, *op. cit.*, p. 67 ss., il quale per "potestà" intende la titolarità di un controllo che si estrinseca in atti "giuridici" ad effetto vincolante nei confronti del soggetto controllato.

151. N. Pisani, *Controlli sindacali*, *op. cit.*, p. 71.

152. N. Pisani, *Controlli sindacali*, *op. cit.*, p. 80 ss.; in senso analogo, v. anche V. Torre, *Posizione di garanzia e obblighi di vigilanza nell'attività del collegio sindacale*, in «L'indice penale», 3, 1, 2000, p. 285 ss.

153. Secondo la tesi in esame sui sindaci incomberebbe solo un'obbligazione di controllo, ma non di intervento diretto nella sfera degli amministratori, come dimostrerebbe il difetto di una forza comminatoria nel controllo sindacale e, cioè, della possibilità che l'organo controllante ponga direttamente rimedio alle irregolarità perpetrate dal soggetto controllato: in capo ai sindaci non sarebbe configurabile il potere di incidere sugli effetti giuridici degli atti posti in essere dagli amministratori (N. Pisani, *Controlli sindacali*, *op. cit.*, p. 141 ss.).

influenzare la decisione del soggetto controllato, lascino residuare una possibilità di scelta da parte dello stesso in ordine alla condotta da tenere¹⁵⁴. Muovendo dalla già accennata distinzione tra poteri impeditivi rilevanti in ambito naturalistico (poteri naturalistici, capacità tecnica, ecc.) e quelli rilevanti in ambito normativo¹⁵⁵, si ritiene che il potere di impedimento debba essere affermato e misurato in ragione degli strumenti disponibili da parte del controllore: a rilevare non sarebbe, dunque, la dimensione empirico-fattuale dei poteri dell'obbligato, bensì il conferimento di poteri giuridicamente fondati¹⁵⁶. Dunque, potrebbero essere ritenuti veramente impeditivi soltanto i poteri di intervento che si traducano in poteri di blocco sull'attività del controllato, come la revoca (come quella, ad es., prevista nel sistema dualistico, *ex art. 2409-terdecies c.c.*, a favore del comitato di sorveglianza), con esclusione dei poteri aventi un'efficacia impeditiva mediata (e, cioè, dipendente dal fatto del terzo)¹⁵⁷.

In continuità con l'impostazione appena accennata, si colloca un'indagine volta ad approfondire la finalità realmente impeditiva dei poteri normativi nella disponibilità del garante: ricordato come «il potere impeditivo, invero, radica la propria essenza nell'attitudine a paralizzare *in itinere* l'evento lesivo, ostacolandone la concretizzazione o, al limite, evitando che la sua protrazione possa portare a ulteriori conseguenze negative», si ritiene che di efficacia impeditiva possa parlarsi solo in relazione all'esercizio tempestivo di poteri, «il cui immediato effetto pa-

154. V. F. Giunta, *Controllo e controllori nello specchio del diritto societario*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 18, 3, 2006, p. 608 ss.

155. Secondo C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, *op. cit.*, p. 666, «ai fini della responsabilità commissiva mediante omissione del soggetto qualificato, non basta che questi abbia la possibilità materiale e contingente, per il ruolo ricoperto, di impedire l'evento in essere. Poiché a venire in rilievo nel settore in esame sono situazioni diverse dalle fattispecie causalmente orientate con evento naturalistico, l'azione impeditiva presuppone, indubbiamente, il reale esercizio delle competenze funzionali riferibili alla qualifica. È su questa base, pertanto, che si dovrà procedere alla compiuta identificazione dei poteri impeditivi di matrice normativa, al fine di ravvisare correttamente l'esistenza di una posizione di garanzia».

156. V. F. Giunta, *Controllo e controllori*, *op. cit.*, p. 608.

157. V. F. Giunta, *Controllo e controllori*, *op. cit.*, p. 610.



ralizzante avrebbe certamente scongiurato il verificarsi dell'evento lesivo», quali, ad es., i poteri di blocco dell'attività di terzi¹⁵⁸.

Sottolineata la necessaria attitudine interdittiva dei poteri di intervento, si riconosce che nel contesto societario sia ipotizzabile, in alcuni casi isolati, «l'esistenza di poteri impeditivi direttamente paralizzanti l'attività illecita in essere, esercitabili individualmente dal garante»¹⁵⁹. Pur trattandosi di prerogative di blocco «risultato di valutazioni collegiali piuttosto che di azioni individuali»¹⁶⁰, si ritiene che «il necessario esercizio collegiale di alcuni poteri di intervento» non escluda, «di per sé, la responsabilità per omesso impedimento dell'evento in capo al soggetto obbligato» e che «al pari dei poteri naturalistici [...], anche i poteri normativi di impedimento possono essere azionati in via mediata dal garante»¹⁶¹.

Si tratta, però, di capire a quali poteri mediati possa essere attribuita una valenza impeditiva. Individuato nella «comunicazione» il contenuto precipuo del potere impeditivo giuridico, si ritiene che «l'inerzia rispetto all'adempimento di obblighi comunicativi, tuttavia, non si traduce, automaticamente, nella responsabilità per omesso impedimento dell'e-

158. V. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 668, che si riferisce «a quei poteri che sono in grado di arrestare l'attività illecita in essere, privando l'autore della capacità di agire in nome e per conto della società o, comunque, privandolo delle competenze funzionali che gli avrebbero consentito di potere portare a compimento determinati atti pregiudizievoli».

159. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 669, che si riferisce, ad es., «ad una società in nome collettivo, costituita da due soli soci con uguale partecipazione agli utili e con amministrazione disgiunta, nell'ambito della quale, quindi, ciascuno dei due componenti può compiere, da solo, tutte le operazioni che rientrano nell'oggetto sociale, senza necessità del consenso dell'altro e senza alcun obbligo di comunicazione preventiva. In questi casi ha un indubbio effetto di blocco l'opposizione prevista dall'art. 2257, comma 2, c.c., secondo cui «ciascun socio amministratore ha il diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia compiuta»; l'autrice rileva come «l'opposizione attivata a fronte della realizzazione di un'operazione illecita o, più in generale, pregiudizievole per la società di cui si è a conoscenza, consente di paralizzare la scelta decisionale, posto che a decidere sull'opposizione, ai sensi dell'art. 2257, comma 3, c.c., è la maggioranza dei soci, che qui, però, porta ad una situazione di stallo, stante l'esistenza di due posizioni contrapposte».

160. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 669.

161. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 669, la quale sottolinea il peso assunto dalla «possibilità di riuscire ad orientare già *ex ante* la condotta impeditiva del garante a fronte delle innumerevoli possibilità di azione che gli vengono offerte dagli strumenti giuridici a sua disposizione».

vento»: a tal fine assumerebbero rilievo «soltanto quelle modalità operative in grado di attivare gli organi legittimati all'adozione degli opportuni provvedimenti impeditivi», in quanto – «anche quando attivato in via mediata» – il potere impeditivo «deve già astrattamente apparire risolutivo», nel senso che «l'attivazione dell'intervento altrui deve produrre un effetto inabilitante dell'evento lesivo o dell'attività illecita di terzi»¹⁶². Perché la delega dell'intervento ostativo possa assumere rilevanza *ex art. 40*, comma 2, c.p., si reputa necessario sia che l'attivazione dell'organo competente consegua «all'esercizio di un potere individuale del garante, a sua volta assistito da obbligo», sia che l'organo chiamato ad intervenire in via surrogatoria sia «in grado di prevenire la concretizzazione del risultato lesivo in essere e, come tale, deve essere fornito di quei poteri di blocco il cui esercizio individuale è, invece, precluso»¹⁶³. Alla luce di tali indicazioni, se, da un lato, viene esclusa la portata impeditiva degli strumenti operativi abitualmente annoverati i poteri normativi di impedimento in ambito societario, quali la denuncia¹⁶⁴ e il potere di impugnativa¹⁶⁵, dall'altro, si ritiene che una diversa situazione si registri «nel caso dell'attivazione, in via mediata, di organi a cui spetta il potere di procedere direttamente alla revoca o all'avocazione degli incarichi gestori, i quali, dunque, sono in grado di frapporre, ragionevolmente, un ostacolo alla verifica di eventi pregiudizievoli per la società»¹⁶⁶.

162. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, *op. cit.*, p. 671.

163. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, *op. cit.*, p. 671.

164. Secondo C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, *op. cit.*, p. 672, «nessuna valenza impeditiva nei termini poc'anzi precisati può essere riconosciuta, in particolare, alle diverse forme di denunce sia endosocietarie che extrasocietarie», giacché «in queste specifiche ipotesi, previste dalla normativa civilistica come facoltative, non si realizza alcuna surroga dei destinatari delle denunce nella realizzazione di interventi immediatamente impeditivi che, al più possono conseguire dal coinvolgimento di ulteriori organi (l'assemblea nel caso dell'art. 2408, comma 2, c.c.) o, comunque, dallo sviluppo dell'*iter* procedurale che, soltanto come mera eventualità, anche nel caso di attivazione tempestiva, è in grado di portare ad interventi drastici, quali la revoca degli amministratori e dei sindaci e la nomina di un amministratore giudiziario (art. 2409, comma 4, c.c.)».

165. Nei casi previsti dalla legge, «l'organo investito dell'annullamento non è titolare di un potere inibitorio rilevante ai sensi della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p., anche quando si tratta di delibere propedeutiche ad un reato non ancora consumato o i cui effetti non sono ancora giunti a compimento» (C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, *op. cit.*, p. 672).

166. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, *op. cit.*, p. 673.



Sul versante dei poteri di revoca e di avocazione, una rilevante criticità viene, peraltro, individuata laddove «l'attivazione degli organi titolari dei summenzionati poteri impeditivi possa avvenire soltanto a seguito di deliberazione collegiale, rispetto alla quale, al più, ciascun membro può svolgere un ruolo di impulso»¹⁶⁷: in tali casi, l'omessa sollecitazione dell'organo collegiale non potrebbe comportare a carico del singolo sindaco alcuna responsabilità per omesso impedimento dell'evento, «essendo lo stesso titolare soltanto di un potere pre-impeditivo»¹⁶⁸.

In definitiva, le impostazioni selettivo-restrittive mirano, dunque, a sottolineare le differenze qualitative tra potere conoscitivo e potere impeditivo, perlopiù trascurate in giurisprudenza¹⁶⁹. Valorizzando la distinzione tra condotte idonee ad acquisire la conoscenza e condotte adeguate ad interrompere la commissione di un reato, si esclude che possano essere considerate impeditive le attività poste in essere per adempiere all'obbligo di agire informati e di vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo

167. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 673, che riporta il caso del "potere-dovere" del collegio sindacale di convocare l'assemblea dei soci (abilitata alla revoca dall'art. 2383, comma 3, c.c.); nel senso che «il singolo consigliere di amministrazione è privo di poteri impeditivi "effettivi", in grado cioè di incidere direttamente e concretamente sullo sviluppo dell'iter criminoso, essendo piuttosto dotato di una capacità di sollecitazione indiretta, solo astrattamente idonee ad attivare una procedura di controllo da parte di autorità terze», v. N. Menardo, *La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega. Recenti approdi giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in «Diritto penale contemporaneo», 6, 19.11.2015, p. 17, secondo il quale «la possibilità di agire – intesa come effettiva esistenza di poteri impeditivi e possibilità concreta di attivarli da parte del soggetto attivo – sussiste dunque solo in capo all'organo in quanto tale e non invece ai suoi singoli componenti, la cui attività di regola si esaurisce nell'esercizio del diritto di voto»; nel senso che al collegio sindacale «sono attribuiti poteri reattivi mediati, idonei ad innescare dei meccanismi sottoposti al controllo di altri organi, sociali o extrasocietari, e finalizzati a ricondurre l'azione sociale nell'alveo della legalità», v. M. Raimondo, *La posizione di garanzia del collegio sindacale nell'evoluzione giurisprudenziale*, in «Archivio penale», 2012, 67, 1, p. 6.

168. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 673, la quale osserva che ben diversa è la situazione «all'interno del consiglio di sorveglianza, ove, infatti, la segnalazione fatta dal singolo componente investe direttamente l'organo collegiale di cui fa parte e che è abilitato alla revoca degli incarichi dei componenti del consiglio di gestione a norma dell'art. 2409-terdecies c.c.».

169. Cfr. Cass. V, 22.4.1998, n. 8327; Cass. V, 13.12.2006, n. 17393; sul punto, v. F. Centonze, *Controlli societari*, op. cit., p. 262.

e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento e, cioè, le attività idonee a scoprire un reato *in itinere*, ma inadeguate a incidere sul decorso causale di tale illecito penale.

In secondo luogo, si limita la rilevanza penalistica ai soli poteri giuridici correlati alla funzione svolta (poteri nominati o tipici), con esclusione degli strumenti non necessariamente connessi alla propria funzione (poteri innominati o atipici), che, invece, come si è visto, sono presi in considerazione dalla giurisprudenza ai fini del riconoscimento dell'efficacia impeditiva dell'intervento omesso.

18.2. Orientamenti intermedi

Un secondo fronte di opinioni mette in discussione le ricostruzioni "restrittive" dei poteri impeditivi, cui s'è fatto poc'anzi cenno.

Dopo aver riconosciuto la difficoltà di adattare la nozione di signoria e di dominio alla posizione di garanzia attribuita in funzione dell'impedimento di reati di terzi, si osserva che – in ambito societario – la tesi propensa a subordinare la configurabilità della posizione di garanzia alla titolarità di poteri direttamente impeditivi, in grado, cioè, di incidere direttamente sull'attività illecita del controllato, non tiene nella dovuta considerazione il fatto che nessun membro di un organo di controllo societario può incidere direttamente e immediatamente sulle scelte gestionali e, tanto meno, sull'attività illecita del controllato¹⁷⁰.

Non essendo rilevabili – nel diritto societario – poteri individuali direttamente impeditivi di atti gestori, la ricostruzione restrittiva dei poteri impeditivi finisce per espungere dal novero dei garanti i componenti degli organi di controllo delle società commerciali¹⁷¹. Sul presupposto che il profilo della condotta omessa debba essere separato da quello, logicamente successivo, dell'accertamento dell'idoneità impeditiva, si propone una diversa interpretazione, incentrata sulla distinzione tra portata impeditiva in astratto e portata impeditiva in concreto degli strumenti di contrasto a disposizione del controllore. Si considerano im-

170. V. F. Centonze, *Controlli societari*, op. cit., p. 163 ss.; 169.

171. V. F. Centonze, *La "partnership"*, op. cit., p. 1784.



peditivi quei poteri che in astratto – secondo un paradigma di causalità generale – possono considerarsi idonei ad impedire la commissione del reato da parte del controllato, incidendo sul processo di realizzazione dell'illecito. La generica e teorica capacità impeditiva di tale potere non direbbe ancora nulla sul concreto impedimento dell'evento che sarebbe derivato dall'esercizio dei poteri effettivamente disponibili (causalità individuale): a tal proposito, si dovrebbe, ancora, infatti, provare che il comportamento doveroso omesso avrebbe impedito la realizzazione del fatto criminoso da parte dell'amministratore esecutivo (in riferimento ai poteri impeditivi attribuiti dalla legge al delegante e realmente esercitabili nella vicenda concreta)¹⁷².

Pur facendo riferimento al medesimo schema binario – obblighi di garanzia *versus* obblighi di sorveglianza¹⁷³ – sotteso agli orientamenti restrittivi di cui sopra, a quest'ultimi non pare riconducibile l'indirizzo ermeneutico che, pur ribadendo che l'equiparazione tra azione ed omissione sarebbe possibile soltanto laddove il soggetto abbia poteri che gli consentano «un intervento risolutivo e diretto (sul piano astratto) sulla situazione di pericolo per il bene tutelato» precisa, tuttavia, in senso estensivo, che «con l'espressione “intervento risolutivo e diretto” del garante non si vuole fare necessariamente riferimento alla capacità materiale di impedire l'evento, che può anche mancare, bensì di poteri giuridici, decisionali e di iniziativa sulla situazione di pericolo, esclusivi del garante» e che i poteri giuridici sussisterebbero anche nel caso in cui

172. V. F. Centonze, *Controlli societari*, op. cit., p. 169 ss.

173. Secondo F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 49, 2, 2001, p. 342 ss., l'obbligo di garanzia si distingue da quello di sorveglianza giacché quest'ultimo grava «su specifiche categorie di soggetti privi di poteri giuridici impeditivi», imponendo di vigilare su altrui attività per conoscere dell'eventuale commissione di fatti offensivi e di informare il titolare o il garante del bene»; si tratterebbe di poteri «non impeditivi, ma di mera vigilanza e di informazione sulla situazione di pericolo, spettando solo al titolare del bene o al garante, informati dal sorvegliante, i poteri di intervento impeditivi»; da i predetti obblighi deve essere poi distinto «il mero obbligo di attivarsi, che comprende, per esclusione, ogni obbligo giuridico di agire per la tutela di certi beni, imposto a soggetti, privi di poteri giuridici impeditivi e di sorveglianza, dalla norma incriminatrice al verificarsi del presupposto di fatto, dalla stessa indicato».

il garante sia costretto a ricorrere all'intervento di terzi per rimuovere in concreto il pericolo, che minaccia il bene tutelato¹⁷⁴.

Nella misura in cui si ricomprende nel concetto di potere impeditivo anche l'attivazione di un terzo, si finisce per postulare la configurabilità di una posizione di garanzia, anche in difetto di poteri idonei ad evitare direttamente il compimento di atti penalmente rilevanti.

18.3. Orientamenti estensivi

È giunto il momento di accennare alle tesi favorevoli all'estensione del concetto di "potere impeditivo". In quest'ambito, merita di essere considerata, in primo luogo, la ricostruzione ermeneutica orientata alla ricerca di nuovi parametri di riferimento nell'imputazione della responsabilità penale nell'organizzazione societaria: individuati nell'organizzazione aziendale lo strumento di imputazione e il criterio di ricostruzione delle responsabilità individuali, si procede, come vedremo, ad un significativo ampliamento della nozione di poteri impeditivi¹⁷⁵.

Nella prospettiva sistematica adottata, la posizione di garanzia viene intesa come un elemento "preliminare" rispetto alla fase della "imputazione" dell'evento, che precede, cioè, l'accertamento dell'idoneità impeditiva della condotta omessa.

Nel contesto di un'indagine volta ad approfondire le implicazioni delle costanti "procedurali" delle organizzazioni complesse, si valorizza la tesi – di matrice tedesca e influenzata dalla ricerca sociologica – volta ad individuare nell'organigramma aziendale e negli obblighi organizzativi la fonte di posizioni di garanzia societarie¹⁷⁶.

Sul presupposto secondo cui il soggetto responsabile penalmente deve essere individuato in virtù dell'assegnazione di un ambito di responsabilità come membro dell'organizzazione, quest'ultima viene con-

174. V. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, op. cit., p. 77.

175. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 143 ss., in riferimento alle tesi sviluppate da C. Roxin e B. Schünemann.

176. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 149 ss., il quale prende in considerazione l'elaborazione sociologica e normativista in tema di posizioni di garanzia, al fine di evidenziare il rilievo assunto dal concetto di "competenza organizzativa".



siderata come «entità che si interpone tra taluni soggetti ed un evento da imputare; come fonte, dunque, di un dovere organizzativo al cui inadempimento è dato ricondurre [...] un evento lesivo che un diverso impianto organizzativo avrebbe evitato»¹⁷⁷.

La dimensione reticolare della struttura societaria imporrebbe di superare i riferimenti alla sfera di signoria e al rapporto gerarchico¹⁷⁸: «non si parla più di un dominio sull'organizzazione o di un difetto di sorveglianza sui soggetti subordinati o "sottomessi" al potere dell'imprenditore, bensì di una carenza organizzativa (*Organisationsmangel*), a sua volta originata da un difetto di controllo sull'organizzazione quale violazione di un obbligo incombente»¹⁷⁹.

Secondo la tesi in esame, gli orientamenti selettivi sopra accennati – e propensi a limitare la struttura tipica del concorso omissivo – presentano una criticità di fondo: escludono la rilevanza di comportamenti che, sebbene non interferenti con la condotta dell'agente, avrebbero influito sugli effetti di questa, impedendo comunque che il reato fosse portato a compimento.

Come acutamente rilevato, tale orientamento restringe i termini di riferimento della fattispecie plurisoggettiva valutando l'omissione del soggetto controllante esclusivamente in rapporto alla condotta del soggetto controllato¹⁸⁰.

Si tratta di uno spunto di particolare interesse ai fini della presente indagine: l'idea secondo cui l'obbligo di impedire altrui reati debba essere circoscritto alle sole ipotesi in cui si sia in grado di esercitare un'influenza "neutralizzante" sull'altrui condotta finisce, in effetti, per non valorizzare appieno le potenzialità estensive della tipicità del *Tatbestand* monosoggettivo proprie della fattispecie plurisoggettiva¹⁸¹ e per trascu-

177. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 228.

178. Come rilevato da A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 272, il declino delle gerarchie in favore della coordinazione sarebbe accentuato dalla previsione di un «distinto apparato di controllo interno (*internal audit*), che funge da raccordo tra le singole fasi del processo e che non è gerarchicamente subordinato a nessun altro organo».

179. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 234.

180. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 196.

181. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 197 ss.

rare la dominante “collettiva” che permea i contesti iper-organizzati e “proceduralizzati”.

Si ritiene, al contrario, che la condotta omessa e non direttamente interferente con la condotta dell'autore del reato (ad es., dell'amministratore), possa assumere rilievo come contributo concorsuale tipico: a fondare l'obbligo di garanzia sarebbe, dunque, la possibilità di incidenza sulla sfera giuridica di terzi a seguito dello stimolo di una procedura nella quale altri restino investiti della decisione finale. In conformità della dinamicità dei processi organizzativi societari e dell'interdipendenza funzionale delle condotte degli intranei, si individua nella violazione di una procedura, correlata all'omissione di cautele, verifiche e informazioni, richieste prima della decisione, il presupposto tipico della responsabilità per omesso impedimento¹⁸².

Viene, dunque, ricondotta alla sfera del “potere impeditivo” l'attività che è in grado di costituire causa necessaria, anche se non sufficiente, alla salvezza di un determinato bene, a prescindere dall'assoluta padronanza (*Herrschaft*) dei fattori causali, dato non necessario al fine del rinvenimento di una posizione di garanzia in capo agli organi societari; a quest'ultimo scopo, sarebbe sufficiente la previsione di obblighi organizzativi: come viene rilevato, «il contenuto della responsabilità omissiva dei membri dell'ente emergerà dalla combinazione di un dovere di tal fatta con un insieme di poteri di cui un organo risulti allo stesso tempo essere titolare; la qual cosa sarà possibile stabilire solo mediante l'attenta lettura delle disposizioni relative a ciascun organo o plesso organizzativo in generale»¹⁸³.

Nella ricostruzione in chiave procedurale-organizzativa della funzione di controllo finalizzata alla prevenzione della criminalità di impresa e delle correlative posizioni di garanzia societarie, viene attribuito un ruolo significativo al fenomeno – particolarmente approfondito negli studi di Heine – di decentralizzazione o decentramento delle funzioni e di specializzazione delle attività, ossia al fatto che le organizzazioni

182. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 226, che ritiene insufficiente la nozione di “competenza”.

183. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 240.



complesse «ripartiscono competenze che diventano “reciprocamente dipendenti” ed acquisiscono capacità d’azione solo attraverso un coordinamento, sia all’interno di ogni sottosistema, sia tra i vari sottosistemi»¹⁸⁴. Ne conseguono, da un lato, il «frazionamento del potere di prendere decisioni, con effetti sia riguardo ad un decentramento di poteri dagli organi di vertice verso le istanze subordinate, sia sotto il profilo dello sbiadirsi delle facoltà di dominio sul fatto da parte di un singolo membro»¹⁸⁵, dall’altro, la suddivisione delle informazioni.

La prevalente dimensione di “processo organizzativo” e il primato assunto dal profilo della coordinazione di ruoli e di funzioni sono i fattori che fanno da sfondo alla visione della complessiva “analisi del rischio” quale nucleo primario dell’obbligo di organizzazione¹⁸⁶, cui si aggiungono, a vari livelli della struttura, ulteriori doveri-poteri impeditivi di natura organizzativa e interattiva – segnalazioni, informazioni, verifiche –: «quest’obbligo primario concorre, almeno nelle organizzazioni di certe dimensioni, con obblighi disseminati lungo l’organizzazione: le posizioni di garanzia “corrono” insieme alla delega, trasferendo la responsabilità verso piani inferiori dell’organizzazione»¹⁸⁷.

184. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, *op. cit.*, p. 259, il quale osserva che «la funzione di “comando”, dal suo canto, si converte nella essenziale funzione di coordinamento delle distinte unità organizzative. Di conseguenza, la responsabilità degli organi di vertice si trasforma, da una responsabilità da dominio (*Herrschaft*), in una “funzione di coordinamento”».

185. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, *op. cit.*, p. 259, secondo il quale «in tale situazione diviene sempre più difficile tradurre le decisioni in azioni, giacché le decisioni non percorrono semplici linee verticali, ma si propagano tra sistemi interdipendenti. In secondo luogo, si percepisce una crescente difficoltà nell’individuare contromisure organizzative, cioè soluzioni che intervengano su processi organizzativi bisognosi di una correzione».

186. Sul «potere-dovere iniziale di attuare assetti organizzativi adeguati, che è, per così dire, all’apice delle funzioni societarie», v. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, *op. cit.*, p. 298.

187. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, *op. cit.*, p. 261, il quale sottolinea il fatto che il «controllo personale è sostituito da un sistema di controlli disseminati nei singoli segmenti organizzativi; presso i quali possono però emergere errori funzionali di controllo»; come osservato, «prende forma, nel nostro ordinamento, un obbligo di (corretta) organizzazione (*Organisationspflicht*), spettante agli organi direttivi delle società di capitali, che funge da presupposto di una posizione di garanzia» (A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, *op. cit.*, p. 274).

Dopo aver rilevato che, per effetto della procedimentalizzazione dell'organizzazione, «nessun organo possiede l'intero governo del processo, ma ciascuno può influenzarne fasi successive, in una sequenza continua, giacché non risolta in operazioni *una tantum*», si individua negli obblighi di organizzazione l'elemento tipico della posizione di garanzia societaria; in tale contesto, è di particolare interesse la sottolineatura della concatenazione e coordinazione funzionale degli obblighi organizzativi individuali: «i poteri attribuiti a ciascun attore, benché circoscritti ad una singola fase di un articolato procedimento, spiegano *effetti sull'organizzazione* nel suo complesso, poiché cadono in una fase *preliminare* rispetto ad adempimenti successivi»¹⁸⁸.

È sullo sfondo della «trama delle relazioni tra organi societari quale "istituzione cumulativa" di garanti, titolari di *plurime funzioni coordinate tra loro al fine di evitare eventi lesivi*»¹⁸⁹, che viene messo a fuoco il profilo dei poteri impeditivi degli organi societari, quale criterio di fondazione e delimitazione della *Garantenstellung* organizzativa, che come, detto precede il momento dell'imputazione causale.

Il concetto di "potere" è inteso qui, infatti, come "possibilità" e non causa¹⁹⁰: si ritiene che possa considerarsi condizione necessaria dell'evento-reato il «non aver attivato una leva di un ingranaggio procedurale che avrebbe condotto alla menomazione degli effetti giuridici di un atto, pur se da sola non sufficiente a determinare effetti elisivi», sul presupposto secondo cui tale azione «potrebbe servire ad allertare un altro garante chiamato a intervenire per evitare l'evento, in uno schema non inconsueto per l'attribuzione della responsabilità penale»¹⁹¹.

188. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 273, che pone l'accento sul fatto che «una funzione di *risk management* presiede all'intera organizzazione societaria, sì che la signoria sulla fonte dei pericoli retrocede a un controllo *sull'organizzazione* di siffatta fonte» e che «le singole competenze non sopravvivono senza *coordinazione*; sono anzi concepite per integrarsi».

189. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 274.

190. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 295.

191. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 296, che inquadra tale strumentalità «in una determinata cornice fattuale – che non è solo, dunque, la cornice "normativa" della procedura attivata, bensì quella delle circostanze di fatto nelle quali operano le norme».



L'idea secondo cui la tutela di determinati beni sarebbe assicurata dalla predisposizione normativa di un «un reticolo di posizioni di controllo, alcune delle quali concepite proprio con il fine di rendere possibile l'intervento di altri garanti» si lega all'affermazione della non necessità – al fine del riconoscimento di un potere impeditivo in capo ad un soggetto – «che questi detenga il controllo dell'intero processo: lo sviluppo degli avvenimenti può essere condizionato anche solo dal fatto che questi ometta di dare inizio all'attuazione di un piano organizzativo [...]; come pure dal fatto che ometta di presentare una propria istanza presso organi “terzi” attivando una procedura alla quale segua, nel caso, la produzione dell'effetto giuridico paralizzante la condotta del controllato»¹⁹².

Ad ogni processo organizzativo corrisponde, dunque, un distinto corredo di poteri impeditivi, da declinare concretamente in rapporto alla struttura del reato da prevenire: si tratta di interventi che possono assumere, ad es., ora il carattere di informativa interna, ora di attivazione di procedure di tipo pubblicistico¹⁹³.

In definitiva, la tesi secondo cui gli obblighi-poteri di controllo previsti in ambito societario sarebbero idonei a fondare una posizione di garanzia è destinata a moltiplicare i centri di imputazione della responsabilità penale, dando luogo a vere e proprie “filieri di garanti”: nella prospettiva adottata, si ritiene, peraltro, che, distinguendo tra “posizione di garanzia” e “imputazione”, tra “potere” e “causalità”, si possa evitare,

192. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 297.

193. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 298, che, dal punto di vista della tipologia dei poteri impeditivi, distingue tra a) «atti posti in essere direttamente dall'organo societario (es. la revoca del consiglio di gestione da parte del consiglio di sorveglianza nel sistema c.d. dualistico)»; b) «atti che coinvolgono un'autorità pubblica» (quindi estranea all'organismo sociale), come l'impugnazione delle delibere dell'organo amministrativo da parte del collegio sindacale, o la denuncia ad un organo pubblico di vigilanza (ad es., la denuncia alla Consob ex art. 149, commi 3 e 4 Tuf da parte del collegio sindacale delle società quotate); c) infine, «l'informativa nei confronti di altro organo societario (es. la possibilità concessa al collegio sindacale di s.p.a. di convocare e informare l'assemblea)»; sul reato realizzato tramite delibera collegiale e sulla riconducibilità del voto collegiale rientra ad una normale ipotesi di concorso eventuale, v. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 310 ss.

in chiave garantistica, un'indebita estensione della sfera di responsabilizzazione.

19. Bilancio dell'indagine

Com'è possibile costatare, la discussione in ordine alla configurabilità di posizioni di garanzia aziendali, volte all'impedimento di altrui reati, registra posizioni eterogenee e difficilmente conciliabili.

Non è un caso che, in prospettiva di riforma, sia stata auspicata la responsabilizzazione penale di soggetti garanti di interessi di particolare importanza, nel caso di violazione dei loro doveri: in questa direzione, si è ipotizzata la previsione di figure di reato omissivo proprio, di mera condotta o con evento di pericolo¹⁹⁴; altri si sono chiesti se sia sufficiente intervenire sulle norme extrapenali oppure sia preferibile o necessario incidere direttamente sul terreno delle norme penali, chiarendo i limiti dell'obbligo giuridico di impedimento del reato (differenziandolo dai meri doveri di vigilanza)¹⁹⁵; in direzione analoga si muovono le tesi favorevoli al potenziamento legislativo degli strumenti impeditivi¹⁹⁶.

194. V. F. Stella, D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei sindaci*, op. cit., p. 573; D. Pulitanò, *Diritto penale*, op. cit., p. 244.

195. V. M. Pelissero, *Il concorso doloso*, op. cit., p. 384 ss., secondo il quale sarebbe necessario ricercare sul terreno delle categorie penalistiche il fondamento della responsabilità penale di amministratori e sindaci; l'autore non condivide proposta dottrinale di previsione di autonoma fattispecie di agevolazione colposa con sanzione autonoma rapportata al minor disvalore del fatto rispetto al reato agevolato, in quanto potrebbe rivelarsi «terreno fertile per una legittimazione dei meccanismi presuntivi di accertamento della responsabilità penale che già oggi connotano la responsabilità dolosa» (M. Pelissero, *Il concorso doloso*, op. cit., p. 388); ritenendo che «l'organo di controllo non sfuggirebbe alla fattispecie di agevolazione colposa», si reputa preferibile che la responsabilità dei soggetti con funzione di controllo deve essere mantenuta negli stretti limiti della compartecipazione dolosa nei casi in cui il reato non impedito sia doloso.

196. Sull'«esigenza di intervenire per cercare di presidiare in modo adeguato la materia, ponendo un argine alle derive giurisprudenziali che cercano di sopperire, in via di fatto, alle carenze della disciplina, facendosi carico di un ruolo che non gli compete», v. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 673, a giudizio della quale «ove non si intendesse percorrere la via della previsione di fattispecie incriminatrici *ad hoc*, precludendo il ricorso alla clausola di equivalenza *ex art. 40*, comma 2, c.p. attraverso la previsione di reati omissivi propri per l'inosservanza dei doveri civilistici che hanno arrecato un pregiudizio alla società, una valida soluzione potrebbe essere ricercata nel potenziamento legislativo degli strumenti impeditivi. Ciò, peraltro, non soltanto prevedendo specifici strumenti risolutivi in capo ai



Il dato più rilevante – e, al contempo, maggiormente problematico – che traspare complessivamente dal dibattito è la constatazione del difetto di previsione – nel diritto societario – di poteri individuali direttamente impeditivi di atti gestori.

Si tratta di una criticità che induce a ricorrere ad un duplice ordine di rimedi.

Da un lato, si cerca di superare tale ostacolo attraverso la valorizzazione di poteri indirettamente impeditivi (di carattere informativo-sollecitatorio), strumentali ad altrui e successive iniziative inibitorie, al fine di confermare la posizione giuridica di garanzia con riferimento all'impedimento di altrui reati: pur in mancanza di poteri impeditivi diretti, la possibilità di accesso ad altri strumenti idonei a sollecitare interventi in grado di impedire l'evento-reato è ritenuta sufficiente a fondare l'obbligo di garanzia.

Dall'altro, invece, sul presupposto che al diritto penale interesserebbero soltanto i poteri individuali del singolo e che sarebbero quest'ultimi a delimitare il dovere e a tracciare la garanzia esigibile, si finisce per negare la stessa possibilità di configurare una vera e propria posizione giuridica di garanzia in capo al titolare della funzione di controllo.

A nostro giudizio, si tratta, di conclusioni ora in contrasto con i principi di garanzia, ora in contraddizione con esigenze di tutela penale degli interessi protetti.

soggetti incaricati della gestione o del controllo societario, ma anche potenziando la possibilità di attivare individualmente organi collegiali a cui già compete tale tipologia di poteri».

Cooperazione colposa mediante omissione

Sommario: SEZIONE I. PROFILI DI CARATTERE GENERALE. - 1. Premessa. - 2. Il quadro giurisprudenziale. - 3. Il dibattito dottrinale: una breve sintesi. - 4. Il collegamento di tipo soggettivo tra le condotte dei cooperanti. - 5. La cooperazione mediante omissione tra responsabilità a titolo monosoggettivo e responsabilità a titolo concorsuale. - 6. La cooperazione colposa omissiva dell'*extraneus*. - SEZIONE II. COOPERAZIONE OMISSIVA IN CONTESTI ORGANIZZATI. - 7. La cooperazione mediante omissione nel settore di tutela della salute e sicurezza del lavoro. - 7.1. Sulla responsabilità penale del RSSP. - 8. Sulla responsabilità penale dei componenti dell'organismo di vigilanza. - 9. Cooperazione omissiva e attività medico-chirurgiche di *équipe* (cenni). - 10. Cooperazione omissiva nel settore della protezione civile. - 11. Trattati qualificanti. - SEZIONE III. LA VISIONE DINAMICA ED INTEGRATA DELLA COOPERAZIONE COLPOSA TRA "GARANTI". - 12. Divisione del lavoro e interferenza reciproca di posizioni di garanzia: i riflessi sulla responsabilità penale. - 12.1. L'evento cagionato dalla cooperazione quale risultato della trama dei contributi strumentali. - 12.2. La rivisitazione critica della categoria sistematica dei "poteri impeditivi" in capo al garante rispetto al risultato. - 12.3. Considerazioni conclusive.

SEZIONE I

PROFILI DI CARATTERE GENERALE

1. Premessa

Nella prassi e nella teoria, il fenomeno della partecipazione mediante omissione è stato per lungo tempo affrontato – e prevalentemente approfondito – sul versante del concorso doloso.



Soltanto in tempi relativamente recenti è stato messo a fuoco il tema della cooperazione omissiva: come è stato osservato, per effetto della «normalizzazione della devianza colposa»¹⁹⁷, la partecipazione per negligenza è oggi, infatti, divenuta «assoluta protagonista del controllo penale delle attività produttive e commerciali»¹⁹⁸.

Premesso che l'attenzione viene rivolta – in genere e, soprattutto – alle forme di manifestazione commissiva della cooperazione, si pone, dunque, la necessità di prendere in considerazione la relazione intercorrente tra cooperazione colposa ed omissione.

A tal proposito, si suole distinguere essenzialmente tra due ambiti¹⁹⁹: a) quello del contributo commissivo colposo alla condotta omissiva del garante²⁰⁰; b) quello della partecipazione omissiva colposa all'altrui reato, suscettibile di essere analizzata in riferimento alla presenza oppure alla mancanza di una posizione di garanzia (e particolarmente ricorrente nell'ambito della sicurezza del lavoro e della responsabilità penale del medico). Nel caso sub b) – che è quello più significativo sul piano applicativo e più delicato sul piano dogmatico – mentre la rilevanza del contributo omissivo prestato dal soggetto giuridicamente obbligato all'impedimento dell'evento appare fuori discussione, controverso e certamente problematico, è, invece, il rilievo che può essere attribuito – in rapporto all'altrui reato commissivo ovvero all'altrui omissione impro-

197. M. Donini, *Presentazione*, in Aa. Vv., *Il reato colposo*, M. Donini (a cura di), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2021, p. IX; sul coefficiente colposo, si rinvia a D. Castromuovo, v. *Colpa penale*, in *Il reato colposo*, *op. cit.*, p. 200 ss.; C. Piergallini, v. *Colpa (Diritto penale)* in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano, Giuffrè, 2017, vol. X, p. 222 ss.

198. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 1.

199. Cfr. L. Riscato, v. *Cooperazione colposa*, in *Il reato colposo*, *op. cit.*, p. 335 ss.

200. V. F. Albeggiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 182 ss. secondo il quale l'art. 113 c.p. renderebbe penalmente rilevante l'apporto fornito da «persona estranea alla specifica situazione di garanzia che è fonte di responsabilità penale»; in senso critico, v. L. Riscato, v. *Cooperazione colposa*, *op. cit.*, p. 336, secondo la quale la predetta tesi presupporrebbe un'applicazione distinta e successiva di clausole generali di incriminazione suppletiva, che porta a ritenere responsabili dell'evento lesivo anche soggetti estranei al contesto di rischio evocato dalla posizione di garanzia, in palese violazione del principio «*nullum crimen sine lege*»; secondo una recente ricostruzione, «l'imputazione «per inerzia» nell'ambito del concorso» può essere ridotta alla responsabilità, autenticamente omissiva, per non aver impedito il reato altrui, da un lato, e alla responsabilità, sostanzialmente commissiva, per non aver neutralizzato la condotta colposa altrui nel contesto di un'attività *in team*, dall'altro» (F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 12).

pria – all’apporto omissivo di soggetti non tenuti, di per sé, ad impedire l’evento, ma che abbiano, pur sempre, violato *un obbligo giuridico di agire* – sia pur meno pregnante – di cui siano gravati.

I settori applicativi di maggiore rilievo sono, come è noto, quelli della responsabilità medica di *équipe* e della omessa predisposizione di cautele avverso infortuni e malattie professionali¹; in dottrina, lo sguardo si è esteso al profilo dell’eventuale responsabilità concorsuale dei componenti dell’organismo di vigilanza.

In sede di analisi del rapporto normativo tra gli artt. 113 e 40 comma 2 c.p., due appaiono le questioni cruciali.

Da un lato, la verifica della funzione attribuita alla prima clausola estensiva della punibilità in genere e, poi, in rapporto all’impedimento dell’evento²; dall’altro, la determinazione del requisito di natura soggettiva la cui integrazione è necessaria al fine di distinguere la cooperazione dal concorso di cause colpose indipendenti.

Si prenderanno le mosse dagli orientamenti giurisprudenziali in materia, per poi passare ad una sintetica ricognizione dei principali indirizzi dottrinali.

2. Il quadro giurisprudenziale

Secondo un recente rilievo, la giurisprudenza «sembra orientarsi sempre più convintamente verso una generale funzione incriminatrice

1. V. L. Riscato, v. *Cooperazione colposa*, *op. cit.*, p. 335, la quale nota come, «per tale via, la giurisprudenza abbia non di rado legittimato il discusso istituto della partecipazione a diverso titolo soggettivo nel medesimo reato, nella specie del concorso omissivo colposo nel fatto doloso del terzo, alla duplice condizione che il reato commesso sia punibile anche a titolo di colpa e che il partecipe rivesta una posizione di garanzia il cui perimetro si estenda fino all’impedimento del fatto illecito altrui» (v., ad es., Cass. IV, 10.1.2019, n. 27186; Cass. IV, 20.4.2017, n. 28187).

2. In dottrina, v. F. Angioni, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in «Archivio penale», 38, 1, 1983, p. 67 ss.; G. Cocco, *La estensione del fatto tipico*, in *Trattato breve di diritto penale, Parte generale, Il reato*, 2^a ed., Padova, Cedam, 2021, p. 486 ss.; L. Cornacchia, *Concorso di persone*, in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Bologna, il Mulino, 2017, p. 803 ss.; G. Losappio, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un’introduzione allo studio dei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari, Cacucci, 2012, p. 35 ss.; 109 ss.; 281 ss.;



dell'art. 113 c.p. in riferimento a condotte “atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte”, anche qualora si tratti di fattispecie causalmente orientate»³.

Si tratta di un'interpretazione che è germinata e si è sviluppata soprattutto sul versante della cooperazione di natura commissiva e che risulta, finora, scarsamente valorizzata in ambito omissivo.

Secondo un ormai consolidato orientamento della Corte di Cassazione, l'art. 113 c.p. produce un effetto estensivo della punibilità «quando la regola cautelare violata attiene all'obbligo di prevenire altrui condotte criminose»: la funzione incriminatrice svolta dalla predetta clausola di parte generale viene subordinata alla consapevolezza di cooperare con altri e alla sussistenza di una situazione di c.d. intreccio cooperativo⁴. L'estensione della sfera di incriminazione poggia sull'assunto secondo cui «mentre la condotta tipica dà luogo alla violazione della regola cautelare eziologica, quella del partecipe si connota per essere pericolosa in una guisa ancora indeterminata», assumendo, dunque, una valenza agevolatrice della produzione dell'evento⁵.

La rilevanza penale di condotte di semplice partecipazione che, singolarmente considerate, si rivelano atipiche e incomplete rispetto alla fattispecie di parte speciale, si fonda, infatti, sul necessario collegamento con altre condotte tipiche, per effetto del quale si compone l'unitaria fattispecie colposa cooperativa⁶. Il “coinvolgimento integrato” di più soggetti, di diverse condotte, che, di norma, isolatamente considerate, perdono il loro significato in termini di disvalore e di tipicità, rappresenta, dunque, il presupposto basilico della funzione incriminatrice della disciplina in materia di cooperazione colposa⁷.

3. A. Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in «La legislazione penale», 40, 8.5.2020, p. 14, in riferimento a Cass., IV, 2.12.2008, n. 1786; Cass., IV, 2.11.2012, n. 1428 e Cass. IV, 21.6.2012, n. 36280.

4. Cass. IV, 16.1.2009, n. 1786, in «Diritto penale e processo», 16, 5, 2009, p. 571, con commento di L. Riscato, *ivi*, p. 572 ss.

5. Cass. IV, 16.1.2009, n. 1786.

6. R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 285.

7. V. Cass. Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343, la quale sottolinea la necessità «che il coinvolgi-

Come è stato rilevato, la predetta situazione di intreccio cooperativo, di coinvolgimento integrato, è tipica delle «grandi organizzazioni nelle quali si assiste alla interazione di diverse figure e di diversi livelli di responsabilità», di diversificati ruoli e di distinte competenze⁸: è, soprattutto, in contesti complessi ed articolati dal punto di vista fattuale ed organizzativo che il meccanismo estensivo sopra accennato è destinato a trovare applicazione. È proprio a tale situazione che si riferisce l'affermazione delle Sezioni Unite secondo cui «l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di condotte che [...] sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche»⁹.

All'interno di predetto contesto interattivo – generato dalla legge o da scelte organizzative – si dovranno poi analizzare «il regime cautelare relazionale e l'eventuale colpa relazionale»¹⁰. Come rilevato dalle Sezioni Unite, ciascun agente è, infatti, tenuto ad agire «tenendo conto del ruolo e della condotta altrui»: «tale *pretesa di interazione prudente* individua il canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione. La stessa *pretesa* giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento e di autoresponsabilità, insita nell'idea di cooperazione colposa»¹¹.

mento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza».

8. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 285.

9. V. Cass. Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343.

10. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 286.

11. Cass. S.U., 24.4.2014, n. 38343; v., altresì, Cass. IV, 3.12.2015, n. 20125, in «Rivista italiana di medicina legale», 37, 3, 2016, p. 1235, con nota di L. Maldonato, *ivi*; Cass. IV, 26.3.2019, n. 25846; Cass., IV, 12.4.2019, n. 22214; sull'interazione prudente, quale contenuto della regola cautelare di riferimento per il soggetto che si trovi a operare nell'ambito di organizzazioni complesse, v. L. Cornacchia, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, Jovene, 2011, vol. II, p. 836 ss., il quale sottolinea come l'attenzione riservata di consueto al requisito del legame psichico nella cooperazione colposa abbia finito per lasciare in ombra il profilo dell'individuazione delle cautele penalmente rilevanti. Secondo l'autore citato, non sarebbe necessario alcun legame psicologico per distinguere l'ambito applicativo del concorso di cause colpose indipendenti da quello dell'art. 113 c.p., considerato che nel primo caso le cautele violate sono rivolte direttamente all'evento, mentre nel secondo esse mirano a neu-



Particolarmente significativa è la tendenza della S.C. a ridimensionare l'importanza del legame psichico, del collante, che dovrebbe tenere assieme le diverse condotte – commissive od omissive – cooperanti alla produzione o all'omesso impedimento dell'evento: il "normale" ambientamento del meccanismo estensivo della punibilità in contesti organizzati, intessuti di obblighi relazionali, fa sì che tale fattore unificante, coesivo, venga, infatti, fatto discendere non tanto da un dato psichico (di controversa e ardua determinabilità e sovente enfaticizzato dalla dottrina), quanto piuttosto dalla «istituzionale configurazione dell'organizzazione e dagli obblighi relazionali che ne derivano»¹².

È in questo quadro di matrice organizzativo-relazionale che si inserisce l'assunto giurisprudenziale in base al quale l'effetto estensivo dell'incriminazione svolto dall'art. 113 c.p. «si configura senz'altro nei reati commissivi mediante omissione quando vi sia l'apporto di soggetto non gravato dall'obbligo di garanzia»¹³. Si fa riferimento al contributo commissivo dell'*extraneus* che risulti determinante rispetto all'omesso impedimento dell'evento da parte del garante: si pensi, ad es., al caso in cui un soggetto, non gravato da obblighi di impedimento bensì da obblighi giuridici di informazione/consulenza, induca in errore il datore di lavoro, non ponendo quest'ultimo in condizione di impedire il verificarsi di un evento dannoso, dipendente anche dalla condotta inosservante dell'*extraneus*.

tralizzare il pericolo derivante dall'altrui comportamento colposo.

12. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 286; sulla componente relazionale della colpa, v. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 321 ss.; Id., *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza del lavoro. Auto-responsabilità o paternalismo penale?*, in «Archivio penale», 75, 2, 2019, p. 1 ss.; sulla distinzione, in seno agli obblighi relazionali tra «obblighi sinergici o complementari», quali cautele da adottare in coordinamento con il comportamento diligente altrui, sul presupposto che solo l'interazione di più condotte è in grado di generare un rischio capace di tradursi in offesa penalmente rilevante; «obblighi accessori», ossia le cautele dirette a contenere il rischio della propria attività, nei casi in cui terzi possano servirsene per realizzare un fatto illecito ed «obblighi eterotropi», consistenti nel controllo del comportamento altrui o nell'informazione nei confronti di terze persone, v. L. Cornacchia, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa, op. cit.*, p. 828 ss.; per ulteriori approfondimenti, v. Id., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, Giappichelli, p. 175 ss.; 540 ss.; Id., *Cooperazione colposa (nel diritto penale contemporaneo)*, in *Digesto delle discipline penalistiche, Agg.*, Torino, Utet, 2021, vol. IX, p. 176 ss.

13. Cass. Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343.

Occorre, inoltre, rilevare che è proprio nel quadro della combinazione degli artt. 40, comma 2, e 113 c.p., che si è manifestata la crisi del dogma dell'unitarietà del titolo nel concorso di persone ossia la scissione del titolo di imputazione soggettiva tra i concorrenti¹⁴. Come è stato osservato in dottrina, la giurisprudenza ha «legittimato il discusso istituto della partecipazione a *diverso titolo soggettivo* nel medesimo reato, nella specie del *concorso omissivo colposo nel fatto doloso del terzo*, alla duplice condizione che il reato commesso sia punibile anche a titolo di colpa e che il partecipe rivesta una posizione di garanzia il cui perimetro si estenda fino all'impedimento del fatto illecito altrui»¹⁵.

Il perimetro della partecipazione verrebbe in tali casi a coincidere con l'ambito della garanzia dovuta dal concorrente, in quanto dotato dei necessari poteri impeditivi¹⁶.

14. Cfr. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, p. 2: considerando ormai anacronistica la rigida contrapposizione tra il concorso doloso e quello colposo, l'autore ritiene che all'art. 110 c.p. possano e debbano essere ricondotti il concorso doloso in fatto doloso, il concorso colposo in fatto colposo, il concorso doloso in fatto colposo e, infine, quello colposo in fatto doloso.

15. L. Riscato, v. *Cooperazione colposa*, *op. cit.*, p. 335, in riferimento a Cass. IV, 10.1.2019, n. 27186 e Cass. IV, 20.4.2017, n. 28187.

16. Cfr. Cass. IV, 29.3.2019, n. 17491; in dottrina, si osserva che la condotta di omesso impedimento colposo del fatto illecito altrui sia in grado di rilevare sia come concorso doloso nel reato colposo non impedito, sia come cooperazione colposa nel reato doloso: mentre la prima ipotesi viene ritenuta ammissibile per ragioni di coerenza sistematica, la seconda viene sostenuta soprattutto in giurisprudenza, con applicazioni in tema di responsabilità penale del medico psichiatra per omesso impedimento del fatto illecito commesso dal paziente (A. Massaro, *La responsabilità colposa*, *op. cit.*, p. 397 ss.); sui profili di responsabilità dello psichiatra, v. C. Cupelli, *Non tutto ciò che si può si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 49, 1, 2014, p. 226 ss., Id., *La responsabilità penale dello psichiatra: nuovi spunti, diverse prospettive, timide aperture*, in «Diritto penale e processo», 23, 3, 2017, p. 370 ss., Id., *Concorso colposo nel reato doloso* (nota a Cass., IV, 14.2. 2019, n. 7032), in «Giurisprudenza italiana», 2019, 55, 8/9, p. 1919 ss.; sulla recente esclusione della configurabilità del concorso colposo in delitto doloso, per difetto, nell'ordinamento, di una espressa previsione legale, v. Cass., IV, 19.7.2018, n. 7032 (sul punto, v. A. Esposito, *La Cassazione ritrova il "filo di Arianna" per il concorso di persone nel reato*, in «Cassazione penale», 69, 10, 2019, p. 3551 ss.); per ulteriori approfondimenti, v. G. Demuro, *Il concorso colposo in delitto doloso, alla luce dei principi di colpevolezza e frammentarietà*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 61, 2, 2019, p. 949 ss.; A. Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive*, *op. cit.*, p. 19 ss., la quale osserva che l'inammissibilità «del concorso colposo in delitto doloso non significa necessariamente rinunciare ad ogni forma di responsabilità penale, posto che l'esclusione delle norme in materia di concorso lascia pur sempre inalterata una possibile responsabilità



3. Il dibattito dottrinale: una breve sintesi

Se la giurisprudenza è propensa ad applicare in funzione estensiva l'art. 113 c.p. ai reati di omicidio e lesioni personali nell'ambito della sicurezza del lavoro, in materia di circolazione stradale¹⁷ e di responsabilità medico-chirurgica¹⁸ il quadro delle opinioni dottrinali in merito ai rapporti tra cooperazione colposa e reati omissivi si rivela più articolato.

Se è largamente condivisa l'idea che l'art. 113 c.p. svolga una funzione incriminatrice rispetto al contributo commissivo fornito alla condotta omissiva del garante¹⁹, si registrano, invece, divergenze per quel che riguarda il concorso omissivo colposo: la ricorrente esclusione, in tale ambito, di funzionalità incriminatrici della norma sulla cooperazione colposa poggia su preoccupazioni di carattere garantistico inerenti all'eccessiva dilatazione della tipicità concorsuale nella sfera colposa che ne conseguirebbe²⁰.

Particolarmente controverso è il ruolo che predetta disposizione di parte generale può svolgere in riferimento alla partecipazione omissiva da parte del soggetto obbligato all'impedimento dell'evento²¹.

Secondo una diffusa opinione dottrinale, la disposizione di parte generale in esame svolgerebbe, in questo caso, una mera funzione di disci-

“a titolo monosoggettivo”» (v. A. Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive*, op. cit., p. 22).

17. V., ad es., Cass. IV, 4.2.2016, n. 1532.

18. V., ad es., Cass. IV, 19.4.2019, n. 33253.

19. Nel senso che l'art. 113 c.p. consente l'incriminazione di un «contributo positivo realizzato da un soggetto estraneo alla posizione di garanzia e di regola integrante una condotta istigatoria esercitata nei confronti del soggetto giuridicamente obbligato ad impedire l'evento» v. F. Albeggiani, *I reati di agevolazione*, op. cit., p. 183; secondo M. Di Florio, *La cooperazione nel delitto colposo: una fattispecie con una (problematica) funzione incriminatrice*, in «Archivio penale», 77, 1, 2021, p. 30, nelle fattispecie omissive “proprie” la funzione incriminatrice della cooperazione colposa sarebbe nondimeno superflua quando l'istigatore (o comunque l'agevolatore) sia in grado di adempiere all'obbligo di attivarsi.

20. V., ad es., M. Di Florio, *La cooperazione*, op. cit., p. 11 ss.

21. V. M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico*, op. cit., p. 221; come osservato da A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 149, se la condotta del preteso responsabile ha apportato un contributo sul piano naturalistico al verificarsi dell'evento non sarà necessario andare alla ricerca di un obbligo giuridico rilevante ex art. 40 comma 2 c.p., né verificare la reale efficacia impeditiva dei poteri di impedimento rimasti inattivi; se invece il decorso causale che dalla condotta del terzo porta all'evento è integralmente ricostruibile senza che si renda necessario il riferimento a comportamenti altrui potrà discutersi di responsabilità omissiva.

plina: predetta forma di partecipazione risulterebbe, infatti, già punita sulla base della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p.²². Si tratta di una tesi debitrice della più generale opinione secondo cui la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. riguarderebbe i delitti colposi di evento a forma vincolata e i delitti colposi di mera condotta e non invece i delitti colposi di evento a forma libera, sul presupposto che, in quest'ultimo caso, sarebbe la stessa norma incriminatrice di parte speciale ad attribuire rilevanza a qualunque condotta colposa causalmente efficiente rispetto al verificarsi del risultato lesivo²³. Trasposta sul versante dei reati omissivi impropri, tale tesi si traduce, per l'appunto, nell'assunto secondo il quale anche quando siano in gioco regole cautelari "secondarie" (ovvero aventi ad oggetto l'altrui comportamento, in termini di controllo o vigilanza)²⁴, il rimprovero si riferirebbe al mancato impedimento del reato altrui che si doveva impedire, secondo lo schema del reato omissivo improprio colposo²⁵, ossia del combinato disposto dell'art. 40, comma 2, c.p. e della fattispecie colposa causalmente orientata di parte speciale²⁶.

22. V. F. Albeggiani, *I reati di agevolazione*, op. cit., p. 183; contra: G. Insolera, v. *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, Utet, 1988, vol. II, p. 480.

23. V. ad es., G. Marinucci, E. Dolcini, G. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 581; P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 197 ss.

24. Secondo G. Cognetta, *La cooperazione nel delitto colposo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 28, 1, 1980, p.81, l'art. 113 c.p. svolgerebbe una funzione incriminatrice rispetto ai reati causali puri: vi sarebbero condotte che, pur fornendo un contributo alla causazione di un evento e pur ponendosi in contrasto con una regola comportamentale a contenuto cautelare, non potrebbero qualificarsi tipiche ai sensi della disposizione di parte speciale, poiché la regola cautelare violata non risulterebbe diretta all'impedimento dell'evento cagionato ma piuttosto al controllo della condotta altrui (c.d. regole precauzionali "secondarie").

25. V. G. Fiandaca, E. Musco., *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Bologna, Zanichelli, p. 671 ss.

26. Nel senso che quando l'evento da impedire sia il fatto illecito altrui la rilevanza di omesso impedimento deriverebbe già dall'art. 40 comma 2 c.p., senza necessità di invocare anche la funzione incriminatrice del concorso, v. A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 256, la quale mette in discussione l'automatica sovrapposizione tra omesso impedimento del reato altrui e concorso (v. 394), dipendente dall'attenzione pressoché esclusiva riservata all'omesso impedimento in ambito doloso; si osserva, infatti, che nella sfera colposa, «il riferimento alla disciplina del concorso di persone, anzi, sembra in certi casi dettato più dall'esigenza di attribuire rilevanza penale a condotte altrimenti ritenute tipiche, che da



Al medesimo risultato perviene chi, sul presupposto secondo cui la nozione di “evento” di cui all’art. 40 comma 2 c.p. debba intendersi in senso “giuridico”, in termini di offesa, ritiene che, ai fini dell’imputazione dell’omesso impedimento del reato altrui, non sia necessario il richiamo all’art. 113 c.p., bensì sia sufficiente l’equiparazione normativa tra agire ed omettere²⁷.

Dunque, l’opinione secondo cui la partecipazione omissiva da parte del soggetto obbligato all’impedimento dell’evento²⁸ sarebbe già tipica e punibile ai sensi dell’art. 40, comma 2, c.p. e, cioè, in forma monosoggettiva²⁹, comporta l’esclusione della necessità di ricorrere in funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p.³⁰, che finirebbe per svolgere un mero ruolo di disciplina³¹.

Secondo una recente ricostruzione, il concorso colposo omissivo riguarderebbe – residualmente – i casi dell’induzione in errore del garante da parte di terzi (concorso commissivo nell’omissione del garante), dell’omesso impedimento dell’evento attraverso la sorveglianza del

effettive ragioni sistematiche» (A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 395).

27. V. A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 244.

28. In dottrina si distingue tra due profili, due contenuti, dell’obbligo di impedimento: in alcuni casi, l’obbligo di impedire una certa offesa si traduce nell’obbligo di impedire una certa modificazione della realtà esteriore, a prescindere dalla causa che conduce al risultato (evento naturalistico oppure reato altrui, anche di mera condotta); in altri casi, l’obbligo di impedire una certa offesa si traduce nell’obbligo di impedire una condotta altrui, a prescindere dal fatto che essa cagioni una modificazione della realtà esteriore (con la necessità che il garante sia dotato preventivamente di poteri giuridici che gli consentano di intervenire nella sfera giuridica altrui): sarebbero queste le ipotesi di obbligo di impedimento del reato altrui in senso stretto (A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 250).

29. Nel senso che, in caso di impedimento di fatto illecito altrui, il garante risponderebbe per violazione dell’obbligo di controllo ossia di una condotta che non richiede l’intervento in funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p. e che, se autenticamente omissiva, rileverebbe già ex art. 40 comma 2 c.p., v. A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 416.

30. In tema, v. M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico*, op. cit., p. 242, L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, op. cit., p. 129 ss.; P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione*, op. cit., p. 131 ss.; secondo quest’ultima autrice la funzione incriminatrice sarebbe circoscritta al contributo causale alla realizzazione di un reato omissivo proprio e di reati omissivi impropri, in cui l’obbligo di attivarsi e la condotta doverosa siano tipizzati dal legislatore (come, ad es. nel caso di cui all’art. 57 c.p.).

31. V. A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 417, secondo cui, nel caso di omesso impedimento dell’altrui reato, saremmo di fronte a due condotte, di per sé tipiche, “circostanziate” in ragione del reciproco collegamento soggettivo.

terzo (concorso omissivo nell'altrui reato colposo) e dell'omesso impedimento dell'evento da parte di più garanti chiamati ad interagire (concorso omissivo in reato omissivo improprio o concorso omissivo puro), con la precisazione che in tutte e tre queste situazioni l'art. 113 c.p. svolgerebbe una mera funzione di disciplina³².

In senso critico, si è rilevato che la dilatazione della posizione di garanzia cui contribuiscono a determinare le tesi appena accennate finirebbe per estendere indefinitamente i contenuti dell'obbligo di impedimento, per effetto dell'estensione analogica dell'art. 40, comma 2, c.p., anche a soggetti diversi dal garante, in contrasto con l'esigenza di circoscrivere tassativamente il perimetro degli illeciti omissivi impropri³³.

4. Il collegamento di tipo soggettivo tra le condotte dei cooperanti

Come si è anticipato, in tema di cooperazione colposa assume tradizionalmente un peso assai rilevante l'individuazione del legame di tipo psicologico tra condotte che dovrebbe distinguere l'ambito applicativo

32. V. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 17, secondo il quale nel terzo caso «nuovamente la regola della irrilevanza incriminatrice del concorso colposo rispetto ai garanti viene confermata: le condizioni di reciproca responsabilità sono dettate dal rapporto tra i due obblighi impeditivi, non dalla presenza dell'art. 113». A giudizio dell'autore citato, in tale ipotesi di intersezione dei doveri impeditivi, di sovrapposizione di pretese normative, la distribuzione delle responsabilità, dovrebbe, infatti, avvenire sulla base delle regole cautelari rilevanti, tenuto conto del peculiare contesto in cui – e delle modalità con cui – si è verificato l'evento lesivo (e non già sulla base della posizione di garanzia, in quanto «troppo spesso ben poco determinata negli scopi di tutela). In caso di compresenza di più garanti, sarebbe possibile escludere una cooperazione penalmente rilevante ex art. 113 c.p. quando sussista una delle tre «ipotesi di «scioglimento» del cumulo di colpe»: «la prima attiene già al piano dell'obbligo ex art. 40 cpv. c.p.» (è il caso in cui il dovere di garanzia venga temporaneamente meno, per effetto, ad es., di deleghe); «la seconda alla misura *oggettiva* della colpa» (in caso di «prevalenza del *dovere di prudenza* di un garante su quello dell'altro»); «la terza a quella *soggettiva*» (è il caso in cui si registri la «prevalenza della responsabilità di un garante con esclusione di quella dell'altro poiché la gravità della colpa del primo rende *inesigibile la cautela dovuta dal secondo*»): v. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 20 ss.).

33. Cfr., ad es., P. Aldrovandi, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 176 ss.



dell'art. 113 c.p. da quello inerente al concorso di cause colpose indipendenti³⁴.

La dottrina maggioritaria tende, infatti, a ritenere che la differenziazione tra i due fenomeni debba essere operata con riferimento all'elemento psicologico proprio della sola cooperazione, individuato ora nella coscienza del carattere colposo della condotta, ora nella consapevolezza di cooperare all'altrui fatto materiale, ora nella mera prevedibilità dell'altrui condotta concorrente con la propria³⁵.

Come si è visto, la tendenza a reinterpretare in chiave normativa e non più psicologica il nesso di collegamento tra le condotte ha trovato nella più recente giurisprudenza della S.C. significativi riscontri e conferme.

Di particolare interesse, nell'ambito delle impostazioni a favore della sufficienza del requisito della mera rappresentabilità della condotta altrui, si rivela il rilievo dottrinale secondo cui, laddove la condotta inosservante – ad es., l'inadempimento di un dato obbligo di controllo sull'operato altrui – sia inserita in contesti preventivamente organizzati, in cui si svolgano «attività caratterizzate strutturalmente da una dimensione relazionale», il requisito della «rappresentabilità della condotta del terzo» sarebbe già insita nella formulazione della regola della condotta³⁶.

La tesi secondo cui, nel caso di organizzazioni complesse e proceduralizzate, la prevedibilità dell'interazione della propria condotta con quella altrui sarebbe da considerarsi *in re ipsa*, ossia immanente alla fisiologica interattività dei comportamenti e delle funzioni, risulta, in effetti, idonea a riflettere la realtà empirico-criminologica delle dinamiche cooperative nei contesti organizzati e, al contempo, suscettibile, come vedremo, di significativi sviluppi logico-sistematici.

34. V. F. Angioni, *Il concorso colposo*, *op. cit.*, p. 67 ss.

35. Per una ricostruzione dei principali orientamenti, v. L. Riscato, v. *Cooperazione colposa*, *op. cit.*, p. 324 ss.; 326 ss.

36. V. A. Massaro, *La responsabilità colposa*, *op. cit.*, p. 419, secondo la quale in caso di condotte avulse da contesti organizzati l'unico modo per specializzare la cooperazione colposa sarebbe quello dell'effettiva rappresentazione dell'altrui condotta inosservante.

Come è stato da altri osservato – in riferimento alla sfera di tutela dell'incolumità e della salute dei lavoratori – ad assumere rilievo è la prevedibilità dell'altrui comportamento, in quanto l'articolazione del sistema di sicurezza in diversi livelli fa sì che il sinergismo di più condotte verso un medesimo evento lesivo (infortunio) sia un dato strutturalmente implicito nelle organizzazioni complesse in cui tutti sono consapevoli che altri hanno partecipato o parteciperanno, sia pur in fasi e in tempi diversi, alla gestione della sicurezza del lavoro³⁷.

Per il momento, è sufficiente rilevare il progressivo superamento – nella teoria e nella prassi – del primato distintivo attribuito al contenuto psichico reale del legame tra le condotte dei cooperanti, in direzione di criteri normativizzanti, idonei a valorizzare il peculiare contesto organizzato in cui si manifesta l'intreccio cooperativo oppure la peculiare tipologia – relazionale – della regola cautelare violata³⁸.

A tal proposito, si è fatto notare come proprio l'attenzione riservata al legame psichico nella cooperazione colposa abbia finito «per relegare in secondo piano l'aspetto davvero cruciale, consistente proprio nell'individuazione delle cautele penalmente rilevanti»³⁹, idoneo a distinguere l'ambito applicativo dell'art. 113 c.p. da quello del concorso di cause colpose indipendenti, senza necessità di ricorrere ad alcun nesso psicologico⁴⁰. Mentre nel primo caso, le cautele violate mirano a neutralizzare il pericolo derivante dalla condotta colposa di un terzo, nel secondo, esse sono rivolte direttamente all'evento⁴¹.

37. V. D. Piva, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, Jovene, 2011, p. 172.

38. Sulla necessità di superare l'idea che la sussistenza del nesso psichico reale in capo al partecipe rappresenti il tratto qualificante della cooperazione colposa e di adottare criteri distintivi incentrati sul tipo di regola prudenziale violata, v. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 4 ss., il quale, in quest'ultima direzione individua due tipi di nesso tra condotta dell'autore e condotta del partecipe a seconda che si sia o meno in presenza di una regolamentazione giuridica: mentre, nel primo caso, sarà esclusivamente la norma cautelare a identificare il nesso necessario tra partecipe ed autore, nel secondo si dovrà fare riferimento a norme cautelari non positivizzate sulla base del contesto concreto.

39. A. Massaro, *La responsabilità colposa*, *op. cit.*, p. 420 (v. la nt. 59, per riferimenti giurisprudenziali)

40. V. L. Cornacchia, *La cooperazione colposa*, *op. cit.*, p. 836 ss.

41. V. L. Cornacchia, *La cooperazione colposa*, *op. cit.*, p. 836 ss., il quale in seno ai c.d. obblighi relazionali, distingue tra "obblighi sinergici o complementari", "obblighi accessori"



La crescente importanza attribuita alla considerazione del tipo di norma cautelare violata e del contesto organizzativo-gestionale del rischio ha evidenziato come la cautela relazionale sia idonea a implementare la sfera di tipicità della cooperazione colposa⁴².

5. La cooperazione mediante omissione tra responsabilità a titolo monosoggettivo e responsabilità a titolo concorsuale

Dall'insieme di soluzioni adottate in dottrina e in giurisprudenza in tema di partecipazione omissiva all'altrui reato colposo emergono due dati di fondo.

Da un lato, la propensione a iscrivere tale forma di omissione all'interno dello schema concorsuale, postulando l'operatività del combinato disposto degli artt. 40, comma 2 e 113 c.p. in funzione di disciplina; dall'altro, la tendenza a inquadrare l'omesso impedimento colposo dell'altrui reato nell'ambito del solo art. 40, comma 2, c.p.⁴³, secondo uno schema monosoggettivo.

Facendo la seconda tesi dipendere la responsabilità per omesso impedimento colposo del fatto illecito altrui dalla sussistenza e dall'estensione della posizione di garanzia, su quest'ultima finiscono per "scaricarsi" pressioni imputative e preoccupazioni garantistiche. Lo conferma l'inarrestabile espansione tipologica e contenutistica del concetto di posizione di garanzia, testimoniata, a livello di precomprensione, dal nesso di fungibilità tra il concetto di "garante" e quello di "responsabile".

Come sottolinea parte della dottrina, la posizione di garanzia tende, infatti, ad assumere una rilevanza trasversale, a prescindere dal tipo

e "obblighi eterotropi".

42. V. F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Padova, Cedam, 1993, p. 81; L. Cornacchia, *Cooperazione colposa (nel diritto penale contemporaneo)*, *op. cit.*, p. 180 ss.

43. Secondo A. Massaro, *La responsabilità colposa, op. cit.*, p. 421, la presenza di un obbligo di impedimento, rilevante *ex art. 40 comma 2 c.p.*, suggerisce di impostare la questione dell'omesso impedimento del fatto illecito altrui secondo le cadenze del reato omissivo improprio colposo.

di condotta, quale chiave di lettura del concorso colposo in genere e, in particolare, nell'ambito delle strutture organizzate: alla dilatazione dell'obbligo di garanzia e del dovere di impedimento corrisponde la crescente formalizzazione di ulteriori doveri di previsione e prevenzione di eventi lesivi⁴⁴.

Un'obbligazione di risultato, dal punto di vista precettivo, che si converte, non di rado, in un'obbligazione di mezzi, allorchando si tratti di verificare l'idoneità "impeditiva" della condotta doverosa ed omessa.

La propensione a ridurre le possibilità di interazione tra cooperazione colposa e posizioni di garanzia, a favore di una responsabilizzazione nel quadro della tipicità monosoggettiva⁴⁵ è, peraltro, destinata a confrontarsi con un ulteriore profilo problematico, rappresentato dall'accertamento della disponibilità – da parte dell'omittente – dei necessari poteri impeditivi dell'evento-reato.

Nel complesso, se, in dottrina, si tende, dunque, a ridurre ai minimi termini la sfera di operatività della cooperazione mediante omissione, in giurisprudenza la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. non trova effettivo spazio in ambito omissivo. In capo all'omittente cooperante viene, di fatto, sempre riconosciuta la sussistenza di una posizione giuridica di garanzia idonea a rendere tipica l'omesso impedimento dell'evento-reato per effetto del combinato disposto dell'art. 40, comma 2, c.p. e della fattispecie incriminatrice di parte speciale.

44. V. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 15 ss., che rileva come «la posizione di garanzia, proprio perché corrisponde all'imperativo "categorico" di impedire l'evento quale che sia la condotta strumentale a tale obiettivo, fomenta il rimprovero colposo, consentendo l'emersione (o si potrebbe dire anche la creazione *ex novo*) di regole di condotta sempre nuove, con contenuto omissivo o commissivo, che, in quanto inadempite, producono l'addebito colposo».

45. Cfr. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 16, secondo il quale «il concorso colposo non è strumento di responsabilizzazione del garante: posto che alla luce dell'art. 40 c.p. il dovere impeditivo si riferisce ad eventi, naturalistici o giuridici a questo fine poco importa, la responsabilizzazione del garante non passa dalla tipicità concorsuale, ma da quella monosoggettiva. Costui è per lo più *destinatario* di un contributo concorsuale altrui, ben più raramente soggetto che contribuisce alla colpa di altri *attraverso omissioni* pure e semplici». Tale affermazione poggia sull'assunto secondo cui molti casi di responsabilizzazione omissiva si riferiscono in realtà a condotte commissive.



Si tratta del riflesso della più generale impostazione incline ad espandere i confini della tipicità del reato monosoggettivo colposo: come è stato osservato, «essendo il reato colposo per lo più a forma libera e causalmente orientato», di fatto, la autore che, in ambito doloso, è intesa restrittivamente, diviene *estensiva*, «includendo colui che semplicemente *con-causi* l'evento attraverso la violazione di una norma di cautela (esterna al tipo e di fonte variegata) concepita per evitare tale avvenimento»⁴⁶.

La ricorrente inclinazione a individuare nella cooperazione colposa «una forma minore, inutile o doppia rispetto alla tipicità monosoggettiva colposa»⁴⁷ ha finito per fomentare interpretazioni riduttive delle proprietà logico-sistematiche di cui all'art. 113 c.p., lasciando in ombra potenzialità applicative che risulterebbero funzionali ad esigenze politico-criminali e a istanze di garanzia connaturate alle dinamiche imputative della società del rischio.

Avuto riguardo all'ambito omissivo, si ha l'impressione che la *communis opinio* tenda a sovrapporre e a far coincidere la sfera della tipicità plurisoggettiva colposa con quella della tipicità monosoggettiva colposa: si tratterà, allora, di verificare se sussistano ipotesi idonee a comprovare la sussistenza di profili differenziali tra le due dimensioni della tipicità.

6. La cooperazione colposa omissiva dell'*extraneus*

Particolare interesse ai fini della presente indagine assume l'approfondimento del rilievo che può assumere l'omissione dell'*extraneus* ossia del soggetto che non risulti titolare di un obbligo di impedimento.

Si tratta di profilo che si iscrive all'interno della più ampia tematica dei comportamenti inosservanti che, pur essendo atipici rispetto alla fattispecie incriminatrice di parte speciale (anche in chiave omissiva impropria), per il fatto di interagire con le condotte di autori materiali o di

46. Cfr. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 2, in riferimento a S. Seminara, *Accessorietà e fattispecie plurisoggettiva eventuale nel concorso di persone nel reato, Considerazioni sul senso di una disputa dottrinale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 69, 2, 2021, p. 425.

47. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 4.

garanti omissivi potrebbero assumere rilevanza in chiave concorsuale (quali con-causatori dell'evento-reato, nella prospettiva eziologica della partecipazione o quali autori di condotte funzionali alla commissione del reato, nella prospettiva della strumentalità del contributo).

Al centro dell'attenzione si pongono, dunque, le condotte inosservanti tenute da soggetti che risultino titolari di doveri organizzativi o consultivi, di doveri di segnalazione/informazione ovvero di vigilanza e controllo, e che siano chiamati a collaborare con garanti primari nel contesto di una struttura o procedura formalizzata o di un'attività articolata e complessa che sfoci nella commissione di un reato⁴⁸.

In genere, ci si sofferma sulla condotta attiva del non garante che cooperi con la condotta omissiva di chi rivesta una posizione giuridica di garanzia⁴⁹. Maggiormente in ombra rimane il profilo della rilevanza che deve attribuirsi al contributo omissivo colposo fornito dall'*extraneus* al reato commissivo od omissivo posto in essere dal garante.

In dottrina sono state enucleate alcune ipotesi meritevoli di considerazione.

In riferimento ai reati omissivi propri, si è osservato che nel caso del c.d. "incarico di funzioni" – ovvero della delega di esecuzione ad un terzo, come tale inidonea a trasferire funzioni di garanzia – la condotta omissiva colposa del delegato, in quanto estranea alla sfera dell'obbligo di impedimento, potrebbe assumere rilievo esclusivamente sulla base

48. Cfr. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 2, il quale distingue tra concausatori immediati e mediati dell'evento, riconducendo alla seconda tipologia colori che determinano l'errore altrui che a sua volta dà origine al danno.

49. In giurisprudenza, v. Cass. IV, 2.12.2008, n. 1866; Cass. IV, 2.11.2011, n. 1428; in senso critico, v. P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 190 ss.; Borghi M., *Nodi problematici e incertezze applicative dell'art. 113 c.p. In particolare, la contro-versa configurabilità di un concorso colposo in reato doloso*, in «Diritto penale contemporaneo», 7, 14.3.2016, p. 17; sull'estensibilità dell'art. 113 c.p. anche a soggetti che non rivestano una posizione di garanzia, v. F. Albeggiani, *I reati di agevolazione colposa*, *op. cit.*, p. 183; L. Risicato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, *op. cit.*, p. 1267; nel senso che «l'art. 113 c.p., combinandosi con l'art. 40 cpv. c.p., renderebbe penalmente rilevante il contributo di partecipazione fornito da una persona estranea alla posizione di garanzia», v. F. Piquè, *La funzione estensiva dell'art. 113 c.p. in relazione ai delitti causali puri*, in «Cassazione penale», 64, 3, 2014, p. 893; per una recente analisi del tema, v. D. Tenenbaum, *Il rapporto tra posizione di garanzia e cooperazione colposa*, in «Penale. Diritto e processo», 2, 8.6.2022, p. 1 ss.



del ricorso all'art. 113 c.p. in funzione incriminatrice⁵⁰. Saremmo di fronte ad uno schema di cooperazione colposa fondato sul "comportamento negativo frazionato" tra due concorrenti: «colui che ha conferito l'incarico di esecuzione, in quanto titolare comunque della posizione di garanzia, avrà realizzato tutti gli elementi di una condotta punibile, se ha colposamente omesso il controllo sull'adempimento e se il mancato controllo ha contribuito al verificarsi dell'omissione. Colui che ha ricevuto l'incarico potrà rispondere a titolo di concorso colposo se, pur essendo consapevole del contenuto dell'incarico, non vi ha adempiuto per colpa»⁵¹.

La condotta omissiva tenuta dal delegato esecutivo (e, quindi, privo di obblighi di garanzia), di per sé atipica, diverrebbe, dunque, penalmente rilevante grazie all'art. 113 c.p.

Un risultato, quest'ultimo, che non potrebbe prodursi nell'ambito delle fattispecie omissive "improprie", in cui l'estraneo «non fornisce un contributo causale al verificarsi dell'offesa», in quanto farebbe difetto «il presupposto dell'obbligo giuridico necessario a rendere operativa la clausola di equivalenza delineata dall'art. 40 c.p.»⁵². Largamente condivisa è, infatti, la preoccupazione che l'eventuale riconoscimento di una funzione di incriminazione all'art. 113 c.p. nell'ambito delle fattispecie omissive improprie finisca «per estendere la punibilità a condotte atipiche non gravate dalla posizione di garanzia normativamente prevista»⁵³.

50. V. P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., p. 197 ss., la quale riconduce la responsabilità al reato monosoggettivo, sempre che sussista l'obbligo giuridico di garanzia.

51. P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., p. 212; in senso critico v. M. Di Florio, *La cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., p. 26 ss.; P. Aldrovandi, *Il concorso nel reato colposo (art. 113 c.p.)*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale, Il reato*, Torino, Utet, 2013, vol. II, p. 717.

52. P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., p. 212.

53. M. Di Florio, *La cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., p. 31, secondo il quale «l'art. 113 c.p. in funzione di disciplina costituisce, quindi, un importante tassello per la "tenuta" del sistema in materia colposa, alla luce del principio di stretta legalità e di frammentarietà, non solo in una prospettiva "statica", ma anche in uno scenario "dinamico", come quello emergente nelle organizzazioni complesse della c.d. società del rischio (sicurezza sul lavoro ed attività medica di *équipe*)».

Alcune innovazioni sul piano legislativo e la crescente consapevolezza della complessità delle varianti relazionali della colpa in ambito organizzativo hanno riportato l'attenzione al fenomeno della cooperazione omissiva – da parte di soggetto non gravato da obblighi di garanzia – all'altrui reato di evento.

Due sono, in particolare, le costellazioni di ipotesi di concorso omissivo che assumono particolare interesse ai fini della presente indagine (e che ripropongono la necessità di distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi meramente cautelari).

Da un lato, il caso in cui l'autore materiale del reato abbia «attualizzato, con la propria inosservanza, una condizione di anomia cautelare e pericolo generico in cui è stato posto da un soggetto qualificato, colui che detiene il controllo sullo scenario di fatto, il che significa solitamente, per il penalista, un garante»; dall'altro, le ipotesi in cui «accanto e prima dell'autore», agisca «un altro soggetto che viola un proprio dovere di agire, senza essere però un garante», ovvero un co-agente deputato «*non a impedire un reato, bensì a sorvegliare il corretto adempimento dei compiti altrui*, sulla base di una relazione cautelare imposta da questa o quella norma tecnica o procedura»⁵⁴.

In quest'ultima situazione, saremmo di fronte ad «un dovere cautelare di natura relazionale, privo di sanzione penale in sé e per sé considerato», ossia ad un obbligo di correzione di altrui inosservanze⁵⁵.

54. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 9 ss., il quale, in chiave esemplificativa, si richiama, da un lato, al caso in cui il datore di lavoro predisponga un documento di valutazione dei rischi che contempli una procedura lacunosa per una determinata tipologia di attività, dall'altro, alla causazione «del danno attraverso un'attività svolta *in team* senza le dovute precauzioni inerenti al controllo reciproco tra agenti».

55. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 13, secondo il quale «qui la riprovevolezza dell'eventuale inerzia è strettamente dipendente, accessoria, alla condotta inosservante altrui, così che se questa non si manifesta non vi è disvalore in capo al garante che ometta il proprio controllo»; secondo l'autore citato, «per adempiere ai propri doveri, in definitiva, l'obbligato non deve fare tutto quanto in suo potere per impedire l'evento avverso, ma limitarsi ad adempiere al vincolo di condotta richiesto dalla diligenza con riguardo alla condotta di un terzo, che poi quest'ultimo causi o non causi l'evento penalmente rilevante (nei reati colposi di danno) o realizzi o meno il fatto tipico (per i reati colposi di mera condotta). Il controllore è insomma un partecipe materiale, il cui contributo commissivo assume rilevanza penale in quanto abbia creato, con la propria inosservanza cautelare, una situazione di rischio» che si concretizzi nell'evento dannoso (F. Consulich, *Errare commune est*, *op.*



SEZIONE II

COOPERAZIONE OMISSIVA IN CONTESTI ORGANIZZATI

7. La cooperazione mediante omissione nel settore di tutela della salute e sicurezza del lavoro

Un settore applicativo in cui assumono particolare interesse ed attualità i predetti profili della cooperazione omissiva è quello inerente alla tutela della salute e della sicurezza del lavoro⁵⁶. In dottrina si è osservato che in tale ambito la prassi applicativa registra la propensione all'indiscriminato ricorso alla cooperazione colposa, sulla base dell'art. 2087 c.c. quale fonte di obbligo di garanzia idonea ad attribuire rilevanza concorsuale a difetti organizzativi che integrano mere omissioni, con la conseguente attribuzione di rilevanza – ex art. 40, comma 2, c.p. – anche ad obblighi di controllo macro-organizzativo, in spregio alla distinzione tra ruolo di “garanzia” e funzione di mera sorveglianza (come dimostra l'allargamento verso il basso della responsabilità nei confronti del responsabile del servizio di prevenzione e protezione)⁵⁷. Nella prassi, l'art. 113 c.p. fungerebbe così da strumento di incriminazione di comportamenti interferenti di tipo commissivo od omissivo, anche non strettamente causali rispetto al singolo infortunio, ma integranti contributi meramente age-

cit., p. 13).

56. Di particolare interesse si rivela l'analisi condotta da D. Piva, *La responsabilità del vertice*, *op. cit.*, p. 144 ss., in ordine all'indiscriminato ricorso – nella prassi applicativa – alla cooperazione colposa in questo settore di tutela. Dopo aver distinto tra difetti di tipo operativo (nell'esercizio di singole attività), di tipo organizzativo (a livello generale o intermedio) e di tipo macro-organizzativo (ad es., mancato coordinamento di imprese operanti in forma autonoma), si rileva la tendenza prasseologica alla verticalizzazione della responsabilità penale e dei criteri di imputazione (tendenti a rimanere gli stessi a prescindere dalla posizione di lontananza rispetto al singolo fatto) e al disconoscimento dei principi di autoreponsabilità e di affidamento; sul fenomeno della “tolleranza” dei soggetti in posizione apicale nel contesto delle organizzazioni complesse, v. N. Selvaggi, *La tolleranza del vertice d'impresa tra 'inerzia' e 'induzione al reato'. La responsabilità penale ai confini tra commissione ed omissione*, Napoli, Esi, 2012, p. 7 ss.; 73 ss.;

57. D. Piva, *La responsabilità del vertice*, *op. cit.*, p. XXI ss.; sul punto, v., altresì, Bernasconi C., *La problematica latitudine del debito di sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda (a cura di), Pisa, Ets, 2015, p. 15 ss.

volatori: la mancata individuazione o l'omessa segnalazione di fattori di rischio o la mancata elaborazione delle procedure di sicurezza assurgono ad omissioni rilevanti, con la conseguente emersione di «una sorta di responsabilità omissiva impropria “diffusa” che ricade su tutti i livelli organizzativi intermedi, fondati sul mero rapporto di funzionalità preventiva»⁵⁸.

La “portata incriminatrice” riconosciuta dalla giurisprudenza all'art. 113 c.p. rispetto a contributi omissivi diversi da quelli tipici ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. grazie alla prima clausola di parte generale, viene criticata in dottrina sul presupposto che in tal modo si conferisca rilievo ad omissioni che trascendono la dimensione monosoggettiva di tipicità⁵⁹.

La questione che sembra dividere dottrina e giurisprudenza riguarda, dunque, la *culpa in eligendo* o *in vigilando* quali forme di cooperazione nel delitto colposo e, cioè, la possibilità o meno che, in caso di omissione, attraverso la cooperazione assumano rilievo anche violazioni di obblighi di “organizzazione secondaria” (verifica, informazione, segnalazione, controllo o coordinamento, il cui inadempimento possa dar luogo ad una *culpa in vigilando* o *in eligendo*) diversi da quelli ritenuti tradizionalmente di “garanzia” (e, cioè, aventi ad oggetto il diretto impedimento dell'evento): condotte, attive od omissive, inosservanti di obblighi cautelari concernenti la prevenzione di comportamenti altrui⁶⁰.

Ai fini della nostra indagine, l'attenzione deve essere rivolta, soprattutto, alle condotte omissive (ad. es., del datore di lavoro) riconducibili alla c.d. *culpa in vigilando*: la giurisprudenza tende a ritenere che anche simili comportamenti possano rilevare a titolo di cooperazione nel delitto di omicidio colposo o lesioni colpose sulla base dell'intreccio cooperativo, del comune coinvolgimento nella gestione del rischio.

58. D. Piva, *La responsabilità del vertice*, op. cit., p. 38.

59. V. D. Piva, *La responsabilità del vertice*, op. cit., p. 143 ss.

60. Cfr. D. Piva, *La responsabilità del vertice*, op. cit., p. 143 ss. il quale sottolinea come il concorso svolga una funzione espansiva dell'incriminazione: tutti coloro che hanno contribuito (organizzativo od operativo) al singolo infortunio ne rispondono a prescindere dalla titolarità di un corrispondente obbligo giuridico di impedimento; sull'interferenza tra concorso e omissione impropria p. 160 ss.



In dottrina si osserva che la rilevanza concorsuale attribuita dalla giurisprudenza a contributi agevolatori di tipo omissivo derivanti dalla violazione di obblighi diversi da quello di impedimento diretto dell'evento poggia sull'indebita valorizzazione della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p.⁶¹. In senso critico si osserva che la rilevanza dell'omissione sia a livello monosoggettivo, sia a livello concorsuale, dipenderebbe sempre dall'integrazione dell'art. 40, comma 2, c.p.: in caso di contributi di omissivo occorrerebbe, dunque, verificare che la condotta consista nella violazione di obblighi di garanzia, sul presupposto che ogni singola condotta di cooperazione debba assumere efficacia condizionalistica⁶². Conseguentemente, sul presupposto che non si possano distinguere condotte principali (o esecutive) e condotte accessorie (suscettibili di ampliare la punibilità oltre i limiti delle singole fattispecie di parte speciale), si afferma che, in caso di concorso omissivo, solo la violazione di obblighi giuridici di impedimento possa rilevare *ex art.* 113 c.p., che quest'ultima disposizione svolgerebbe una mera funzione di disciplina⁶³ e che, mancando una vera e propria "posizione di garanzia", la responsabilità a titolo di concorso sotto forma di omesso impedimento dell'evento del reato altrui, fondata sulla violazione di meri obblighi di vigilanza, non trovando riscontri nell'art. 113 c.p., configurerebbe un'innammissibile responsabilità per fatto altrui⁶⁴.

A noi pare che, in realtà, la giurisprudenza non abbia necessità o comunque non si avvalga della funzione di incriminazione dell'art. 113 c.p.: quello che, in senso critico, la dottrina chiama "concorso omissivo per agevolazione" non è altro, infatti, che l'attribuzione al titolare di poteri/obblighi di informazione/segnalazione, vigilanza/controllo di una vera e propria "posizione giuridica di garanzia" suscettibile di rilevare

61. V. D. Piva, *La responsabilità del vertice*, *op. cit.*, p. 161 ss.

62. V. D. Piva, *La responsabilità del vertice*, *op. cit.*, p.166, che collega il concetto di causalità alle condotte e non alla cooperazione (il nesso causale tra i contributi e l'evento sarebbe requisito implicito di ogni forma di concorso): ogni singola condotta di cooperazione deve assumere efficacia condizionalistica. Si richiede un nesso causale *stricto sensu* tra ogni singola condotta e l'evento finale (stante l'attenuato disvalore soggettivo rispetto al concorso doloso).

63. V. D. Piva, *La responsabilità del vertice*, *op. cit.*, p. 168.

64. V. D. Piva, *La responsabilità del vertice*, *op. cit.*, p. 170.

autonomamente, con la conseguente applicazione dell'art. 113 c.p. in chiave meramente disciplinare.

Al contrario, la dottrina subordina la configurabilità del concorso omissivo al riconoscimento – in capo all'omittente – di una di “posizione di garanzia” restrittivamente intesa ossia circoscritta alla titolarità di poteri-obblighi di impedimento diretto ed immediato dell'evento lesivo – come tali idonei a rilevare già sul piano monosoggettivo – con la conseguente esclusione di virtualità incriminatrici sottese alla fattispecie cooperativa.

Avuto riguardo alla funzione dell'art. 113 c.p. nel concorso omissivo, sia pur attraverso percorsi eterogenei, si giunge, dunque, al medesimo risultato.

In rapporto a condotte omissive dotate di pericolosità ancora astratta e indeterminata e al fenomeno di interferenza di condotte colpose altrui⁶⁵, a dividere teoria e prassi non è tanto la funzione svolta dall'art. 113 c.p. – che, in entrambi i casi appare declinata in chiave essenzialmente disciplinare – ma, semmai, la diversa accezione o latitudine di *Garantenstellung*.

7.1. Sulla responsabilità penale del RSSP

Avuto riguardo ai già accennati profili di responsabilità del soggetto non gravato di per sé di un obbligo di impedimento diretto dell'evento-reato, si rivela di particolare significato la questione relativa alla responsabilità penale del responsabile e dei componenti del servizio di prevenzione e protezione (artt. 32 e 33, d.lgs. n. 81/2008), che (unitamente al medico competente) esercitano un peculiare ruolo di collaborazione con il datore di lavoro⁶⁶, svolgendo «una delicata funzione di

65. Ricondotte al fenomeno della causalità colposa mediata: v. D. Piva, *La responsabilità del vertice*, *op. cit.*, p. 175, il quale auspica l'introduzione di titoli autonomi di responsabilità datoriale per organizzazione difettosa, in grado di colmare tale presunta lacuna di tutela; sulla distinzione tra causalità diretta e causalità indiretta nel contesto del concorso colposo, v. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.* p. 2 ss.; 8 ss.

66. Come rilevato da S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini (a cura di), 2^a ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 107, «nonostante sia definito “responsabile”», il RSSP «non



supporto informativo, valutativo e programmatico, priva, peraltro, di autonomia decisionale»⁶⁷.

In considerazione della frequente scissione – nel contesto della gestione del rischio – tra potere organizzativo-decisionale e sapere tecnico-scientifico, tali figure sono gravate di obblighi relazionali, di carattere sinergico/complementare e di contenuto informativo, la cui inosservanza è suscettibile di assumere rilievo penale nel contesto della fattispecie cooperativa cui si è fatto cenno poc'anzi (ossia quella integrata sinergicamente dalle omissioni del “garante” e del “non garante”)⁶⁸.

Sono molteplici e contrastanti le opinioni in ordine alla configurabilità – in capo a tale figura – di una posizione di garanzia e all'effettiva possibilità di corresponsabilizzazione del medesimo sul piano penale in riferimento ai reati di evento, in cui il risultato lesivo sia conseguenza di omissioni od errori nell'individuazione, valutazione o segnalazione dei fattori di rischio.

Al centro dell'attenzione si pongono la «qualificazione giuridica della figura dell'RSPP e le conseguenze penali di un suo contegno omissivo, quando integri un antecedente (indiretto) di infortuni»⁶⁹.

rientra tra i garanti della sicurezza, ma è solo un consulente del datore di lavoro ai fini della valutazione dei rischi e della predisposizione del piano di intervento per la eliminazione e riduzione degli stessi».

67. Cass., 23.11.2012, n. 49821, in «Il Foro italiano», 138, 6, 2013, vol. II, p. 350, con nota di G. Fiandaca, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, ivi; come rilevato da R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 57, il servizio di prevenzione e protezione «introduce nell'organizzazione aziendale competenze tecniche e scientifiche di fondamentale importanza ai fini di una avvertita gestione del rischio; cooperando con il datore di lavoro e trasmettendogli conoscenze specialistiche».

68. Il riferimento alla responsabilità del RSPP non deve intendersi come esclusivo: nella prospettiva dell'indagine assumono interesse anche la posizione del medico competente e dello stesso lavoratore: sul ruolo di garante del medico competente, destinatario di obblighi di collaborazione sanzionati, per ciò che concerne il contributo in ambito biomedico, sull'attività propositiva e informativa, propulsiva di tale soggetto; sull'obbligo del medico competente di coadiuvare il datore di lavoro nell'individuazione di rimedi, v. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 61 ss.; sulla colpa concorrente del lavoratore, v. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 53 ss.; 277; sull'obbligo di informazione e segnalazione nei confronti del lavoratore, v. S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili, op. cit.*, p. 75.

69. T. Vitarelli, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione: mero consulente o vero e proprio garante?*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 34, 1/2, 2021, p. 130.

In un primo momento la S.C. aveva ritenuto che il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, non fosse «titolare di alcuna posizione di garanzia rispetto all'osservanza della normativa antinfortunistica» e agisse «come semplice ausiliario del datore di lavoro»⁷⁰ e che al RSPP potesse essere tutt'al più mosso un addebito quale concorrente nel reato omissivo improprio del datore di lavoro, *ex artt.* 113, 40 comma 2 e 41, comma 1, c.p.⁷¹, qualora egli – agendo colposamente o violando le norme di cui all'art. 33, d.lgs. 81/2008 – avesse trascurato di segnalare una situazione di rischio o avesse dato un suggerimento erroneo, inducendo così il datore di lavoro ad omettere la predisposizione di una doverosa misura di prevenzione o ad adottarne una adeguata o efficace.

In seguito, si è, invece, ritenuto che pur non essendo *ex se* titolare di una posizione di garanzia penalmente rilevante *ex art.* 40, comma 2, c.p., il RSPP potesse assumerla, sulla base di ulteriori presupposti, quali, ad es., la assunzione spontanea della posizione di garante o il coinvolgimento nell'esercizio di poteri gestionali⁷².

La tesi della configurabilità della posizione di garanzia da “ingerenza” nell'organizzazione aziendale in materia di sicurezza⁷³, ritenuta plausibile sulla base dell'art. 299, d.lgs. n.81/2008⁷⁴, è stata, quindi, superata dalla constatazione – ad opera delle Sezioni Unite nel caso Thyssenkrupp – che proprio il ruolo di RSPP possa fondarne la responsabilità omissiva impropria. Si è, infatti, ritenuto che, nel caso in cui ometta di trasmettere al datore di lavoro informazioni o dati fondamentali ai fini del governo del rischio e della formazione del documento sulla sicurezza, il

70. Cass., 12.8.2010, n. 32357.

71. Cass IV, 21.12.2010, n. 2814; Cass. IV, 2.12.2008, n. 1786.

72. V. Cass. IV, 23.11.2012, n. 49821; per ulteriori approfondimenti, v. I. Scordamaglia, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione come consulente del datore di lavoro. Osservazioni a margine (ed in conseguenza) di Cass. III, 6.5.2014, n. 20682*, in «Diritto penale contemporaneo», 6, 5.2.2015, p. 1 ss.

73. Secondo Corte Ass. Ap. Torino, 27.5.2013, n. 6, essendo priva per legge dei poteri decisionali e di spesa ed operando esclusivamente come consulente del lavoro, la figura del responsabile della prevenzione e protezione (RSPP), non risponde degli eventuali infortuni, a meno che non si dimostri l'ingerenza nell'organizzazione aziendale in materia di prevenzione degli infortuni anche in merito alla manutenzione dei mezzi e alla formazione del personale, assumendo in tal caso la responsabilità per la posizione di garanzia di fatto assunta.

74. V. Cass. IV, 10.6.2010, n. 38991.



RSPP possa essere chiamato a rispondere – *ex art. 40, comma 2, c.p.* – di omesso impedimento di quell'evento lesivo che il garante primario – per effetto del predetto deficit tecnico-informativo – non sia stato – incolpevolmente – in grado di evitare⁷⁵.

Si è rilevato che non vi sarebbe necessità di ricorrere alle categorie della partecipazione per fondare la responsabilità penale del RSPP in caso di violazione dei molteplici obblighi giuridici previsti *ex lege* e sul medesimo gravanti: secondo l'impostazione in esame, la regola della necessaria corrispondenza biunivoca tra obblighi e poteri impeditivi ai fini della configurabilità di una posizione di garanzia varrebbe esclusivamente «in relazione a contingenze in cui si profila l'individuale, isolata gestione del rischio»⁷⁶ e non, invece, nell'ambito dell'interazione istituzionale di più soggetti, ruoli e competenze: qui «l'assenza di autonomi poteri gestori non vale per nulla ad escludere la responsabilità, quando la violazione degli obblighi imposti all'agente si riverbera proprio sulle decisioni assunte da chi quei poteri gestori riveste»⁷⁷.

Tenuto conto del peculiare contesto organizzativo-relazionale in cui si innestano gli obblighi giuridici a carico del responsabile (e dei componenti) del SPP, le Sezioni Unite hanno ritenuto che il primo possa assumere la veste di garante⁷⁸: nella misura in cui le funzioni svolte da tale soggetto fanno parte integrante di una complessa procedura di analisi e gestione del rischio destinata a culminare nelle scelte datoriali in materia di sicurezza⁷⁹, si è stabilito che in capo al medesimo sia configurabile

75. Nel senso che il RSPP possa rispondere dell'evento dannoso quando la sua condotta abbia indotto il datore di lavoro ad omettere l'adozione della necessaria misura prevenzionale, v. Cass. IV 23.4.2008, n. 25288; sul parallelo tra RSPP e il lavoro d'equipe, v. Cass. IV, 23.11.2012, n. 49821; in senso critico, v. M. Di Florio, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 28.

76. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 58.

77. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 58.

78. V. Cass. Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343, secondo la quale la mancanza di previsioni contravvenzionali nei confronti del RSPP inosservante, dovuta al difetto di ruoli e poteri gestionali, non osterebbe a tale conclusione.

79. Sulle figure chiamate alla collaborazione ai fini della valutazione e gestione dei rischi, portatori di specifiche conoscenze professionali e sul modello partecipativo di gestione del rischio, v. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 276.

una vera e propria posizione di garanzia⁸⁰, eventualmente suscettibile – previa la verifica dell'efficienza causale dell'omissione (mancata informazione o valutazione) – di fondare un'autonoma responsabilità penale⁸¹.

Si tratta di un'impostazione in linea con l'esigenza – già sottolineata in dottrina – di ridurre gli obblighi di sicurezza a carico del datore di lavoro, specie laddove quest'ultimi siano «connotati da un crescente tecnicismo e suscettibili di essere affidati, specialmente nelle imprese con un certo grado di complessità, ad altri soggetti, sia pure privi dei poteri decisionali del datore di lavoro, secondo una logica di “condivisione del rischio”»⁸².

Nella prassi, la responsabilità omissiva impropria attribuita al RSPP viene, dunque, inquadrata ora in chiave concorsuale⁸³, ora in forma monosoggettiva (od esclusiva)⁸⁴.

Sul versante dottrinale, entrambe le tesi giurisprudenziali sono state oggetto di critiche⁸⁵: da un lato, si sottolinea la «deformazione strutturale della cooperazione colposa», dall'altro, la «dilatazione concettuale dell'obbligo giuridico impeditivo, quest'ultima favorita dall'indeterminatezza dell'art. 40, cpv., c.p.»⁸⁶.

80. Nel senso che il RSPP, pur se collocato in una situazione di dipendenza funzionale dal datore di lavoro, sarebbe investito di una posizione di garanzia v. Cass. IV, 23.11.2012, n. 49821, *cit.* e Cass. IV, 18.3.2010, n. 16134; secondo Cass. IV, 17.1.2014, n. 22233, il fondamento di tale vincolo di tutela va individuato nella norma di cui all'art. 33, d.lgs. 81/2008, che pone a suo carico veri e propri obblighi giuridici, cui egli è tenuto ad adempiere diligentemente e che trovano la loro giustificazione nella necessità di non far gravare sul datore di lavoro – imprenditore – una responsabilità che esula dalla sfera della sua competenza tecnico-scientifica.

81. V. Cass. IV, 6.6.2013, n. 35115.

82. M. Di Florio, *La cooperazione colposa*, *op. cit.*, p. 29, in riferimento all'elaborazione di T. Padovani.

83. V. Cass. IV, 26.4.2017, n. 40718.

84. V. Cass. IV, 13.5.2019, n. 20817; Cass. IV, 18.3.2019, n. 11708; Cass. IV 20.7.2018, n. 34311; per una sintesi delle due impostazioni giurisprudenziali, v. T. Vitarelli, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, *op. cit.*, p. 131 ss.; 137 ss.

85. In dottrina, a favore dell'indirizzo estensivo sostenuto in giurisprudenza, v. I. Scordamaglia, *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in «Diritto penale contemporaneo», 3, 23.11.2012, p. 10.

86. V. T. Vitarelli, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, *op. cit.*, p. 142.



Di particolare interesse, nell'ambito delle tesi che escludono la configurabilità del ruolo di garante in capo al RSPP, si rivela la sottolineatura sia del fatto che «mentre la condotta omissiva del datore di lavoro è tipica ma spesso incolpevole, quella dell'RSPP è spesso colpevole ma sempre atipica»⁸⁷, sia del difetto in capo a tale soggetto, pur dotato dei saperi necessari, di poteri impeditivi dell'evento, indispensabili per l'imputazione di infortuni e malattie professionali dipendenti da condotte omissive.

Ne consegue la tendenza a circoscrivere la responsabilità penale – e perlopiù monosoggettiva – del RSPP ai casi di condotta – commissiva e colposa – causalmente efficiente rispetto all'evento lesivo⁸⁸.

Si perviene, così, alla conclusione dell'irresponsabilità penale del RSPP con riferimento a condotte omissive poste in essere nello svolgimento delle proprie funzioni e all'asserita necessità, in prospettiva di riforma, di conferire a tale soggetto più ampi poteri, anche di natura gestoria, al fine di poter responsabilizzare in sede penale questa figura soggettiva, anche in via esclusiva⁸⁹.

Di particolare interesse si rivela, peraltro, il rilievo dottrinale secondo cui la condotta del RSPP potrebbe assumere rilevanza «in ragione dell'art. 113 c.p. cui si riconosce un'efficacia incriminatrice rispetto ai contributi omissivi di mera agevolazione, in rapporto ad un difetto di sicurezza senz'altro imputabile al garante»⁹⁰. La tesi secondo cui, nonostante il difetto di un obbligo di impedimento, il RSPP potrebbe rispondere ex art. 113 c.p. laddove l'evento lesivo dipenda esclusivamente dalla mancata o difettosa valutazione del rischio, schiude, in effetti, nuove prospettive di corresponsabilizzazione che prescindono dalla titolarità di una posizione di garanzia.

A conclusioni diverse giungono quanti, invece, valorizzando il fatto che il RSPP è inserito in una procedura organizzativa complessa ed articolata – quella di analisi e valutazione del rischio – in cui interagiscono plurime sfere di competenza, attribuiscono a tale soggetto il ruolo

87. T. Vitarelli, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, op. cit., p. 142.

88. V. ad es., D. Piva, *La responsabilità del 'vertice'*, op. cit., p. 27 ss.

89. V. T. Vitarelli, *Il responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, op. cit., p. 146 ss.

90. D. Piva, *La responsabilità del 'vertice'*, op. cit., p. 27.

di garante, avuto riguardo ai poteri impeditivi di carattere indiretto o mediato dal medesimo detenuti sul piano informativo o su quello sollecitatorio (si tratta del medesimo orientamento proposto in origine in riferimento alla sfera di garanzia nel quadro degli organi societari di controllo)⁹¹.

Sulla base di tali presupposti si ritiene che nel “complessivo quadro cooperativo”, il comportamento inosservante del RSPP possa considerarsi tipico e, alla luce della colposa inosservanza di norme relazionali, rimproverabile, quale cooperazione colposa all’omesso impedimento dell’evento lesivo.

8. Sulla responsabilità penale dei componenti dell’organismo di vigilanza

Un ulteriore ambito meritevole di considerazione, nella prospettiva della cooperazione di soggetti ritenuti non gravati da obblighi di garanzia, è quello concernente i profili di responsabilità penale dei componenti dell’organismo autonomo che in, base all’art. 6, d.lgs. n. 231/2001, è tenuto a vigilare e a controllare sull’osservanza e sull’adeguatezza preventiva dei modelli di organizzazione e di gestione⁹².

91. V. A. Nisco, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni Unite Thyssenkrupp*, in *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, F. Curi (a cura di), Bologna, Bologna University Press, 2016, p. 173. V. A. Nisco, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro*, op. cit., p. 173 ss., il quale sottolinea la necessità di provare l’efficacia causale del contributo informativo omesso dal RSSP.

92. Sul tema, v. F. Centonze, *Controlli societari*, op. cit., p. 97 ss.; F. Consulich, *Vigilantes puniri possunt. I destini dei componenti dell’organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia», 27, 3, 2015, p. 448 ss.; F. Giunta, *Controllo e controllori*, op. cit., p. 610 ss.; L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, op. cit., p. 141 ss.; A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in *Responsabilità da reato degli enti, I, Diritto sostanziale*, G. Lattanzi, P. Severino (a cura di), Torino, Giappichelli, 2021, p. 280 ss.; V. Mongillo, *L’organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell’ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in «Rivista 231», 11, 2015, p. 83 ss.; A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 379 ss.; Id., *La posizione di garanzia dei titolari di funzioni di controllo aziendale nel diritto penale tedesco*, in «Cassazione penale», 60, 6, 2010, p. 2445 ss.; A.S. Valenzano, *L’illecito dell’ente da reato per l’omessa o insufficiente vigilanza. Tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato*, Napoli, Jovene, 2019, 314 ss.; sull’impostazione giurisprudenziale in materia, v. E. Fusco, B. Fragasso, *Sul presunto obbligo di impedimento in capo all’organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza*



Come è noto, in dottrina domina l'idea secondo cui debba escludersi che in capo a tali soggetti possa configurarsi una posizione di garanzia finalizzata all'impedimento della commissione di reati-presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Da un lato, si sottolinea il difetto di un vero e proprio obbligo giuridico di impedimento⁹³: l'O.d.v. non sarebbe tenuto ad esercitare un controllo sulle condotte individuali rispetto al rischio di commissione di un reato, bensì a verificare la costante osservanza del modello e il suo aggiornamento; dall'altro lato, si rileva il difetto di adeguati poteri impeditivi di altrui reati. Saremmo di fronte ad un obbligo di vigilanza e di controllo, di carattere prospettico, meta-individuale e organizzativo⁹⁴, la cui inosservanza sarebbe insuscettibile di rilevare ai sensi dell'art. 40, comma, 2 c.p.⁹⁵.

Minori divergenze di opinione si riscontrano, invece, in ordine alla configurabilità di una responsabilità penale per apporto commissivo/attivo dei componenti dell'Organismo di vigilanza nella forma della cooperazione colposa nei reati-presupposto⁹⁶.

BPMS. Nota a Trib. Milano, Sez. II, sent. 8 novembre 2019 (dep. 12 maggio 2020), n. 13490, Pres. Trovato, in «Sistema penale», 2, 10, 2020, p. 113 ss.; sui profili di garanzia correlati alla responsabilità amministrativa da reato, v. A. Savarino, *L'illecito dell'ente tra combinazione di moduli punitivi e affievolimento di garanzie: deroghe e scostamenti disciplinari al vaglio di legittimità costituzionale e convenzionale*, in «Giurisprudenza penale Web», 6, 1-bis, 2021, p. 2 ss.

93. Secondo F. Consulich, *Vigilantes puniri possunt*, *op cit.*, p. 445, ad ostare al riconoscimento della posizione di garanzia non è tanto l'indisponibilità di potere gestorio o di intrusione nelle scelte di conduzione dell'impresa quanto il propedeutico obbligo impeditivo rispetto ad eventi singoli.

94. A giudizio di F. Consulich, *Vigilantes puniri possunt*, *op cit.*, p. 441, la disciplina "231" non è polarizzata su evento reato, né le regole di condotta cui sono tenuti i membri OdV possono essere orientati alla prevenzione di specifici eventi illeciti: i loro compiti nascono e si esauriscono sul piano dell'adeguatezza ed effettività del modello preventivo; secondo Mongillo V., *L'organismo di vigilanza*, *op. cit.*, p. 83 ss., il controllo dovuto da OdV non è orientato alle singole azioni e alle scelte operate dai garanti della sicurezza ma alla tenuta del modello nel suo insieme: si tratterebbe di un "meta-controllo".

95. Nel senso che, se si ragionasse nei termini dell'art. 40 cpv. c.p., attribuendo questo potere impeditivo all'OdV, si finirebbe col far discendere la posizione di garanzia dell'O.d.v. composto da persone fisiche dalla posizione di garanzia dell'ente, v. C.E. Paliero, *Le posizioni di garanzia*, *op. cit.*, p. 69.

96. V. A. Rossi, *La responsabilità penale dei componenti dell'organismo di vigilanza*, in *Studi in onore di A. Fiorella*, M. Catenacci, V.N. D'Ascola, R. Rampioni (a cura di), Roma, Roma Tre Press, 2021, vol. II, p. 1809 ss.

L'assunto – largamente condiviso – secondo cui tali soggetti potrebbero rispondere penalmente solo ed esclusivamente in caso di condotta commissiva – nella forma dell'agevolazione/partecipazione colposa al fatto illecito altrui – poggia sulla considerazione del fatto che tra i compiti istituzionali dei membri dell'O.d.v. rientra anche la corretta interazione con i garanti della sicurezza (del lavoro, dell'ambiente, ecc.)⁹⁷ e che, tra gli obblighi di prudente interazione sui medesimi incombenti, rientri anche quello di astenersi dal fornire un contributo per quanto involontario alla realizzazione dell'altrui illecito⁹⁸.

Si tratta di un'impostazione che inquadra l'O.d.v. all'interno di un più ampio e complesso sistema procedurale di prevenzione dei reati di impresa, il cui referente imputativo sarebbe dato dall'art. 113 c.p. quale modello di responsabilità nelle organizzazioni complesse: il contributo sarebbe tipico ai sensi di predetta disposizione non in quanto «frammento incompleto di tipicità colposa» quanto perché inosservante «una regola cautelare di secondo grado», ossia avente ad oggetto la violazione cautelare altrui⁹⁹.

La funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. viene in tal modo proiettata sul versante della colpa e più precisamente in riferimento al carattere – relazionale – della norma cautelare violata: la funzione dell'art. 113 c.p., sarebbe quella di estendere «la punibilità in capo a soggetti che tengono condotte dotate di pericolosità *ancora astratta e mediata*, che

97. Sulle funzioni dell'organismo in rapporto alla prevenzione degli illeciti ambientali, v. E. Mazzanti, *Ambiente*, in *L'organismo di vigilanza nel sistema 231*, E. Di Fiorino., C. Santoriello (a cura di), Pisa, Pacini, 2021, p. 343 ss.

98. V. F. Consulich, *Vigilantes puniri possunt*, *op cit.*, p. 448 ss.; 452 ss., secondo il quale il difetto di posizione di garanzia in capo ai membri ODV è un dato generale: ma riconoscere la sua inesistenza non significa sancirne l'irresponsabilità penalistica.

99. F. Consulich, *Vigilantes puniri possunt*, *op cit.*, p. 449, secondo il quale tale norma cautelare secondaria avrebbe un «significato *preventivo solo indiretto* rispetto al fatto illecito realizzato, in quanto necessita di un ulteriore condotta diligente per ottenere l'effetto profilattico auspicato», una «portata *propedeutica* a più specifiche cautele (si pensi al dovere di predisporre il DVR nell'ambito della sicurezza sul lavoro, cui poi conseguono regole specifiche di condotta) e «carattere *relazionale*, in quanto spesso deve interagire con il comportamento altrui rispetto a cui impone un controllo o un coordinamento».



violano, cioè, cautele prive di una connessione di rischio diretta con l'evento avverso»¹⁰⁰.

La tesi secondo cui «la *ratio essendi* della cooperazione colposa» dovrebbe essere individuata nel «tipo di cautela fondativa della responsabilità» e la condizione di responsabilità dell'O.d.v. sarebbe data da una sua condotta attiva coinvolta nella catena eziologica e nell'interazione operativa avente ad oggetto un determinato evento dannoso, poggia sull'assunto secondo cui «la cooperazione colposa, in assenza di posizioni di garanzia, non possa assumere connotati puramente omissivi»¹⁰¹.

Se l'agevolazione colposa assurge a idealtipo del contributo punibile posto in essere dai membri dell'O.d.v., «in mancanza di una posizione di garanzia, [...] il contributo penalmente rilevante del controllore, sarà, giocoforza, di carattere esclusivamente commissivo»¹⁰².

Di diverso avviso è l'orientamento dottrinale che, valorizzando il ruolo cruciale e la strumentalità dell'azione dell'O.d.v. rispetto alla prevenzione dei reati-presupposto, attribuisce ai membri di tale organismo un ruolo di garanzia, fondato sull'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, sulla base della già accennata teorica dei c.d. poteri impeditivi mediati¹⁰³. Dai doveri

100. V. F. Consulich, *Vigilantes puniri possunt*, *op cit.*, p. 453, secondo il quale sarebbe «l'inoperatività del principio di affidamento, e non l'esistenza di una posizione di garanzia, a rendere rilevante la condotta altrui per la propria responsabilità penale».

101. F. Consulich, *Vigilantes puniri possunt*, *op cit.*, p. 459, secondo il quale «la fenomenologia della condotta dei membri dell'ODV assume elettivamente tratti esclusivamente commissivi, specificamente in chiave di tipo agevolativo».

102. F. Consulich, *Vigilantes puniri possunt*, *op cit.*, p. 460; nel senso che non sia configurabile un contributo omissivo di agevolazione al di fuori dell'art. 40 comma 2 c.p., v. F. D'Arcangelo, *Il ruolo e le responsabilità dell'organismo di vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in «Rivista 231», 4, 2009, p. 67; nel senso, invece, che non possa escludersi «che anche i membri dell'organismo di vigilanza possano essere chiamati a rispondere ex art. 113 c.p. ove abbiano ignorato consapevolmente o per inerzia segnali inerenti ad un certo rischio per la sicurezza da cui sia poi derivato un infortunio o, comunque, non abbiano segnalato al datore la possibile commissione di violazioni da parte del delegato, l'instaurarsi di prassi illecite, l'insufficienza del sistema di controlli, o qualsiasi altra circostanza che avrebbe imposto un intervento disciplinare od organizzativo in relazione ai controlli di cui all'art. 30 d.lgs. 81/2008», v. D. Piva, *La responsabilità del 'vertice'*, *op. cit.*, p. 95.

103. Sulla responsabilità penale dei membri dell'organismo di vigilanza e sull'attribuibilità a quest'ultimi di una posizione di garanzia sulla base della titolarità di potere impeditivi mediati, v. R. Alagna, *L'Organismo di Vigilanza nel d.lgs. 231/2001: funzioni e responsabilità*, in «ius17@unibo.it», 2, 2, 2008, p. 572 ss.; in tema, v., anche, A. Nisco, *Responsabilità degli enti: riflessioni sui criteri ascrittivi soggettivi e sul nuovo assetto delle posizioni di garanzia nelle socie-*

di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza e dal dovere di aggiornamento dei modelli si deduce un obbligo di impedimento cui farebbero da contraltare poteri impeditivi a carattere mediato concernenti l'attivazione di procedure funzionali correlate alla gestione del rischio, in grado di impedire od ostacolare il compimento di illeciti penali. Il fatto che tali soggetti possano accedere ad altri strumenti o poteri idonei a sollecitare interventi sufficienti ad impedire l'evento dannoso giustificerebbe, dunque, l'ascrizione di una responsabilità omissiva impropria¹⁰⁴.

Come è possibile constatare, nell'insieme, le diverse ricostruzioni condividono l'idea che – anche in ambito plurisoggettivo – la rilevanza penale di condotte omissive sia subordinata alla titolarità di una posizione di garanzia, suscettibile di assumere una latitudine diversa, a seconda dell'impostazione – restrittiva od estensiva – adottata.

9. Cooperazione omissiva e attività medico-chirurgiche di *équipe* (cenni)

Un ulteriore settore applicativo in cui assume notevole interesse il tema della cooperazione omissiva è quello delle attività mediche di *équipe*¹⁰⁵, in cui, come è stato osservato, rilevano «regole cautelari volte a

tà, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 17, 1/2, 2004, p. 317 ss. Secondo A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 381, «a differenza che per il sistema di controllo interno previsto dal Tuf e dal Codice di autodisciplina, quindi, in questo caso il dato legislativo conforta la tesi di una posizione di garanzia, nascente proprio dall'art. 6 d.lgs. 231: un vincolo funzionale, tra l'organo di controllo e quei beni alla cui integrità attentano i soggetti sottoposti alla sua vigilanza (gli "apicali", almeno secondo la legge), nel violare le regole sulla *compliance*, "nell'interesse o a vantaggio" dell'ente; elementi che, al tempo stesso, delimitano il perimetro della eventuale responsabilità del controllore. Bisogna nondimeno appurare quali siano i poteri concessi all'organismo. Si possono ben immaginare una serie di poteri ispettivi; non facilmente delineabili, invece, i poteri "reattivi", essenziali per una valutazione dell'omessa vigilanza alla stregua dell'art. 40 cpv. c.p.».

104. Nel senso che se l'organismo di vigilanza può attivare o consentire il corretto funzionamento di una procedura impeditiva di un evento avverso, rimuovendo snodi eziologici che conducono a quest'ultimo, può allora riscontrarsi in capo all'organismo di vigilanza un potere penalmente rilevante se non correttamente esercitato (v. D. Fondaroli, *Organismo di vigilanza ex art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: profili di responsabilità penale*, in *Scritti in onore di Giuliano Marini*, S. Vinciguerra, F. Dassano (a cura di), Napoli, Esi, 2010, p. 309 ss.).

105. *Ex multis*, v. E. Belfiore, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in «Archivio penale», 42, 9, 1986, p. 265 ss.; L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, in *Il reato colposo*,



prevenire il fatto colposo di terze persone», il principio di affidamento e i limiti della responsabilità *ex art.* 113 c.p., sullo sfondo della «omnicomprensiva dimensione incriminatrice dell'art. 40 cpv. c.p.»¹⁰⁶.

Nel caso in cui si verifichi un evento lesivo (si pensi, ad es., all'esito infausto dell'operazione chirurgica), il fenomeno in esame è suscettibile di assumere le forme della cooperazione colposa.

Nella prassi, il fondamento di quest'ultima forma di partecipazione tende riduttivamente a coincidere con la «plurisoggettività fattuale (l'esistenza di un'équipe)», integrata dalla coscienza di agire in cooperazione (peraltro ritenuta implicita)¹⁰⁷. Si allude alla propensione prasseologica a fare applicazione della cooperazione colposa, muovendo dal presupposto che la cooperazione multidisciplinare, con esito infausto per il paziente, «coincida» con la stessa cooperazione colposa¹⁰⁸: la funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p. finirebbe in tal modo per «allargare le maglie» della tipicità colposa monosoggettiva «fino a ricomprendere la normalmente irrilevante prevedibilità del fatto del terzo»¹⁰⁹.

Come è stato rilevato in senso critico, nel sovrapporre cooperazione multidisciplinare e cooperazione colposa, sul presupposto che la partecipazione all'attività plurisoggettiva e l'omesso controllo della condotta altrui legittimino l'affermazione di responsabilità penale *ex art.* 113 c.p., non si tiene conto del fatto che quella implicata dall'art. 113 c.p. è una

M. Donini (a. cura di), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 41 ss.; A. Montagni, *Operatività in équipe e responsabilità del sanitario: unità e pluralità di garanti, La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, P. Piccialli (a cura di), Milano, Giuffrè, 2021, p. 199 ss.; sulla responsabilità penale dell'operatore sanitario, v. S. Canestrari, *Uno sguardo d'insieme sui profili attuali della responsabilità penale del sanitario*, in *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, *op. cit.*, p. 1 ss.; Forti G., *Il quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspicate e riforme attuate*, in «Diritto penale e processo», 21, 6, 2015, p. 738 ss.; sui rapporti tra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, v. F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, p. 1283 ss.

106. L. Riscicato, v. *Cooperazione colposa*, *op. cit.*, p. 333.

107. Cfr. Cass. IV, 20.9.2012, n. 36280; Cass. 23.1.2018, n. 22007.

108. V. L. Maldonato, *Nota a Cass. IV, 3.12.2015*, n. 20125, in «Rivista italiana di medicina legale», 37, 3, 2016, p. 1240.

109. L. Riscicato, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 76.

plurisoggettività «derivante dalla violazione di un obbligo giuridico» e, in seconda battuta, una colpa di concorso¹¹⁰.

Alla base dell'addebito di responsabilità si pone la «traduzione immediata della *culpa in vigilando* in obbligo di impedimento»¹¹¹: un indebito salto logico, in violazione del principio di responsabilità individuale¹¹², che si traduce nel presunto e pervasivo obbligo incrociato sugli obblighi degli altri sanitari coinvolti nell'attività e nel dovere di ciascun componente (anche subalterno) dell'*équipe* di manifestare il proprio dissenso, «potendo altrimenti essere chiamati a rispondere dell'esito negativo dell'intervento ai sensi dell'art. 40 comma 2 per non avere compiuto quanto in loro potere per scongiurare l'evento»¹¹³.

I problemi sorgono, soprattutto, allorquando si tratti di valutare eventuali responsabilità a titolo di cooperazione colposa per violazione di cautele relazionali, data la persistente tendenza a fondare la tipicità del contributo concorsuale su un parametro causale che, in quanto inevitabilmente polarizzato sul nesso tra condotta ed evento, non può non

110. V. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 43.

111. V., ad es., Cass. 18.1.2000, n. 556; come rilevato da L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 48, «attraverso singolare opera di trasmutazione categoriale, la posizione di protezione si converte direttamente in una posizione di impedimento dell'illecito altrui, anche in assenza di un ruolo gerarchicamente sovraordinato: ma, anche a volere prescindere da una fondazione normativa di tale posizione, si trascura che la responsabilità per omessa vigilanza presuppone una previa individuazione dei poteri impeditivi conformativi di cui il sanitario dovrebbe disporre ogni volta che sia riconoscibile un'anomalia nell'intervento dovuta alla condotta altrui; in assenza di tale essenziale predefinizione, si tratta di una vera e propria responsabilità di pura posizione (in contrasto con l'art. 27 cost.)».

112. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 46 ss., il quale sottolinea la confusione ermeneutica tra obbligo di protezione ed obbligo di controllo, osservando che quest'ultimo «viene configurato in via pressoché automatica dalla giurisprudenza in capo ai soggetti sovraordinati nel contesto della ripartizione gerarchica: con riguardo all'attività medico-chirurgica, rispetto al primario (dirigente sanitario) e al capo dell'*équipe*. Nei compiti di chi riveste un ruolo apicale rientra anche la vigilanza sui subordinati (medici affidatari; altri membri dell'*équipe*), che nella prassi applicativa viene convertito in obbligo di impedimento ex art. 40 comma 2 c.p. e quindi, attraverso una ulteriore torsione interpretativa, in dovere di scongiurare gli eventuali errori altrui o le loro conseguenze».

113. V., ad es., Cass. IV, 12.2.2010, n.20548; per una sintesi critica, v. D. Guidi, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani (a cura di), Pisa, Ets, 2009, p. 209 ss.; A. Roiati, *Medicina difensiva e colpa professionale in diritto penale. Tra teoria e prassi giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 286 ss.



risultare inidoneo a ricostruire e a decifrare l'interazione di contributi che è sfociata nell'esito lesivo¹¹⁴. L'impraticabilità della spiegazione in termini causali è confermata dal fatto che, come è stato sottolineato, i «comportamenti futuri» dei cooperanti «sono ontologicamente imponderabili, perché non predeterminati dall'operare di alcuna legge scientifica – bensì da atti di volontà – né a loro volta “provocati”, in senso stretto, da fattori antecedenti»¹¹⁵.

Si è, inoltre, sottolineato come, in un'attività plurisoggettiva come quella sanitaria, in cui ognuno è impegnato nell'assolvimento di un compito collegato a mansioni affidate ad altri, ma non tale da sovrapporsi alle incombenze altrui, assuma un crescente rilievo la «suddivisione ed articolazione di competenze, tali da condurre a restringere il dovere di ciascun operatore entro il perimetro di quanto gli è specificamente richiesto»¹¹⁶. La tendenza maggioritaria a porre l'inosservanza di date funzioni in immediata correlazione causale con l'evento conduce «all'*impasse* di dover immaginare che il relativo titolare, per poterle adempiere correttamente, dovrebbe estendere il proprio intervento fino al punto di seguire *usque ad finem* l'intero percorso terapeutico, controllando le iniziative dei colleghi e, se possibile, sostituendosi ad essi, nello sforzo parossistico di adempiere alla “missione” affidatagli»¹¹⁷.

Il prodotto finale dell'elaborazione incline a riconoscere in capo a ciascun componente dell'*équipe* un obbligo di controllo sull'altrui operato, la rilevanza concorsuale della cui violazione si ambisce ad apprezzare

114. Sul nesso causale nel settore in esame, v. A. Vallini, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in *Medicina e diritto penale*, S. Canestrari, F. Giunta, R. Guerrini, T. Padovani (a cura di), Pisa, Ets, 2009, p. 145 ss.

115. A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario 'diacronicamente plurisoggettivo'*, in «Diritto penale e processo», 7, 7, 2000, p. 480.

116. G.A. De Francesco, *Diritto penale*, op. cit., p. 660.

117. G.A. De Francesco, *Diritto penale*, op. cit., p. 660, il quale ritiene che tale scenario, sconcertante e in contrasto «con il rilievo fondamentale secondo il quale la “fisiologia” di tale fenomeno plurisoggettivo impedisce di collegare *direttamente* la singola condotta doverosa al “successo finale” del percorso terapeutico, così come – in forma speculare – di collegare l'omissione (e la stessa colpa che vi inerisce) al suo mancato conseguimento, se non a rischio di *bypassare*, per così dire, i compiti devoluti agli altri soggetti implicati nell'attività: compiti che non si prestano, d'altronde [...], ad essere “meccanicamente” ricollegati all'altrui operato alla stregua di uno sviluppo “causale” puramente naturalistico».

in termini causali, è, come è stato rilevato, un «paradigma di tipo olistico, di *responsabilità indivisa e a rischio totale* (desunto da una indebita dilatazione dell'art. 113 c.p.), ai sensi del quale è sufficiente che l'altrui condotta scorretta fosse almeno prevedibile per essere chiamati a rispondere: di fatto, il rimprovero è per il fatto di essere membri dell'*équipe medica*»¹¹⁸.

In riferimento ai ruoli gerarchici sovraordinati, una simile impostazione emerge in modo palese dall'automatico riconoscimento di obblighi di riconoscimento e di neutralizzazione, la cui violazione fonda una responsabilità a titolo di cooperazione omissiva, che in realtà discende dalla posizione apicale rivestita¹¹⁹.

A ciò si aggiunge il tendenziale esautoramento che il principio di affidamento subisce nella prassi applicativa¹²⁰, per effetto della subordinazione dell'operatività di tale canone alla non evidenza e settorialità della scorrettezza altrui, in difetto delle quali si ritiene sussistente l'obbligo di reciproco controllo¹²¹.

A tale modello imputativo corrisponde «l'utilizzo in chiave incriminatrice del combinato disposto delle clausole generali di cui agli artt. 113 e 40, cpv., c.p., fino a configurare una vera propria *tipicità di secondo livello*», idonea a generare un'estensione dell'incriminazione incentrata «sull'omesso controllo e sull'omesso impedimento dell'evento attraverso una condotta "compensativa" dell'altrui condotta colposa»¹²². Parten-

118. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 49.

119. V., ad es., Cass. IV, 23.1.2018, n. 22007; Cass. IV, 32871; sull'opposta forma di responsabilità del subordinato per il fatto colposo del superiore, v. D. Guidi, *L'attività medica in équipe*, *op. cit.*, p. 228 ss.; A. Palma, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, Jovene, 2016, p. 157 ss.; A. Roiati, *Medicina difensiva*, *op. cit.*, p. 286 ss.

120. Sui presupposti del venir meno del principio di affidamento quale regola che esclude la configurabilità di obblighi rivolti al comportamento di terzi e sui correlativi obblighi cautelari relazionali, v. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 50 ss.; 55 ss., ove si distingue tra obblighi sinergici o complementari, accessori, eterotropi e negativi; nel senso che la ripartizione delle responsabilità nello svolgimento di attività plurisoggettive ruoti fondamentalmente intorno all'operatività o meno del principio di affidamento e ai limiti intrinseci di quest'ultimo, v. A. Roiati, *Medicina difensiva*, *op. cit.*, p. 249 ss.; sul punto, v., altresì, Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 11 ss.

121. Sulla riconoscibilità dell'altrui condotta colposa, v. A. Roiati, *Medicina difensiva*, *op. cit.*, p. 262 ss.

122. A. Roiati, *Medicina difensiva*, *op. cit.*, p. 263 ss., il quale, avuto riguardo alla sussistenza dell'elemento soggettivo richiesto ai fini della cooperazione, sottolinea la tendenza a



do dal presupposto secondo cui «tutti coloro che cooperano, a qualunque titolo, nella gestione di un determinato trattamento sanitario sono ugualmente gravati dalla medesima posizione di garanzia nei confronti del paziente»¹²³ e, cioè, dal richiamo ad una *Garantenstellung* «invariabile ed immanente allo svolgimento dell'attività sanitaria», si giunge all'indebito livellamento di ruoli e funzioni e alla fondazione di un obbligo di controllo tanto pervasivo, quanto generico¹²⁴.

In riferimento ai casi di cooperazione multidisciplinare (in forma sincronica o diacronica), nella prassi si tende, infatti, a ritenere che sui sanitari incombano obblighi reciproci di controllo e sorveglianza sull'altrui operato, suscettibili di rilevare in forma omissiva impropria, anche se a tali obblighi non corrispondano effettivi poteri impeditivi¹²⁵. Nonostante di recente in giurisprudenza si siano registrati tentativi di ricostruire gli obblighi di sorveglianza nell'attività medica di *équipe* in maggiore consonanza con il principio di personalità della responsabilità penale¹²⁶, in senso critico si è rilevato che l'impostazione prasseologica «sembra muovere per certi versi da una “sfiducia di base” nell'attività medica di *équipe*, che appare porsi “in tensione” con il principio di affidamento, se letto in una prospettiva medico-centrica»¹²⁷.

Al fine di evitare simili esiti, si è proposto, in ottica di riforma, di introdurre «una precisa scalarità degli obblighi di controllo, in una pro-

ritenere sufficiente la coscienza dell'altrui partecipazione in aggiunta al “comune coinvolgimento nella gestione del rischio”; nel senso che la previsione di obblighi cautelari aggiuntivi rende possibile la punibilità di contributi atipici di partecipazione, v. p. 267.

123. V., ad es., Cass. IV, 16.2.2010, n. 32126.

124. V. A. Roiati, *Medicina difensiva*, op. cit., p. 274, il quale sottolinea come a tale fenomeno sia sotteso l'anomalo intreccio e cumulo di obblighi cautelari di natura secondaria e di obblighi di garanzia; sull'impossibilità di ricondurre l'obbligo giuridico di impedimento dell'evento “alla posizione dei sanitari coinvolti in attività plurisoggettive”, v. A. Palma, *Paradigmi ascrittivi*, op. cit., p. 17, ss.; contra: A. Vallini, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in «Diritto penale e processo», 7, 6, 2000, p. 1637.

125. Cfr. A. Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive*, op. cit., p. 5 ss.

126. V. A. Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive*, op. cit., p. 7 ss.

127. M. Di Florio, *La cooperazione colposa*, op. cit., p. 30, in riferimento a M. L. Mattheudakis, *Prospettive e limiti del principio di affidamento nella “stagione delle riforme” della responsabilità penale colposa del sanitario*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 66, 3, 2018, p. 1236 ss.; sul punto, v., altresì, R. Borsari, *La responsabilità penale del sanitario nelle motivazioni delle Sezioni Unite. Considerazioni rapsodiche*, in «Responsabilità medica. Diritto e pratica clinica», 2, 2, 2018, p. 189 ss.

spettiva che veda al vertice la presenza, in capo al garante, di poteri realmente impeditivi dell'evento lesivo e alla base un generico obbligo di sorveglianza sull'altrui operato», per cui «l'omissione dei primi continuerebbe ad avere piena rilevanza penale in base alla combinazione tra gli artt. 40 cpv. e 113 c.p., mentre quella dei secondi ben potrebbe essere sanzionata solo in via disciplinare, insieme alla predisposizione di congrui strumenti risarcitori»¹²⁸.

Com'è possibile constatare, anche in questo quadrante di tutela la funzione incriminatrice effettivamente rilevante e decisiva non riguarda tanto la clausola in tema di cooperazione, quanto piuttosto l'equiparazione tra cagionare e non impedire, sia pur nella sua declinazione colposa e plurisoggettiva.

10. Cooperazione omissiva nel settore della protezione civile

Un ulteriore ambito meritevole di considerazione è quello avente ad oggetto le posizioni di garanzia nella sfera della prevenzione e gestione di rischi naturali¹²⁹. Come è noto, da tempo le attività di protezione civile, quali attività socialmente utili svolte in forma complessa e dipendenti dal sapere scientifico-tecnologico, sono considerate tra quelle a maggior rischio di responsabilità penale, in conseguenza della tendenza accusatoria a far rispondere i titolari di tali funzioni di azioni ed omissioni ritenute incidenti sul *quantum* di dannosità di calamità naturali.

Il paradigma omissivo improprio viene, infatti, impiegato in riferimento sia ad eventi di pericolo di comune, sia ad esiti lesivi di beni personali di individui determinati, con il rischio concreto di un'indebita

128. L. Riscato, *L'attività medica di équipe*, op. cit., p. 85.

129. *Ex multis*, v. *Protezione civile e responsabilità nella società del rischio*, Pisa, Ets, 2013, passim; *La Protezione civile nella società del rischio. Il sistema di protezione civile: profili organizzativi, poteri ed ipotesi di responsabilità penale degli operatori*, Pisa, Ets, 2019, passim; I. Pisa, *Protezione civile e responsabilità penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1, 2016, p. 223 ss.; C. Valbonesi, *Terremoti colposi e terremoto della colpa. Riflessioni a margine della sentenza 'Grandi rischi'*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 64, 4, 2016, p. 1498 ss.



estensione del rimprovero penale e di semplificazioni applicative, dovute alla difficoltà di individuazione delle cause e dei responsabili dei risultati offensivi.

Le peculiarità e l'espansività di questa forma di responsabilità si legano, da un lato, alla struttura del sistema nazionale di protezione civile, dall'altro alle caratteristiche dei fenomeni che la protezione civile è chiamata a prevenire o a fronteggiare.

Dal primo punto di vista, si può osservare come la propensione giurisprudenziale a ricorrere, anche in questo settore, al modello del garante quale "gestore del rischio" debba, appunto, "fare i conti" con la complessa articolazione e distribuzione di competenze e funzioni che caratterizza la *governance* della protezione civile: un insieme coordinato e iper-organizzato di plurime amministrazioni competenti che, unitariamente considerate, danno luogo al "Servizio nazionale di protezione civile" (v. d.lgs. 2.1.2018, n. 1, c.d. "*Codice della protezione civile*").

Un sistema multilivello e policentrico di responsabilità e autorità, nel quale plurimi soggetti pubblici e privati sono chiamati ad interagire, secondo un assetto reticolare che diviene piramidale nel momento dell'intervento.

Nell'ambito della protezione civile, competenze e responsabilità sono determinate in funzione della tipologia e della gravità dell'evento (ordinario, intermedio e straordinario), sulla base di un modello di sussidiarietà verticale che vede nel sindaco l'unità basica, atomistica, di riferimento. In un sistema improntato a tale paradigma l'identificazione del "gestore del rischio" e la delimitazione delle sfere di responsabilità divengono particolarmente problematiche in conseguenza della moltiplicazione dei soggetti coinvolti, dell'incertezza cognitiva¹³⁰ e della tendenza alla propagazione in senso orizzontale e verticale del rimprovero penale.

130. Cfr. D. Notaro, *Scienza, rischio e precauzione. L'accertamento del nesso causale colposo all'interno di dinamiche 'incerte' e 'complesse'. Spunti critici dal processo per il terremoto dell'Aquila*, in *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione Europea e in ambito penale*, M. Gestri (a cura di), Milano, Giuffrè, 2016, p. 241 ss.

Il primato assunto dalla dimensione preventiva ed efficientistica dell'azione di protezione civile, la caratterizzazione policentrica e diffusa delle competenze, il reiterato riferimento normativo al carattere coordinato degli interventi e alla connotazione sistemico-integrata delle attività di prevenzione e soccorso, si traducono nell'obiettiva difficoltà di determinare analiticamente le singole posizioni d'obbligo e le correlate responsabilità.

La struttura del sistema nazionale di protezione civile si rivela, in questo senso, un modello "conduttore" di responsabilità, in grado di far scorrere in senso orizzontale e verticale flussi ascrittivi, imputativi.

Siffatte peculiarità strutturali e funzionali non possono non riverberarsi sulla posizione di garanzia, in termini di pervasività, estrema latitudine e ampiezza di contenuto. In un ambito dominato dall'istanza solidaristica e caratterizzato da una disciplina legislativa che può essere considerata una vera e propria "miniera" di presupposti e fondamenti extra-penali dell'obbligo giuridico di garanzia, si registrano sia la ridondanza di doveri di intervento, sia un insidioso fenomeno di sovraesposizione soggettiva, alimentato dalla tendenza giurisprudenziale a prescindere dalla concezione formale di posizione di garanzia e a privilegiare l'idea dell'assunzione di fatto del vincolo di tutela (sulla base, ad es., di una delega implicita, di una prassi, ovvero di un'ingerenza)¹³¹, con la moltiplicazione esponenziale del novero dei "garanti".

A ciò si aggiunge la difficoltà di determinare lo spettro e l'ambito della garanzia pretesa, considerata l'estrema ampiezza ed eterogeneità dei beni esposti al pericolo e la molteplicità dei rischi da fronteggiare (oltre quelli correlati alle calamità naturali, assume rilievo il rischio chimico, nucleare, radiologico, tecnologico, industriale, da trasporti, ambientale, igienico-sanitario: il legislatore non si dimentica di porre a carico del sindaco persino il compito di prevenire il rientro incontrollato di oggetti e detriti spaziali).

Ne scaturisce una posizione di garanzia, a cavaliere tra protezione e controllo, la cui maggiore criticità è data dall'indefinitezza degli esiti che

131. Cfr. Cass. IV, 22.5.2019, n. 22214, avente ad oggetto le responsabilità penali correlate all'esondazione del Rio Fereggiano a Genova.



debbono essere prevenuti e fronteggiati: il “garante” è, infatti, chiamato a contrastare esiti indeterminati, in rapporto a molteplici e non definiti beni giuridici, che rendono estremamente precario ed incerto l’adempimento dell’obbligo – sul medesimo gravante – di autovalutazione della capacità di risposta e di contrasto che il proprio livello di sistema è in grado di assicurare. Siamo, infatti, di fronte a un modello di gestione delle emergenze definito “a geometria variabile”, in quanto la competenza dipende dall’intensità dell’evento contingente, dalla disponibilità di mezzi e risorse disponibili, in rapporto ad un triplice tipologia di eventi emergenziali (ordinari, di rilievo regionale, di rilievo nazionale).

Passando ai poteri di intervento, si può osservare che, nel caso della Protezione civile, almeno sulla carta, il garante può disporre di uno massiccio spiegamento di risorse umane, strumenti e mezzi: basti pensare alle strutture operative, nazionali e regionali, di cui possono avvalersi le autorità di Protezione civile nello svolgimento delle loro funzioni (dai vigili del fuoco alle forze armate e di polizia, dagli enti di ricerca al servizio sanitario nazionale, dal volontariato organizzato ai servizi meteorologici).

Il novero di forze suscettibili di essere impiegate è, dunque, tale da assicurare, almeno in teoria, l’idoneità preventiva ed impeditiva dell’intervento del garante.

In questo senso, si ha l’impressione che il codice di Protezione civile disegni un mondo caleidoscopico, in cui i cristalli si ricompongono secondo una perfetta simmetria: uno scenario utopistico, che presuppone risorse finanziarie, conoscenze e capacità previsionali idonee allo scopo. Nella realtà si deve, però, fronteggiare una situazione, ben diversa, di profonda inadeguatezza rispetto al modello normativo: un quadro distopico, segnato da carenze strutturali (si pensi, ad es., ai fenomeni di illegalità stratificata e consolidata che caratterizzano la gestione del consumo del suolo) e da deficit cognitivi. Nel valutare la disponibilità di poteri e mezzi realmente impeditivi si dovrebbe, dunque, tenere maggiormente conto della distanza siderale che intercorre tra il mondo disegnato dal legislatore nel codice di Protezione civile e la dimensione fenomenologica della prevenzione e della gestione delle emergenze (sotto il profilo della previsione e prevenzione del rischio, del superamento

delle situazioni emergenziali, della mitigazione degli effetti degli eventi calamitosi).

Quella appena accennata è, peraltro, una criticità che il diritto vivente ha da tempo affrontato e risolto, nel segno della non necessità di poteri impeditivi in senso stretto: individuato nella diminuzione del rischio il parametro di riferimento, non si reputa necessario che il singolo garante incida direttamente e personalmente sull'evento, essendo sufficiente la possibilità di influenzare gli sviluppi causali, anche con condotte sollecitatorie di altrui interventi: molto spesso, infatti, al potenziale responsabile viene addebitato il fatto di non aver richiesto l'attivazione di altri soggetti, in grado di adottare idonee contromisure.

In ottica impeditiva, ad assumere rilievo sono, dunque, obblighi di coordinamento, di collegamento e di informazione, anche reciproca, che presentano caratteri di flessibilità ed elasticità e forme eterogenee e modulabili, che, nell'insieme, danno luogo ad una "geometria variabile" di intensità dell'intervento impeditivo, basata anche sul tipo di rischio gestito: ora come impedimento *tout court* del fenomeno naturale, ora come riconduzione del fenomeno stesso entro limiti di non dannosità, ora come apprezzabile riduzione dei danni. Nella maggior parte dei casi, è proprio l'omessa riduzione significativa del livello di dannosità dell'evento calamitoso a rappresentare l'oggetto del rimprovero, con ricadute problematiche sul piano dell'accertamento dell'idoneità impeditiva della condotta doverosa, destinato, per effetto di esigenze semplificazione degli adempimenti probatorio-processuali, a ridursi nella verifica della capacità-possibilità di influenzare il corso degli eventi.

Si tratta di un esito in qualche modo favorito dallo stesso legislatore, che utilizza l'espressione "*fronteggiabilità*" dell'evento calamitoso: la "catena di comando" è chiamata, dunque, non già a neutralizzare, bensì, per l'appunto, a fronteggiare, ossia a contrastare accadimenti dannosi.

Ciò che si attende e pretende è, quindi, un intervento sistemico, ora proattivo, ora reattivo, che non appare assimilabile alla dimensione dell'omesso impedimento: in termini di disvalore, l'inosservanza della pretesa di contrasto ottimale di eventi calamitosi non eguaglia la violazione di obblighi di neutralizzazione in senso stretto del risultato lesivo.



In buona sostanza, ciò che emerge è l'evidente sproporzione di scala tra la *magnitudo* del rischio da gestire e i poteri impeditivi a disposizione del singolo garante.

L'interpretazione riduttiva dell'intensità e dello spettro dell'obbligo di impedimento fa sì che, di fatto, l'oggetto della contestazione sia rappresentato dall'inadempimento dell'obbligo di attivarsi, di agire: rimasto in ombra il profilo della neutralizzazione dell'evento, si dissolve il disvalore dell'equiparazione normativa di cui all'art. 40, comma 2, c.p.

Nella prospettiva della presente indagine, meritano di essere sottolineati il carattere interattivo e coordinato degli interventi distribuiti tra articolazioni centrali, periferiche e ed autonome dello Stato; la dimensione sistemica e integrata delle attività di prevenzione e soccorso; la frammentazione delle competenze e la ripartizione di ruoli tra numerosi soggetti; la stretta interdipendenza tra l'assolvimento del compito da parte di un operatore e lo svolgimento delle altrui mansioni con la conseguente necessità di gestione del rischio c.d. interferenziale.

Quali sono i riflessi che la connotazione sistemica e policentrica delle attività in esame produce sulle posizioni di garanzia dei titolari di funzioni di protezione civile?

Di fronte all'ampia platea di potenziali garanti, il giudice dispone di uno strumento formidabile di collegamento tra le responsabilità individuali, ossia la disciplina in tema di cooperazione colposa, che, applicata in sinergia con l'art. 40, co. 2, c.p., consente di fondare un'imputazione omissiva pluripersonale e al contempo di evitare di porre la responsabilità a carico di un unico soggetto, essendo improbabile che il singolo funzionario debba farsi carico delle istanze di neutralizzazione/contrastato di immani eventi catastrofici o calamitosi.

La stessa figura della "catena di comando e di controllo", operante ai vari livelli del servizio nazionale (comunale, provinciale, regionale, nazionale) evoca l'idea di collegamento, condivisione e solidarietà tra le molteplici posizioni apicali d'obbligo, di una serie ininterrotta di obblighi/poteri di gestione del rischio e di cooperazione/coordinamento: ciò che a livello giurisprudenziale viene definita la "comune gestione del rischio". Come viene affermato dalla S.C.,

ne consegue una saldatura dei distinti profili di colpa riconosciuti a ciascun imputato, in quanto confluiti nel determinismo dell'evento, di talché non è consentito procedere, ai fini penali, ad una postuma verifica frazionata, parcellizzata e diacronica degli stessi, ma si impone una valutazione unitaria del complesso delle condotte asseritamente antidoverose, laddove la comune gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di apporti che, sebbene atipici, incompleti o di semplice partecipazione, si coniugano tra di loro compenetrandosi laddove gli obblighi di cooperazione e di coordinamento rappresentano "la cifra" della loro posizione di garanzia e delimitano l'ambito della rispettiva responsabilità¹³².

Il carattere policentrico e diffuso del servizio di protezione civile, l'ardua scindibilità e separabilità delle competenze, la fisiologica e costante successione di funzioni e compiti di garanzia all'interno della "catena di comando"¹³³, il ricorrente – e già accennato – rischio interferenziale, sono fattori destinati, da un lato, ad amplificare la rilevanza applicativa della cooperazione colposa, dall'altro, a mettere in crisi la dimensione "individuale" della posizione di garanzia.

132. Cass. IV, 22.5.2019, n. 22214.

133. Nel caso del disastro di Sarno (Cass. VI, 3.5.2010, n. 16761), la Corte di Cassazione si è conformata alla soluzione dalla medesima adottata per la prima volta nel 1990, nella sentenza che aveva definito le responsabilità correlate al disastro di Stava (Cass. IV, 6.12.1990, n. 4793). In tale occasione era stato fissato il principio della *continuità delle posizioni di garanzia*, in base al quale nessuno si può liberare del proprio ruolo di garante anche se nella gestione della fonte di rischio è subentrato un nuovo titolare. Nel caso del disastro di "Stava", in un ampio arco temporale molteplici gestori si erano avvicendati nel governo della fonte di rischio, senza alcuna possibilità per i cedenti di continuare ad accedere all'area produttiva: nell'affermare l'irrilevanza della successione e la persistenza della posizione di garanzia, non si è tenuto (e si continua a non tenere) conto del fatto che dall'obbligo di garanzia ci si può legittimamente liberare informando esaustivamente il successore in ordine ai fattori di rischio e alla situazione in cui versa la fonte di pericolo. Traslata nell'ambito della Protezione civile, la rigida impostazione della Corte di Cassazione è mossa da un discutibile *horror vacui*, ossia il timore di creare vuoti di responsabilità nella gestione dell'emergenza. Un indirizzo cautelativo destinato ad innestare, di riflesso, effetti controproducenti, in termini di "protezione civile difensiva": al fine di liberarsi prima possibile da responsabilità (esclusive), il garante (ad es., il sindaco) invocherà l'intervento dell'autorità di rango superiore, a prescindere dalla gravità dell'evento e dalle risorse e dai mezzi disponibili (con buona pace della sussidiarietà): v. F. D'Alessandro, *Relazione*, in *Protezione civile e responsabilità*, op. cit., p. 19 ss.; Id., *La comunicazione dei rischi e le responsabilità penali*, in *La protezione civile nella società del rischio*, op. cit., p. 93 ss.



11. Tratti qualificanti

È possibile, a questo punto, mettere a fuoco alcuni aspetti significativi emergenti dalla sintetica ricostruzione del dibattito in ordine alla cooperazione omissiva.

Si ha, in primo luogo, l'impressione che la funzione incriminatrice, che l'art. 113 c.p. è potenzialmente in grado di svolgere nel contesto del concorso omissivo, non sia stata ancora riconosciuta o verificata compiutamente, per effetto dello spostamento del baricentro dell'estensione della tipicità sull'equiparazione normativa tra cagionare e non impedire: la penetrante ed assorbente funzione ora incriminatrice, ora delimitativa della punibilità, assegnata preventivamente all'art. 40, comma 2, c.p. ha finora oscurato le potenzialità applicative dell'art. 113 c.p.

Se in giurisprudenza si dilata in modo abnorme la sfera della posizione di garanzia, rilevante *ex art. 40 comma 2 c.p.*, ampliando correlativamente l'ambito della funzione disciplinare della norma concorsuale, la dottrina maggioritaria ritiene che la tipicità del fatto omissivo improprio dipenda strettamente dalla titolarità di poteri impeditivi diretti ed immediati e non subisca variazioni a seconda che si versi in ambito monosoggettivo o in ambito plurisoggettivo.

Questa seconda impostazione – assai diffusa e facente leva sulla necessità che la complicità mediante omissione si fondi sui medesimi presupposti della responsabilità omissiva in generale¹³⁴ – è, tra l'altro, alla base della ritenuta eccezionalità del presupposto di fatto del concorso omissivo e, cioè, che «un soggetto abbia un potere di signoria su altro tale da poterne impedire un comportamento illecito (nel caso della posizione di garanzia) o prevenirne o neutralizzare una condotta negligente (nell'ipotesi del dovere cautelare relazionale)»¹³⁵.

134. V. G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, *op. cit.*, p. 176; L. Risicato, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 43, 4, 1995, p. 1279 ss.

135. V. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 13.

SEZIONE III
LA VISIONE DINAMICA ED INTEGRATA DELLA
COOPERAZIONE COLPOSA TRA “GARANTI”

12. Divisione del lavoro e interferenza reciproca di posizioni di garanzia: i riflessi sulla responsabilità penale

Nella prospettiva della presente indagine, si rivela di particolare interesse l'elaborazione dottrinale volta a valorizzare la logica di tipo strutturale-organizzativo, propria della “divisione del lavoro”, ai fini dell'individuazione e della delimitazione della responsabilità colposa in capo ai singoli garanti nei settori della sicurezza del lavoro e dell'attività medico-chirurgica¹³⁶, nel contesto del fenomeno della “plurisoggettività”.

Si tratta di una costruzione teorica che, per la sua innovatività, richiede di essere analizzata a sé. Al centro dell'attenzione si pongono la definizione e la “ripartizione” delle posizioni di garanzia, in accordo alla logica dell'“affidamento” «in cui si celebra, ad un tempo, l'impegno massimo a fare quanto “di competenza” e la devoluzione ad altri – a loro volta “garanti” – dell'obbligo di operare in sintonia con le proprie sfere di attribuzione e di destinazione “funzionale”»¹³⁷.

Alla base di tale innovativa impostazione si pone l'idea – in continuità con la visione giurisprudenziale del garante quale “gestore del rischio” – secondo la quale la distinzione tra azione ed omissione – particolarmente problematica nella società del rischio – dovrebbe essere operata non tanto in chiave naturalistica, bensì in ottica funzionale e teleologica e che, nel caso di preesistenza di una posizione di garanzia, «il difettoso

136. Sulla rilevanza del «fenomeno – divenuto col tempo sempre più vasto ed imponente – della “plurisoggettività” dello scenario terapeutico» e sulla «conseguente necessità di “ritagliare” ruoli e competenze circoscritte, a parte subiecti, a singole “fasi” di sviluppo del trattamento sanitario», v. G.A. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in «Rivista italiana di medicina legale», 33, 3, 2012, p. 969.

137. G.A. De Francesco, *“Interpersonalità” dell'illecito penale: un “cuore antico” per le moderne prospettive della tutela*, in «Cassazione penale», 65, 2, 2015, p. 881.



assolvimento dei compiti inerenti ad un siffatto ruolo di garanzia tende a partecipare di una logica analoga a quella omissiva, sia nel caso [...] di una carenza di intervento *tout court*, sia in quello di un'attività difforme da quella riconducibile alle incombenze richieste»¹³⁸.

Come incisivamente sottolineato, nel contesto delle organizzazioni complesse, lo «scenario delle posizioni di garanzia» è tale da evocare «un “fascio” più ampio di alternative funzionali rispetto a quello proprio di un obbligo di agire maggiormente uniforme e “standardizzato”» (come quello gravante, ad es., sul bagnino), in cui posizione di garanzia e obbligo giuridico di attivarsi in funzione impeditiva finiscono sostanzialmente per coincidere; nel caso dei fenomeni plurisoggettivi, il garante è, invece, onerato «di attribuzioni che non si esauriscono nell'*an* del dovere di assolverle», bensì si sostanziano, soprattutto, «nel *quomodo* e nelle forme dell'adempimento, e più ancora in quell'insieme di “prestazioni” e tecniche d'intervento che costellano i variegati adempimenti che esse comportano», in modo tale che le condotte attive – non conformi alle qualifiche funzionali cui sono sottesi i vincoli di tutela – finiscono anch'esse col denotare l'inosservanza degli obblighi e dei poteri di garanzia, «in un rapporto sistematicamente del tutto affine e complementare rispetto ai momenti “omissivi” degli adempimenti richiesti»¹³⁹.

È all'interno di tale quadro ricostruttivo che si inserisce la valorizzazione della concatenazione dei doveri di intervento e della verifica delle modalità di coordinamento e dei nessi di correlazione tra singole posizioni di garanzia nell'ambito delle attività complesse, secondo una visione “integrata”, volta a superare la considerazione atomistica dei doveri di intervento: è, infatti, proprio il fenomeno dell'interferenza reciproca tra *Garantenstellungen* nella vicenda lesiva ad assumere un ruolo cruciale nella ricostruzione delle responsabilità connesse alla cooperazione colposa.

Si ritiene che, nell'ambito della ripartizione funzionale delle varie posizioni di garanzia, quest'ultime siano «concepite a garanzia dell'efficacia e al contempo dei limiti connessi ai singoli ruoli all'interno dell'or-

138. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 5.

139. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 5.

ganizzazione»¹⁴⁰, con la conseguente necessità che ciascun garante metta in condizione gli altri partecipanti all'attività di espletare correttamente il proprio ruolo, ponendo le basi affinché «le circostanze in cui gli altri soggetti sono tenuti ad operare non risultino distorte ed alterate da chi ricopra la posizione di garanzia che vi si riconnette funzionalmente»¹⁴¹.

Tale assunto poggia sul presupposto secondo cui il singolo operatore non sia in grado e non possa essere tenuto «a “signoreggiare” gli sviluppi complessivi della vicenda» (lavorativa, terapeutica, ecc.) ma, per l'appunto, «soltanto a mettere i propri colleghi nelle condizioni di intervenire sulla base del corretto assolvimento delle proprie “personali” incombenze»¹⁴².

In un contesto in cui assumono un ruolo preminente la relazione funzionale e il nesso teleologico tra garanti, la responsabilità penale è, dunque, condizionata dalla sussistenza di «un rapporto di interconnessione teleologica tra la condotta inadempiente e le scelte compiute da altro soggetto a sua volta titolare di una posizione di garanzia»¹⁴³. Dovrà, perciò, essere ritenuto esente da responsabilità non soltanto chi si sia conformato ai propri doveri, ma anche chi abbia tenuto una condotta inosservante della regola cautelare, che, però, non si sia “comunicata” «al tipo di violazione riferibile al perimetro della garanzia affidata ad un altro membro dell'organizzazione»¹⁴⁴.

140. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, p. 15.

141. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, p. 6, il quale rileva la necessità di preservare «il rapporto tra l'ambito dei doveri propri del “garante” ed il tipo di inadempienza a questo o quell'altro compito rientrante nella sua sfera di attribuzioni».

142. Come rilevato in rapporto all'attività medico-chirurgica da G.A. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità*, *op. cit.*, p. 15, al singolo professionista «non si richiede nella logica di un siffatto scenario di incombenze “multiple” e sia pur interagenti tra loro – di impedire direttamente l'evento (oltre tutto, con il rischio di postulare irragionevoli ingerenze nei compiti ad altri spettanti), bensì di porre le condizioni maggiormente funzionali all'adozione di scelte da parte di terzi pur essi impegnati a “fare il possibile” perché il paziente riacquisti la salute o arrivi a recuperare, sia pur temporaneamente, un'accettabile qualità della vita».

143. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, p. 6.

144. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, p. 7, il quale, a titolo di esempio, rileva che il datore di lavoro che abbia operato una deficitaria valutazione dei rischi dovrebbe rispondere dell'infortunio patito dal lavoratore privo delle necessarie misure di protezione volte a fronteggiarli, «ma non invece dell'operato del dirigente che, nell'ambito delle attribuzioni conferite, non abbia tenuto conto, pur in assenza, in concreto, di tali maggiori rischi,



Si tratta di una soluzione di matrice “relazionale” volta ad evitare automatismi imputativi correlati all’inosservanza colposa del dovere di garanzia nelle strutture complesse: alla luce del principio di affidamento, il garante non sarà, infatti, rimproverabile ogni qualvolta «la difformità dal dovere di garanzia dipenda dall’essere stata la sua effettiva osservanza ostacolata e fuorviata dalle inadempienze proprie di altri soggetti di cui non era ragionevolmente ipotizzabile un comportamento scorretto ed irregolare»¹⁴⁵. È il corollario dell’acuta ricostruzione dell’impedimento dell’offesa in prospettiva autenticamente plurisoggettiva, in termini di «necessaria “seriazione” o catena teleologica atta a preservare il “campo” delle competenze ravvisabili all’interno della struttura»¹⁴⁶.

Il riferimento al carattere collettivo ed organizzato del fenomeno dell’impedimento dell’offesa nelle attività complesse e al principio di affidamento si rivela di particolare significato nell’economia della presente di indagine, offrendo spunti ricostruttivi che saranno sviluppati ulteriormente nel prosieguo della trattazione.

12.1. L’evento cagionato dalla cooperazione quale risultato della trama dei contributi strumentali

Nell’elaborazione teorica in esame ci si sofferma, altresì, sul significato che assume l’evento cagionato dalla cooperazione nelle organizzazioni complesse.

Sul presupposto che ivi – di regola – le condotte (commissive od omissive) dei singoli garanti non integrino una «violazione del tutto autosufficiente rispetto all’offesa», si ritiene necessario ricostruire la di-

delle capacità e delle condizioni del lavoratore (cfr. art. 18, lett. c), d.lgs. n. 81/2008) in vista del compito che doveva essergli affidato».

145. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 7, il quale rileva che se, da un lato, «sarebbe invero inaccettabile che il singolo garante debba essere onerato di un “dovere di sequela” destinato ad estendersi al controllo (o addirittura ad un intervento “sostitutivo”) rispetto a tutti gli altri adempimenti nella specie riscontrabili», dall’altro, «anche ipotizzando l’esistenza di una condotta inosservante, la presenza stessa di altri “garanti” non potrà non comportare la ricerca di un “nesso” tra il dovere disatteso e quello, posto a carico di costoro, destinato ad atteggiarsi quale complemento o sviluppo delle funzioni attribuite al soggetto inadempiente».

146. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 11.

namica concorsuale che qui assume, il più delle volte, il volto della cooperazione colposa¹⁴⁷.

L'evento dannoso è, infatti, l'esito cagionato dalla cooperazione¹⁴⁸, ossia l'accadimento che "coagula" la trama dei «contributi strumentali», così da «poter valutare il fatto commesso come accadimento venuto ad esistenza proprio in ragione del loro reciproco innestarsi nel mosaico partecipativo cooperante all'offesa»¹⁴⁹.

Com'è possibile costatare, la teoria in esame poggia sul convincimento secondo cui, soprattutto nelle strutture complesse, la dimensione causale sia destinata a divenire «precaria ed incerta, essendo difficile predicarla riguardo a condotte ormai destinate a "decomporsi" nel coacervo inestricabile del fenomeno "collettivo"»¹⁵⁰.

Si rileva come, nel sottolineare il profondo mutamento e la crisi del paradigma causale, la dottrina non tenga adeguatamente conto del fatto che «in realtà, sono le stesse caratteristiche del concorso tanto più, [...], se colposo, essendo questo una sorta di fenomeno "necessariamente plurisoggettivo" nella logica della complessità della struttura», a sollecitare la valorizzazione della «trama dei contributi strumentali» in alternativa al tradizionale modello causale¹⁵¹. Si osserva, infatti, che, nei contesti in esame, risulta, da un lato, difficile definire una data condotta materiale «in termini totalmente coincidenti con quelli caratterizzanti il rea-

147. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 8.

148. Sul rischio di indurre in fraintendimenti, laddove la colpa venisse riferita all'idea di una «condotta collettiva» tale da rendere sfumata ed incerta la decifrazione delle singole responsabilità, v. M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in «Diritto penale contemporaneo», 13.5.2019, p. 15, il quale analizza il rapporto tra fatto proprio e colpe collettive in riferimento al processo per il terremoto dell'Aquila.

149. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 8; come osservato da M. Di Florio, *La cooperazione colposa*, op. cit., p. 28, «ciò non significa che il profilo causale rimanga "oscurato" dall'evento, dal momento che resta imprescindibile stabilire il processo eziologico attraverso il quale si sia verificata l'offesa al bene giuridico. A tal fine, la definizione del contenuto funzionale della posizione di garanzia nelle organizzazioni complesse andrebbe valorizzata in chiave teleologica per selezionare, alla luce della c.d. doppia misura della colpa, i poteri-doveri destinati a giocare un ruolo preventivo, rispetto ai quali assume rilievo la stessa concretizzazione del rischio che la regola cautelare violata mirava a prevenire».

150. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 8.

151. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 8.



to monosoggettivo», dall'altro, riduttivo voler ricostruire la vicenda in termini rigidamente causali, trascurando che l'impedimento dell'evento non può prescindere dall'interazione di plurimi garanti¹⁵².

Nell'analizzare i profili del concorso omissivo e, in particolare, il rapporto che deve intercorrere tra l'omissione e le condotte di altri soggetti cooperanti all'illecito, si fa, dunque, ricorso al modello della strumentalità, quale criterio generale di selezione e individuazione del contributo concorsuale, alternativo al tradizionale paradigma causale¹⁵³. In ambito plurisoggettivo, il dato che qualifica la rilevanza dell'omissione viene, infatti, individuato nella obbiettiva funzionalità rispetto all'esito offensivo che non è stato impedito: nella logica della "funzionalità strumentale", non conta l'aver cagionato, bensì l'aver tenuto una condotta adeguata, ossia avente un significato strumentale nei confronti dell'illecito; per converso, l'azione doverosa omessa deve rivelarsi funzionale rispetto all'obbiettivo di impedimento dell'illecito.

Una simile impostazione si rivela densa di implicazioni e di riflessi avuto riguardo alla questione relativa alla concreta configurabilità di doveri di garanzia nei confronti di terzi: l'annosa problematica della potenzialità impeditiva dell'intervento richiesto dal soggetto ritenuto titolare di una posizione di garanzia si presta, infatti, ad essere considerata in una nuova luce.

Non si tratta soltanto di ribadire la necessità della titolarità di effettivi poteri impeditivi riconosciuti dalla legge. Nella misura in cui si faccia riferimento all'obbiettiva strumentalità dell'azione omessa rispetto all'impedimento del reato e alla concreta funzionalità della condotta doverosa rispetto alla finalità di evitare il reato altrui, sarà possibile, altresì, sia superare gli inconvenienti derivanti dalla dimensione congetturale e

152. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 8.

153. V. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2001, vol. II, p. 339 ss., il quale rileva come l'indagine circa la capacità di impedire il verificarsi dell'evento venga appunto ad integrare un modello di valutazione chiaramente ispirato alla logica della funzionalità "strumentale": nella misura in cui l'adozione doverosa – la quale non ha, ovviamente, causato alcunché – fosse tuttavia da considerarsi idonea a impedire il risultato offensivo, si potrà ben affermare ch'essa fosse appunto dotata di un coefficiente di adeguatezza, di funzionalità strumentale rispetto al raggiungimento di un simile obbiettivo.

stocastica assunta nella prassi dalla causalità omissiva, sia ricostruire su basi empiricamente più attendibili la verifica della rilevanza concorsuale della singola condotta.

12.2. La rivisitazione critica della categoria sistematica dei “poteri impeditivi” in capo al garante rispetto al risultato

Nel quadro di una concezione volta a ricostruire l’impedimento in senso plurisoggettivo e interattivo, assume notevole interesse la tesi della configurabilità di profili di responsabilità a carico di soggetti, privi di poteri decisionali e di gestione diretta del rischio, che sono chiamati, a diverso titolo, a cooperare all’impedimento dell’offesa, per effetto di doveri di informazione, segnalazione e allerta avverso situazioni di rischio.

Si ritiene che come «chi non deve decidere, ben potrebbe (e dovrebbe), tuttavia, provvedere ad “informare” circa la presenza di situazioni critiche di volta in volta ravvisabili all’interno della “casa comune” dell’ambiente di lavoro», parimenti, in ambito sanitario, in presenza di un’attività chirurgica in *équipe*, assuma rilievo «la sussistenza di un dovere d’intervento a carico di qualsiasi membro del gruppo, anche se collocato in posizione subalterna, al fine di evitare i danni derivanti da uno scorretto svolgimento delle funzioni collegate all’operazione intrapresa»¹⁵⁴.

Nella prospettiva in esame, sia i titolari di obblighi-poteri decisionali e di gestione diretta del rischio, sia i titolari di doveri di informazione, segnalazione, controllo, sarebbero, dunque, titolari di posizioni di

154. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 15, il quale si collega alle statuizioni delle Sezioni Unite della sentenza “Thyssenkrupp” con riguardo alla responsabilità penale del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, «sul presupposto che questi avrebbe ben potuto e dovuto segnalare ai vertici dell’impresa l’esistenza di rischi di cui tenere conto nelle scelte in materia di sicurezza». Secondo l’autore citato, tale «soluzione, d’altronde, appare plausibile nell’ottica della stessa valutazione della responsabilità del garante “superiore”, ed in particolare dell’eventuale esclusione (eventuale, perché tale da non rendere sempre incolpevole la mancata effettuazione di ulteriori, possibili controlli ad opera del destinatario) di un addebito sul piano soggettivo, a titolo di colpa, nei confronti di tale soggetto, malgrado questi avesse obiettivamente disatteso, a causa dell’omessa informazione, l’osservanza dei propri doveri di sicurezza».



garanzia, destinate ad interferire reciprocamente ed, eventualmente, a concatenarsi tra di loro nella vicenda lesiva.

Una simile impostazione si fonda sulla revisione critica del significato assunto «dalla (troppo spesso abusata) categoria sistematica del c.d. “potere impeditivo” rispetto al risultato»¹⁵⁵.

In chiave esemplificativa, si ritiene che, pur essendo privo di poteri decisionali e attuativi delle misure di tutela (compiti di competenza datoriale o dirigenziale), i responsabili della prevenzione, in quanto investiti del dovere di segnalazione di situazioni di rischio), vengano «pur sempre ad assumere il ruolo di “garanti” in grado di influire, *sotto questo profilo*, sulle determinazioni dei soggetti titolari della funzione di attuare le predette misure di sicurezza», con la conseguenza che, nel caso in cui i predetti soggetti non si siano attivati in tal senso, non si ritiene «ragionevole escludere una loro responsabilità per l'esito offensivo verificatosi»¹⁵⁶.

La predetta interpretazione estensiva del concetto di “potere impeditivo” non comporterebbe necessariamente una dilatazione dell'ambito delle responsabilità penali, ma anzi contribuirebbe al loro riequilibrio e razionalizzazione: a titolo di esempio, in riferimento al caso del preposto, si fa notare come il potere-dovere impeditivo esercitabile *in loco* da tale soggetto «difficilmente potrebbe essere, questa volta, predicato *in quanto tale* in capo al datore di lavoro, se non nell'ottica – francamente inaccettabile – di dover “seguire” passo passo l'attività lavorativa, in contrasto con la stessa distribuzione di compiti caratterizzanti la relativa sfera di garanzia»¹⁵⁷.

155. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, p. 13 ss., il quale sottolinea «l'opportunità – da non pochi evidenziata – che le posizioni di garanzia debbano, non soltanto, vedere preservata la loro importanza nel definire gli ambiti delle funzioni riservate ai soggetti facenti parte della struttura (come pure, vale la pena ricordarlo, di soggetti c.d. esterni, quali, ad es., i fabbricanti, fornitori, installatori, *et similia*, in relazione alle attrezzature e ai dispositivi di protezione dell'incolumità sui luoghi di lavoro), ma anche, se possibile, venire più accuratamente definite e tipizzate, pur senza arrivare a postulare una sorta di potenziale “taumaturgico” di tali tecniche d'intervento».

156. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, p. 13.

157. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, p. 13 ss., secondo il quale «i c.d. “poteri impeditivi” esercitabili *in loco* da parte del preposto ben potrebbero essere tali da fondarne la responsabilità (cfr. art. 33, d.lgs. n. 81) per aver consentito, ad es., la ripresa dell'attività in

12.3. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto precede, è, dunque, possibile rilevare che l'inquadramento della cooperazione colposa fondato sui nessi di correlazione funzionale tra posizioni di garanzia e sulla dimensione plurisoggettiva e complessiva dell'"impedimento", implichi l'attribuzione del ruolo di garante in capo ad ogni intraneo all'organizzazione (o all'attività complessa) che risulti gravato di un dovere giuridico di agire – correlato funzionalmente ad altrui obblighi di intervento – la cui omissione si riveli obbiettivamente strumentale rispetto all'esito offensivo non impedito.

Se, singolarmente considerata e in ottica monosoggettiva, la condotta omissiva del soggetto privo di poteri decisionali e di gestione diretta del rischio risulta priva di rilevanza penale, la visione dinamica ed integrata della cooperazione (omissiva) appare in grado di valorizzare la funzione incriminatrice che l'art. 113 c.p. è suscettibile di sviluppare in rapporto alle omissioni realizzate in contesti organizzati o complessi da soggetti che non risultano direttamente investiti di poteri gestione del rischio.

In seguito, si tratterà di verificare se e in che misura la posizione di tali operatori possa essere – effettivamente – qualificata in termini di *Garantenstellung* o se sia, invece, preferibile ricorrere ad una diversa prospettiva di inquadramento, facente leva sulle potenzialità tipizzanti della fattispecie plurisoggettiva eventuale, che renda non più necessaria la declinazione estensiva del concetto di "garante".

Rivolgendo uno sguardo finale al dibattito in tema di cooperazione omissiva, può rilevarsi come dalle linee di tendenza prasseologiche e dalle concezioni teoriche volte a interpretare in senso "estensivo" i concetti di "posizione di garanzia" e di "potere impeditivo" al fine di responsabilizzare soggetti titolari di funzioni non direttamente correlate all'impedimento dell'evento, emerga il rischio del "livellamento" di situazioni e posizioni soggettive diverse.

Una sorta di "generalizzazione" della nozione di *garante* – indubbiamente propiziata dalla teorica della "gestione del rischio" – che compor-



ta l'erosione e la perdita di selettività sottesa a tale categoria sistematica e il rischio della moltiplicazione incontrollabile di "ruoli di garanzia" delineati in modo incerto e indeterminato.

Uno sguardo d'insieme

Sommario: 1. Profili caratterizzanti. - 2. Partecipazione omissiva all'altrui reato omissivo improprio. - 3. La titolarità di una posizione di garanzia quale requisito imprescindibile della responsabilità penale a titolo di concorso omissivo. - 3.1. L'abnorme dilatazione della posizione di garanzia nell'elaborazione prasseologica. - 3.2. Le impostazioni dottrinali: profili di divergenza e di convergenza. - 3.3. L'ottica riduttivamente "monosoggettiva" sottesa alla ricostruzione della posizione di garanzia e dei correlativi poteri di impedimento. - 3.4. La riduttiva considerazione delle potenzialità applicative del modello plurisoggettivo. - 4. Il dogma causale. - 5. Il dogma dell'accessorietà.

1. Profili caratterizzanti

Alla luce della sintetica ricostruzione della *status quaestionis* in tema di partecipazione omissiva, è, a questo punto, possibile mettere a fuoco alcuni dati qualificanti e alcune criticità emergenti dal quadro di insieme.

A partire dalla "complessità" della nozione di "pluripersonalità", che, come è stato sottolineato, «è data non da una mera sommatoria di individui, ma dalla dinamica delle loro relazioni e delle articolazioni che da esse si originano»¹, per giungere, infine, alla rilevanza cruciale assunta dal fattore organizzativo-relazionale nella ricostruzione della condotta impeditiva.

1. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 42.



2. Partecipazione omissiva all'altrui reato omissivo improprio

Un primo aspetto problematico emergente dalla ricognizione del dibattito interno è dato dalla scarsa considerazione riservata al concorso omissivo nell'altrui omissione.

Come si è potuto costatare nei due capitoli precedenti, nella maggior parte dei casi l'attenzione è rivolta al concorso mediante omissione nel reato commissivo e alla cooperazione omissiva nel reato commissivo.

L'attenzione riservata in modo pressoché assorbente al fenomeno della partecipazione omissiva al reato commissivo ha fatto sì che rimangano in ombra aspetti e questioni di indubbio interesse, meritevoli di approfondimento e di riconsiderazione in chiave sistematica.

Si tratta, dunque, di verificare se e con quali limiti o modalità dottrina e giurisprudenza abbiano ipotizzato la configurabilità di una partecipazione omissiva (dolosa o colposa) nell'altrui reato omissivo.

Il fenomeno del concorso mediante omissione nel reato omissivo (improprio) assume un ruolo alquanto marginale e, viene, perlopiù, circoscritto all'ipotesi in cui più soggetti, tutti gravati un obbligo giuridico di garanzia, si accordino al fine di non adempiere i propri obblighi, ossia al concorso di garanti nel reato omissivo improprio (si pensi, ad es., al caso dei genitori che di comune accordo lascino morire di fame il figlio minore). Si tratta di ipotesi ricondotte allo schema della coautoria: in quanto – singolarmente considerato – titolare di una posizione giuridica di garanzia, ciascun concorrente risponderebbe già – ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. e della fattispecie di parte speciale – di omesso impedimento, cosicché la norma concorsuale svolgerebbe una funzione squisitamente disciplinare. Talora, nell'ipotesi di omissione da parte di più garanti, si giunge, addirittura, a prescindere dalla necessità di ricorrere alle norme in materia di concorso di persone: ad es., nel caso di delega di funzioni, si è ritenuto che delegante e delegato rispondano di omesso impedimento dell'evento lesivo a titolo monosoggettivo².

2. V. T. Vitarelli, *Delega di funzioni*, op. cit., p. 436 ss.

Nel complesso, si può rilevare come quello della partecipazione mediante omissione nell'omesso impedimento di un evento/reato sia un tema ancora relativamente inesplorato e, certamente, trascurato: le ragioni "di fondo" del mancato approfondimento sono facilmente individuabili nella pretesa eccezionalità della responsabilità omissiva e nell'asserita necessità di soddisfare l'esigenza di frammentarietà della norma penale.

In realtà, com'è stato osservato, la questione concernente l'inquadramento dell'ipotesi in cui la condotta illecita non impedita assume i contorni di un'omissione non presenta peculiarità di rilievo: se sul soggetto incombe l'obbligo di impedire la commissione di un reato, dovrebbe risultare indifferente il fatto che la condotta oggetto dell'obbligo di impedimento sia costituita da un'omissione o da un'azione in senso stretto³.

L'omesso impedimento del reato commesso mediante omissione può assumere rilievo ai sensi degli artt. 40, comma 2, 110 (o 113) c.p.?

Quale contenuto può assumere l'obbligo di impedire l'altrui reato omissivo?

Si richiede che il soggetto si sostituisca al soggetto obbligato, tenendo in sua vece la condotta doverosa oppure è sufficiente che il primo favorisca o agevoli l'attivazione del secondo?⁴

Quali sono i poteri-doveri in grado di fondare la titolarità di una simile *Garantenstellung*?

È necessario riscontrare un potere-dovere di sostituirsi al terzo nell'adempimento dell'obbligo di impedimento o è sufficiente accertare la possibilità di attivare strumenti o meccanismi idonei a conseguire il medesimo esito?

Com'è possibile constatare, si tratta di interrogativi di particolare importanza e problematicità, ai quali si cercherà di dare una risposta adeguata nel prosieguo dell'indagine.

3. V. A. Massaro, *La responsabilità colposa*, op. cit., p. 149.

4. 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.



3. La titolarità di una posizione di garanzia quale requisito imprescindibile della responsabilità penale a titolo di concorso omissivo

Aldilà delle diverse prospettive o tendenze ermeneutiche, un primo aspetto comune e caratterizzante è rappresentato dal diffuso convincimento che in tanto si possa rispondere di partecipazione mediante omissione in quanto si sia titolari di una posizione giuridica di garanzia, fondata su obblighi-poteri di prevenzione e impedimento dell'evento lesivo.

La carenza o la difficile disponibilità o praticabilità di poteri impeditivi immediatamente o direttamente impeditivi del risultato dannoso ha innescato una duplice ed antipodica reazione.

Da un lato, soprattutto nel diritto vivente, si registra l'estensione del concetto di "garante" e la correlativa dilatazione del novero soggetti obbligati ad impedire, attuate mediante la riconsiderazione riduttiva e attenuativa della valenza impeditiva dei poteri a disposizione del soggetto, in funzione di protezione dei beni protetti e di ampliamento dei soggetti potenzialmente responsabili.

Dall'altro, nella dottrina dominante, si ribadisce, in funzione di garanzia, la necessità di distinguere tra veri e propri obblighi-poteri di impedimento e obblighi-poteri di controllo/sorveglianza e informazione/segnalazione, circoscrivendo ai titolari dei primi la sfera di responsabilità penale del concorrente omissivo ed escludendo che i titolari dei secondi possano rispondere *ex artt. 40, comma 2, 110 o 113 c.p.* in caso di inadempimento dei propri obblighi.

In difetto della previsione di reati omissivi propri *ad hoc*, il "nervo scoperto", il profilo altamente problematico e divisivo, è rappresentato dalla rilevanza attribuibile all'inadempimento colpevole di doveri la cui (ipotetica) osservanza non risulti "impeditiva" in senso stretto dell'evento (o dell'evento reato).

3.1. L'abnorme dilatazione della posizione di garanzia nell'elaborazione prasseologica

Nella prassi, dunque, partecipe mediante omissione non viene considerato soltanto il detentore di poteri autenticamente impeditivi ma

anche il soggetto, che per la propria posizione funzionale e per gli obblighi ad essa correlati, sia in grado di condizionare o influenzare decorsi causali, processi decisionali o di analisi/gestione del rischio, procedure di prevenzione del rischio reato, ecc., in funzione dell'attenuazione/minimizzazione del *quantum* di lesività.

Si tratta di un'impostazione volta all'ampliamento della platea dei potenziali responsabili e alla semplificazione della ricerca dei garanti. Avuto riguardo alle strutture organizzate, l'elevatezza del livello in cui si procede alla ricerca del "garante" è, spesso, direttamente proporzionale al *quantum* di offesa, anche se la complessità dei meccanismi decisionali e operativi all'interno di tali strutture non sempre consentono di modulare *a priori* l'azione impeditiva⁵.

Il predetto processo di semplificazione ed estensione imputativa poggia sulla flessibilizzazione della nozione di "impedimento" (letteralmente: mettere i ceppi ai piedi): si deve, infatti, prendere atto del carattere polisenso e polivalente assunto da tale concetto nell'elaborazione prasseologica, che finisce per assumere i contorni di "intervento" sulla situazione data, in termini quanto mai indeterminati⁶.

"Impedire" può, infatti, significare ora evitare, neutralizzare, rendere impossibile, ora frapporre ostacoli o difficoltà, ostruire, intralciare, contrastare, ora opporsi o manifestare resistenza, ora attenuare o mitigare gli effetti di un evento lesivo, ora, infine, differire in modo significativo il verificarsi di predette conseguenze negative o, più genericamente, cooperare al risultato più favorevole per il bene giuridico.

Un'ampia gamma di significati e di accezioni che si riflettono sull'individuazione e sull'intensità dei poteri necessari all'integrazione della corrispettiva posizione di garanzia⁷, in termini di elevata – e sovente indefinita – graduabilità.

5. V. C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 670.

6. Sul significato e sul contenuto dell'obbligo di intervento richiesto al garante, v. F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006, p. 1281 ss.

7. Sul tema dell'intensità del potere impeditivo v. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 195.



Per effetto di tale impostazione, la mancata riduzione del rischio o il mancato assolvimento dei doveri di controllo possono entrare a vele spiegate nel circuito imputativo del concorso omissivo, sulla base di considerazioni assiologiche, fondate, sovente, su aspettative e doveri etico-sociali di tutela e di contrasto di condotte illecite⁸.

L'equiparazione normativa tra cagionare e non impedire è compatibile con la molteplicità di accezioni e significati di "impedimento" emergenti nella prassi?

Il disvalore dell'omesso impedimento – in senso stretto – dell'evento può davvero essere equiparato a quello del mancato intervento del soggetto obbligato?

In riferimento alle organizzazioni complesse, la forte vocazione espansiva e la sovraesposizione che la *Garantenstellung* registra nell'elaborazione giurisprudenziale, trovano espressione in quelle che la dottrina chiama posizioni di garanzia "*omnibus*", costruite su paradigmi aperti e a contenuto totalizzante: macro-vincoli di tutela che chiamano i loro sventurati titolari a rispondere per qualsiasi evento si verifichi, anche se indominabile⁹.

Quella di natura aziendale è, sovente, infatti, una posizione di garanzia unitaria e omnicomprensiva, che trascura la divisione del lavoro, la dimensione organizzativa, l'articolazione in fasi della gestione del rischio. In difetto di una formalizzazione tipizzante, il rapporto di garanzia viene ricostruito sulla base di un metodo unitario-sintetico, di matrice intuizionistica¹⁰.

A pesare, in sede di individuazione dei potenziali responsabili, non è tanto la condotta, quanto la posizione o il ruolo rivestito dal soggetto e, soprattutto, l'inadempimento dei doveri funzionali.

Il rischio, evidente, sotteso ad una simile impostazione è quello dell'indebito livellamento e dell'arbitraria generalizzazione del vincolo di tutela idoneo a generare una responsabilità a titolo di partecipazione omissiva. Per effetto della grave perdita di selettività del concetto di ga-

8. V. M. Riverditi, *L'obbligo di impedire l'evento*, op. cit., p. 748.

9. V. C.E. Paliero, *Le posizioni di garanzia*, op. cit., p. 72.

10. V. G. Civello, *Il principio del sibi imputet*, op. cit., p. 231, nt. 78.

rante e della crisi di discrezionalità della correlativa nozione di potere im-peditivo, il novero dei soggetti che possono essere chiamati a rispondere di omesso impedimento dell'altrui reato è destinato ad allargarsi indefinitamente, dando luogo alla moltiplicazione, incontrollabile, di ruoli di garanzia non sufficientemente delineati; in tal modo, l'incapacità di prevenzione di eventi offensivi si "scarica" sui "garanti", rei di aver deluso l'aspettativa di intervento, in accordo all'idealtipo del "capro espiatorio".

Come si è visto, tale processo di responsabilizzazione si iscrive in un'ottica ancora essenzialmente "monosoggettiva", incentrata sulla funzione incriminatrice dell'art. 40, comma 2, c.p.: alle norme concorsuali si ricorre, infatti, perlopiù, in funzione disciplinare.

3.2. Le impostazioni dottrinali: profili di divergenza e di convergenza

In ambito dottrinale, è possibile, in sostanza, mettere a fuoco due indirizzi ermeneutici in ordine alla rilevanza penale del concorso omissivo: il primo, maggioritario, di segno restrittivo, il secondo, minoritario, di segno estensivo.

Come si è potuto constatare, in tema di partecipazione mediante omissione al reato commissivo, in dottrina si tende a circoscrivere il concorso omissivo ai soli casi in cui l'obbligo di garanzia sia contraddistinto dalla presenza di definiti ed effettivi poteri im-peditivi dell'evento, con esclusione degli obblighi di controllo sull'altrui operato che si concretizzano nel dovere di ostacolare l'attività illecita di terzi, in difetto di specifici poteri interdittivi sull'altrui condotta criminosa¹¹.

Sulla base di predetta distinzione tra obblighi di garanzia ed obblighi di sorveglianza, si esclude, dunque, che la mera violazione dell'obbligo di sorveglianza possa fondare una responsabilità per concorso omissivo: a tale conclusione si perviene per effetto dell'asserita irrilevanza di forme di "agevolazione" negativa dell'evento-reato che esulino assiologicamente dall'ambito di operatività dell'art. 40, comma 2, c.p.¹². Come è

11. Cfr L. Riscicò, *Combinazione ed interferenza*, op. cit., p. 410 ss.

12. V. L. Riscicò, *Combinazione ed interferenza*, op. cit., p. 412.



stato rilevato in dottrina, la tesi dell'inammissibilità – in rapporto ad una condotta omissiva – di forme di partecipazione diverse dalla correatità è, peraltro, condizionata dall'influenza in tal senso esercitata da un sistema – quello tedesco – che, come è noto, prescinde dal modello della fattispecie plurisoggettiva eventuale: nel contesto della delicata distinzione tra *Täterschaft* e *Beihilfe*, si esclude la rilevanza penale della complicità omissiva, salvo che quest'ultima non integri estremi della complicità psichica nel fatto del terzo¹³. Al di fuori della clausola di equivalenza tra agire ed omettere e in difetto di una vera e propria posizione di garanzia non sarebbero, quindi, configurabili forme di mera agevolazione negativa del fatto illecito altrui¹⁴. A tale diffusa opinione si accompagna, spesso, il convincimento che, in ogni caso, l'omittente non possa essere considerato correo nella realizzazione di un reato di evento causalmente orientato e che al binomio di cui agli artt. 40 comma 2 e 110 c.p. debba attribuirsi una mera funzione di disciplina¹⁵.

Il corollario di tale impostazione è evidente: salva la previsione di reati omissivi propri, la condotta omissiva del controllore-sorvegliante, privo di effettivi e diretti poteri impeditivi è destinata, dunque, a rimanere impunita, per effetto dell'art. 40, comma 2, c.p.¹⁶. *De jure condito*, tale vuoto repressivo non sarebbe, dunque, colmabile: l'omissione realizzata da soggetti ritenuti non gravati da un obbligo di garanzia è destinata a risultare irrilevante. Si tratta di una conclusione ritenuta inevitabile, ma difficilmente giustificabile dal punto di vista politico criminale, in considerazione del fatto che il sorvegliante è anch'egli un soggetto qualificato, cui l'ordinamento affida la tutela di determinati beni giuridici¹⁷.

13. Per una sintetica rassegna delle principali impostazioni della dottrina tedesca in materia di concorso omissivo, v. L. Riscato, *Combinazione ed interferenza*, op. cit., p. 414 ss.; A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 207 ss.

14. V. L. Riscato, *Combinazione ed interferenza*, op. cit., p. 445.

15. V. L. Riscato, *Combinazione ed interferenza*, op. cit., p. 449.

16. V. L. Riscato, *Combinazione ed interferenza*, op. cit., p. 413; nel senso che, non adempiendo al proprio obbligo, il sorvegliante non sarebbe in grado di fornire un contributo causale in senso penalistico al reato commesso da terzi, v. I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, op. cit., p. 372.

17. V. T. Vitarelli, *Delega di funzioni*, op. cit., p. 382, secondo la quale la violazione dell'obbligo di sorveglianza sarebbe priva *de jure condito* di rilievo penale.

La tesi secondo cui non sarebbe possibile considerare concorsualmente tipiche condotte negative poste in essere da chi non rivesta una posizione giuridica di garanzia è condivisa anche da coloro i quali criticano, da un lato, il tentativo di limitare l'ambito del concorso omissivo tramite la suddivisione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza e, dall'altro, l'asserita necessità di intensificare il potere impeditivo¹⁸. Come si è visto, si sostiene, invece, la configurabilità di *Garantenstellungen* qualificate da poteri impeditivi mediati o indiretti, nell'ambito di attività proceduralizzate, ovvero posizioni di garanzia che non implicino un dominio sul fatto e, con questo, l'autoria, ma solo una *Beihilfe*¹⁹: «un contegno passivo integrerebbe la compartecipazione criminosa, qualora il suo autore, ove avesse agito, avrebbe soltanto reso più difficile la realizzazione del fatto da altri commesso (criterio della c.d. "*Taterschwerung*")»²⁰.

A mutare, rispetto all'opinione dominante in ambito interno, è, dunque, la nozione di *Garantenstellung*, ma non la funzione assegnata alla norma concorsuale: anche in questo caso, si ritiene, infatti, che «la posizione di garanzia è, infatti, un requisito necessario della tipicità di ogni omissione penalmente rilevante ai sensi dell'art. 40 comma 2 c.p., anche dove la portata di quest'ultima norma sia dilatata [...] per effetto della combinazione con l'art. 110 c.p.»²¹.

A differenza della tesi dominante, per effetto della dilatazione del concetto di "garanzia", l'omissione del soggetto obbligato a sorvegliare, informare, segnalare, ecc., non rimarrebbe priva di rilevanza penale,

18. Cfr. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 216.

19. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 212 ss., secondo il quale ravvisare «l'estremo della *Garantenstellung* in capo a un concorrente passivo è questione distinta da quella riguardante il tipo e grado di influenza che il concorrente in questione avrebbe potuto esercitare sull'accaduto».

20. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 213.

21. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 196, in riferimento a G. Marinucci, E. Dolcini., *Manuale di diritto penale*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 360 ss.; 368; *contra*: I. Caraccioli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2^a ed., Padova, Cedam, 2005, p. 617 ss., a giudizio del quale la partecipazione omissiva deve essere ammessa a prescindere da un obbligo giuridico di impedimento, sul presupposto che l'art. 40 comma 2 c.p. si limita a prevedere la necessità di un nesso causale tra l'omissione e l'evento, in modo tale da non potere interferire con l'art. 110 c.p., «che è norma sui soggetti».



bensì, fonderebbe direttamente una responsabilità *ex art. 40, comma 2, c.p.*, a titolo di omesso impedimento dell'evento-reato, con la persistente valenza disciplinare delle norme concorsuali.

3.3. Lottica riduttivamente “monosoggettiva” sottesa alla ricostruzione della posizione di garanzia e dei correlativi poteri di impedimento

A ben vedere, dunque, le – sia pur diverse – impostazioni rilevabili in dottrina e in giurisprudenza convergono nell'escludere che l'inosservanza dell'obbligo di sorveglianza/informazione possa rilevare come contributo “agevolatore”: o perché a tale condotta non sarebbe sotteso un obbligo di garanzia “in senso stretto” (ritenuto indispensabile *ex art. 40, comma 2, c.p.*) o perché tale condotta sarebbe già compresa nello spettro di una *Garantenstellung* per la cui titolarità non sarebbero necessari poteri impeditivi diretti o immediati.

A noi pare che, in tal modo, la ricostruzione dei requisiti e dei connotati della posizione di garanzia finisca con il venire operata in una prospettiva atomistica, strettamente – e riduttivamente – monosoggettiva, senza tenere conto, da un lato, della concatenazione dei doveri di intervento (e dei nessi di correlazione tra *Garantenstellungen*), dall'altro, dell'effetto performante prodotto dall'interazione dell'art. 40, comma 2, c.p. con le norme concorsuali.

In altri termini, nell'ambito del concorso omissivo, la posizione del soggetto obbligato, la consistenza e l'intensità dei poteri impeditivi, tendono ad essere prese in considerazione direttamente in rapporto all'evento (o al reato) da impedire, senza che si tenga adeguatamente conto della dimensione plurisoggettiva, del contesto interattivo e organizzativo, in cui tale omissione è strutturalmente e funzionalmente calata.

Se è indubbio che nella sfera monosoggettiva sia necessario attenersi all'interpretazione restrittiva²² di potere impeditivo, inteso come potere di intervento diretto ed immediato, in grado di evitare, ritardare (o attenuare) significativamente l'evento (o la sua lesività), quali riflessi com-

22. Cfr. A. Massaro, *La responsabilità colposa*, *op. cit.*, p. 274.

porta sulla tipicità il fatto che ad avere omesso di intervenire siano stati più soggetti obbligati ad agire e funzionalmente chiamati ad operare in organizzazioni complesse?

La nozione di “potere impeditivo” è destinata ad assumere il medesimo significato in ambito monosoggettivo e in quello plurisoggettivo? Oppure la nozione di “impedimento” deve essere riconsiderata specificamente in ottica plurisoggettiva, in una visione di insieme che tenga conto del complesso degli obblighi di agire, della distribuzione e della coordinazione reciproca di ruoli e di funzioni?

La tesi che si intende sviluppare è che se, da un lato, nel sostenere che – in difetto di poteri impeditivi diretti e immediati – l’inosservanza di meri obblighi di sorveglianza risulti penalmente irrilevante, *si dica troppo poco*²³, dall’altro, nel ritenere estensivamente “garante” il titolare di poteri impeditivi mediati o indiretti²⁴, *si dica, invece, troppo*.

Come si cercherà di dimostrare, le norme concorsuali sono, infatti, idonee ad incidere estensivamente sui confini di tipicità dell’omissione impropria, con significativi riflessi sul piano dell’accertamento dei poteri-doveri impeditivi, a riprova sia dell’inammissibilità dell’estensione prasseologica e dottrinale della nozione di “posizione di garanzia”, sia dell’infondatezza delle tesi dottrinali volte a far dipendere la responsabilità a titolo di concorso omissivo – esclusivamente – dalla distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza.

23. In riferimento agli obblighi di garanzia rispetto a condotte altrui (e alla loro violazione da parte dei destinatari), considerati la «cifra qualificante della [...] distinzione del modello concorsuale rispetto a quello della fattispecie monosoggettiva, si è osservato che la difficoltà o impossibilità di intervenire *omisso medio* sulla realizzazione del fatto non implica punto che i titolari dell’obbligo possano “giocare di rimessa”, per così dire, trincerandosi dietro la mancanza di illimitati “poteri impeditivi” per giustificare atteggiamenti di noncuranza verso l’operato di terzi, in violazione dell’obbligo di esplicitare quella necessaria vigilanza sullo svolgimento dell’attività» (G.A. De Francesco, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 661).

24. V. A. Nisco, *Posizioni di garanzia*, *op. cit.*, p. 172; S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, *op. cit.*, p. 81.



3.4. La riduttiva considerazione delle potenzialità applicative del modello plurisoggettivo

In un'indagine volta ad approfondire i contenuti e le peculiarità che l'omesso impedimento dell'evento (o del reato) assume nell'ambito delle organizzazioni complesse, un ruolo fondamentale è destinato ad esercitare il modello plurisoggettivo.

In dottrina si è sottolineato come, nel diritto penale d'impresa, tale paradigma mostri, «nell'applicazione aspetti largamente insoddisfacenti», palesando, da un lato, la scarsa «capacità del modello penalistico concorsuale di accogliere razionalmente la formazione delle decisioni nelle organizzazioni complesse e la reale partecipazione nell'ambito degli organi collegiali», dall'altro, «la sostanziale estromissione, ricorrente nella giurisprudenza, dell'affidamento nel comportamento altrui all'interno di attività organizzate e tecnicamente complesse, nelle quali la fiducia è condizione implicita e indispensabile»²⁵.

Come è stato osservato, tale estromissione viene attuata «in nome della tutela dei beni giuridici, agganciata a posizioni di garanzia che impongono sempre, si dice, una consapevole, attenta sorveglianza, sconfessata dalla realizzazione del fatto temuto»²⁶.

Si tratta di due rilievi di particolare interesse di cui si dovrà tenere conto nella rivalutazione del “peso” e della portata “tipizzante” che il modello plurisoggettivo è in grado di assumere nell'ambito del concorso omissivo.

Alcuni fattori hanno, finora, impedito o, comunque, ostacolato l'emersione di tali potenzialità applicative. Essi sono riconducibili a due “dogmi” che, in modo più o meno espresso e talora congiuntamente, hanno condizionato gli sviluppi dottrinali e prasseologici: da un lato, il ricorso al criterio causale nell'individuazione del contributo obiettivamente rilevante; dall'altro, il paradigma dell'accessorietà.

25. A. Alessandri, *Attività d'impresa, op. cit.*, p. 561.

26. A. Alessandri, *Attività d'impresa, op. cit.*, p. 561.

4. Il dogma causale

Dal primo punto di vista, la tradizionale applicazione del criterio causale al fenomeno del concorso di persone appare destinata ad andare incontro a innumerevoli e insuperabili difficoltà²⁷.

Nel predicare la dimensione causale della condotta atipica di concorso non si tiene conto del fatto che, come è stato osservato, «il tipo di relazione intersubiettiva che la qualifica si sostanzia, necessariamente, in un rapporto – non direttamente con l'evento, bensì – con altre condotte»: in ambito concorsuale, non si ha che a fare con la spiegazione sul piano naturalistico di sviluppi eziologici in direzione dell'evento, suscettibili di essere “coperti” da una legge scientifica di copertura che ne attesti la ripetibilità e la connessione rispetto all'esito dannoso²⁸.

La verifica della sussistenza di una partecipazione criminosa viene condotta sulla base di un criterio di “generalizzazione” fondata su leggi causali, di un paradigma “nomologico”, la cui asserita “universalità” si scontra con la constatazione che nel concorso di persone ad assumere rilievo è il rapporto, l'interrelazione, tra le condotte dei partecipi, come tali non assimilabili ad “eventi”²⁹.

Come conciliare il rigore sotteso alle leggi scientifiche con il carattere necessariamente “individualizzante” del giudizio in ordine alla sussistenza di una partecipazione criminosa?

A ben vedere, l'abusato criterio causale si rivela uno pseudo-strumento di garanzia, tenuto conto delle inevitabili involuzioni e flessibilizzazioni che tale parametro registra (non solo nella prassi) in direzione dell'aumento del rischio, della mera idoneità *ex ante* della condotta omissiva a rendere più agevole la commissione del reato, della crescente “processualizzazione” del concetto di contributo concorsuale³⁰.

27. Sull'insufficienza del criterio causale, v. A di Martino, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, in «L'indice penale», 4, 1, 2001, p. 140 ss.; per una sintesi delle soluzioni “non causali” elaborate nella dottrina italiana. V. P. Coco, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli, Jovene, 2008, p. 87 ss.

28. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, p. 4.

29. V. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in «Cassazione penale», 62, 11, 2012, p. 3914.

30. Cfr. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 57.



A confermare la vacuità ed inespressività del dogma causale in ambito concorsuale è, inoltre, la palese inadeguatezza e inutilizzabilità che tale criterio palesa sul piano empirico-criminologico ed applicativo proprio nei contesti privilegiati dalla presente indagine, ossia in riferimento ad attività svolte in organizzazioni complesse in cui un ruolo fondamentale sono destinate ad assumere l'individuazione dei ruoli e delle funzioni degli operatori e l'articolazione interna dei contributi.

Se, avuto riguardo alla responsabilità concorsuale nell'ambito dell'attività medico-chirurgica, si devono fare i conti con la pregnante relazionalità del contesto operativo, con «lo snodarsi delle condotte rilevanti attraverso una successione di comportamenti, ora attivi, ora omissivi»³¹, con il fatto che «l'opera del sanitario è inevitabilmente inter- e plurisoggettiva»³², nell'ambito della criminalità di tipo economico, la frammentazione dei centri decisionali e la parcellizzazione dell'*iter* formativo della volontà, il concatenarsi dei ruoli nelle distinte fasi dell'attività produttiva, sono costanti socio-criminologiche destinate a ratificare la sterilità e l'improduttività del dogma causale in ambito concorsuale.

Come è stato sottolineato,

la “massa” delle incombenze all'interno dell'organizzazione imprenditoriale – il concatenarsi di ruoli dislocati nel complesso sviluppo di numerose e distinte “fasi” dell'attività produttiva (ivi inclusi quelli connessi a doveri di garanzia variamente “distribuiti” all'interno dell'organizzazione) – rende davvero ardua, alla fine del percorso, l'individuazione di colui (o di coloro) che abbiano tenuto la “condotta” – o le condotte – destinate a fungere propriamente da “cause” del fatto lesivo in quanto tale³³.

Nell'insieme, il criterio causale si rivela, infatti, incapace di “decifrare” e assorbire le specificità delle dinamiche dei fenomeni plurisoggettivi e i rapporti tra le funzioni e le condotte dei singoli garanti, quali emergono nel nostro tempo, propiziando l'approdo a soluzioni imputative in

31. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3926.

32. V. A. Vallini, *La ricostruzione del nesso di causalità nell'attività medica*, in *Medicina e diritto penale*, op. cit., p. 147 ss.; 152 ss.; 203.

33. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3929.

contraddizione sia con esigenze applicative, sia con le garanzie fondamentali al cui rispetto è subordinata la responsabilità penale.

Da quest'ultimo punto di vista, è stato rilevato che, in attesa di una definizione normativa delle *Garantenstellungen* in seno all'organizzazione, «la tensione preventiva dei modelli e dei protocolli “generati” in seno all'ente collettivo» rischia di «precludere ad una indiscriminata estensione degli stessi livelli individuali di responsabilità, oscurando il profilo “qualitativo” di determinate (e circoscritte) attribuzioni funzionali in favore di un incremento quantitativo di “garanti” tutti potenzialmente esposti al rischio di conseguenze penali»³⁴.

La conseguente incentivazione di “responsabilità di posizione” si pone in contrasto non soltanto con l'art. 27, comma 1, Cost., ma – ancor prima – con la garanzia che ad essere addebitato sia un “fatto proprio”, ex art. 25, comma 2, Cost.

5. Il dogma dell'accessorietà

Le osservazioni che precedono hanno consentito di rilevare come, al fine di allargare il novero dei centri di imputazione della responsabilità penale, l'orientamento dominante tenda ad estendere la gamma delle posizioni di garanzia e a moltiplicare le figure di “garanti”, per evitare vuoti di responsabilità (la vicenda relativa al RSSP è paradigmatica).

Lo stretto connubio tra cooperazione omissiva e titolarità di una *Garantenstellung* è la risultante del peso e della funzione attribuiti, più o meno consapevolmente, allo schema tradizionale dell'accessorietà³⁵.

34. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3934.

35. Sul dogma dell'accessorietà, v., in senso critico, v. T. Padovani, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 20 ss.; Id., *Plurisoggettività*, op. cit., p. 21; secondo F. Consulich, *Errare commune est*, op. cit., p. 7, «non si può negare che la tradizionale, ma non certo esausta, teoria dell'accessorietà si riveli la più efficace e concettualmente nitida anche sul piano del concorso colposo, sempre tenendo presente che essa non serve a individuare i comportamenti punibili, poiché a ciò provvede la causalità unitamente al nesso di rischio riferito alla specifica cautela violata, ma piuttosto a decifrare con maggiore semplicità il comportamento penalmente rilevante collocandolo entro coordinate di garanzia da tutti ormai condivise (principio di responsabilità per fatto proprio, materialità e colpevolezza *in primis*): per rilevare penalmente la condotta del partecipe (che non sia coautore) deve porsi in una condizione di dipendenza, quanto al suo significato, rispetto all'azione dell'autore,



Avuto riguardo al fenomeno del concorso omissivo, il condizionamento esercitato dal binomio “principale-accessorio” traspare nella ricorrente idea che, anche in ambito plurisoggettivo, per “omittente” debba intendersi soltanto il titolare della posizione della garanzia, ossia il soggetto gravato dall’obbligo di impedimento e al contempo dotato di poteri impeditivi.

In tal modo, non soltanto, come si è visto, il concorso omissivo assume, perlopiù, i contenuti del concorso di più garanti, bensì si continua a polarizzare l’attenzione sul soggetto gravato da obblighi di impedimento, rendendolo *a priori* “protagonista” indiscusso di questo modello imputativo di responsabilità.

Non si esauriscono qui le distorsioni indotte dalla persistente influenza del paradigma dell’accessorietà. Tale dogma ha, infatti, relegato ai margini, la considerazione del profilo critico di tale teorica, rappresentato, come è noto, dall’esecuzione frazionata del fatto.

Emblematica dell’impostazione dominante è una recente presa di posizione dottrinale in tema di cooperazione colposa, secondo cui quando «il dovere impeditivo ha una *ratio essendi* puramente cautelare e ha ad oggetto solo ed esclusivamente una condotta colposa altrui», la riprovevolezza dell’eventuale inerzia è strettamente dipendente, accessoria, alla condotta inosservante altrui, così che se questa non si manifesta non vi è disvalore in capo al garante che ometta il proprio controllo»³⁶.

Si precisa, inoltre, che «la condotta colposa dell’autore» non sarebbe mai «parzialmente tipica»: il principio di colpevolezza imporrebbe, infatti, «che ciascuno dei coagenti violi *in proprio* una cautela efficiente nella prevenzione dell’evento; essendo la cautela parte del tipo oggettivo, evidentemente ne discende l’impossibilità che quest’ultimo sia compiuto *pro quota*, almeno nei reati colposi d’evento (che comunque sono la quasi totalità delle ipotesi rilevanti)»³⁷. Non essendo, dunque, possibile «rinvenire una condotta “parzialmente colposa”», rimarrebbero solo

poiché senza di questa non sarebbe comprensibile oppure esprimerebbe una portata completamente diversa e trascurabile dal punto di vista del controllo sociale».

36. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 13.

37. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 7.

due alternative: «o esiste una violazione cautelare o non esiste. Nel contesto colposo, dunque, in caso di più soggetti che causano il fatto vi è al più una “*coautoria totale*” e mai una realizzazione *pro quota* del tipo»³⁸.

Come è possibile constatare, sono persistenti i condizionamenti esercitati da una rigida distinzione di fondo – quella tra “garante” e “concorrente” – che, invero, non ha ragion d’essere: trattandosi di soggetti che integrano la fattispecie plurisoggettiva eventuale, essi possono essere considerati co-autori mediante omissione del reato non impedito in forma concorsuale.

Si pone, dunque, la necessità, sottolineata in dottrina, di un approccio complessivo ed unitario, il cui fulcro sia rappresentato – non già dalla figura dell’omittente o del garante – bensì dal reato medesimo, in quanto dipendente dall’omissione di più soggetti³⁹.

A dover assumere rilievo, ancora una volta, sarà il rapporto tra le condotte, considerato nell’insieme coperto dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale⁴⁰.

38. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 7, in riferimento a L. Risicato, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 46, 1, 1998, p. 142, nt. 41.

39. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 22.

40. Cfr. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 166.

**CONCORSO
OMISSIVO E
ORGANIZZAZIONI
COMPLESSE:
UNA PROPOSTA
ALTERNATIVA
NEL QUADRO
DELLA FATTISPECIE
PLURISOGGETTIVA
EVENTUALE**

PARTE SECONDA



Frammentazione dei processi decisionali ed esecutivi e visione frazionata del reato

Sommario: 1. Profili qualificanti le dinamiche criminose nelle organizzazioni complesse. - 2. Dalla frammentazione delle dinamiche decisionali ed esecutive al frazionamento delle responsabilità. - 3. La dimensione monosoggettiva e plurisoggettiva dell'omesso impedimento. - 4. La fattispecie plurisoggettiva eventuale: il reato come "insieme". - 4.1. Il criterio di identificazione della condotta concorsuale. - 4.2. Il "frazionamento" esecutivo tra fenomenologia e *nomos*. - 4.3. L'esecuzione frazionata del reato plurisoggettivo. - 4.3.1. Il radicamento "commissivo" dell'esecuzione frazionata del reato. - 4.3.2. Esecuzione frazionata del reato e visione frazionata dell'illecito plurisoggettivo.

1. Profili qualificanti le dinamiche criminose nelle organizzazioni complesse

In dottrina sono stati, da tempo, messi a fuoco i profili morfologico-strutturali che caratterizzano i profili di responsabilità derivante dalla commissione di reati nelle organizzazioni complesse.

Da questo punto di vista, di particolare interesse si rivelano le osservazioni svolte a proposito delle profonde differenze intercorrenti tra il paradigma imputativo tradizionale e quello relativo alla criminalità *lato sensu economica*¹.

1. V. C.E. Paliero, *La fabbrica del Golem, Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 48, 2, 2000, p. 482 ss.



Si è rilevato che se il primo ha la caratteristica «(a) di essere una responsabilità individuale; (b) di prevedere, come forma di imputazione normale, la realizzazione monosoggettiva della condotta tipica; (c) di essere una responsabilità orientata al normotipo commissivo di condotta; (d) di imputare, di regola, la condotta stessa in quanto produttiva di un evento lesivo»², il secondo paradigma presenta forme di manifestazione del tutto peculiari e, sovente, antipodiche rispetto a quelle del modello precedente.

Ad assumere rilievo nel diritto penale dell'economia, infatti, sono «la responsabilità collettiva e non quella individuale»; la natura organizzata delle condotte economiche; la burocratizzazione e segmentazione del potere, che rendono priva «di senso la ricerca di una condotta individuale principale, alla quale fare accedere le condotte individuali secondarie»; «la piena interscambiabilità tra fare ed omettere a livello di struttura del tipo delittuoso», tale che «la responsabilità omissiva [...] diviene la regola e non l'eccezione del sistema imputativo», «nell'ambito di un più complesso comportamento collettivo, rispetto al quale assume significato soltanto la distinzione per “ruolo” e per “sfera di rischio”»; la prevalenza di reati modellati sul pericolo astratto e dei reati d'obbligo» e, infine, la standardizzazione e normativizzazione del coefficiente doloso, suscettibile, per effetto di esigenze di semplificazione probatorie, di assumere i tratti di un mero «“dolo di posizione”»³.

Si tratta di individuare i fattori socio-criminologici che hanno provocato – e continuano ad acuire – il distacco dal modello imputativo tradizionale, con particolare riferimento alla sfera della responsabilità omissiva.

2. C.E. Paliero, *La fabbrica del Golem*, op. cit., p. 482 ss.; 503, cui si aggiunge il requisito necessario per l'iscrizione soggettiva del reato, rappresentato da «un dato psichico di natura reale».

3. C.E. Paliero, *La fabbrica del Golem*, op. cit., p. 482 ss.

2. Dalla frammentazione delle dinamiche decisionali ed esecutive al frazionamento delle responsabilità

Il fenomeno di frazionamento delle dinamiche decisionali ed esecutive, in parte strutturale, in parte indotto dalla crescente proceduralizzazione delle attività in seno alle organizzazioni complesse, in conseguenza di esigenze di *compliance* di carattere sistemico – alimentate a livello normativo e che trovano espressione in processi di autonormazione ed autocontrollo⁴ – è destinato a condizionare profondamente la metodologia di accertamento delle responsabilità individuali.

Il dato da cui prendere le mosse è il fatto che l'evento (o il reato), rispetto al quale verificare l'obbligo di impedimento, si verifica in ambito collettivo e organizzato e viene imputato all'omittente sulla base del ruolo ricoperto nella struttura o nell'attività complessa⁵, con il concreto e costante rischio di una responsabilità "di posizione".

4. *Ex multis*, v. C. Piergallini, *Autonormazione e controllo penale* in «Diritto penale e processo», 21, 3, 2015, p. 261 ss.; *Id.*, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione? in La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, Esi, 2016, p. 117 ss.; in tema, v., altresì, il recente studio monografico di D. Bianchi, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 78 ss.

5. Si tratta di un profilo che "intercetta" le impostazioni normativistiche in materia di competenza organizzativa e di competenza istituzionale che traggono origine dall'elaborazione teorica di G. Jakobs. Alla base di quest'ultima si pongono, come è noto, il riconoscimento di esigenze empiriche quali la divisione del lavoro e l'automatizzazione delle attività, la valorizzazione della fungibilità di azione ed omissione nelle organizzazioni e la considerazione della natura professionale della devianza. Si inseriscono in tale quadro la preminenza attribuita al disvalore d'azione e l'idea di collegare la reazione punitiva a condotte disfunzionali rispetto al ruolo: la violazione dell'obbligo diviene la *ratio* fondante l'imputazione. In ambito interno, si è tentato – in modo originale – di conciliare gli assunti normativistici con i principi costituzionali, facendo leva sulla teorica della norma costitutiva di "status", sul presupposto secondo cui il significato del principio della responsabilità personale consisterebbe nella delimitazione di una posizione attraverso la statuizione di doveri giuridici. Sul presupposto secondo cui le norme «costituiscono e riconoscono soggetti di diritto», per *status* si intende «un prisma di posizioni giuridicamente riconosciute dall'ordinamento (libertà, diritti, facoltà, potestà, doveri ecc.), in ragione del cui riconoscimento si può parlare di soggetto di diritto» (L. Cornacchia, *Concorso di colpe, op. cit.*, p. 94 ss.). Ne consegue la distinzione tra due momenti dell'attribuzione di responsabilità: da un lato, una fase pre-tipica rappresentata dall'imputazione, dal rapporto intercorrente tra fatto e autore, in rapporto al principio di responsabilità personale, che trova espressione nella violazione di uno status, di un dovere giuridico: si tratta di una precondizione, che precede il momento dell'offesa; dall'altro, la tipicità, avuto riguardo al principio di legalità e determinatezza; per ulteriori approfondimenti, v. L. Cornacchia, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri nor-*



Dal primo punto di vista, in ottica criminologica, assume un rilievo fondamentale quella che in dottrina è stata indicata come «la natura necessariamente plurisoggettiva e policentrica della criminalità d'impresa (o della criminalità economica *tout court*), a prescindere dall'osservazione specifica degli attori (singoli o tipologie) di questa forma di criminalità»⁶. A tale connotato si lega l'ulteriore e decisiva constatazione che «strutturalmente, sempre più spesso questa forma di comportamento deviante, o criminale *tout court* nasce da processi decisionali complessi, mai propri ed esclusivi di un singolo soggetto o di un ristretto nucleo di soggetti non previamente inseriti in una struttura organica e organizzata»⁷. Ciò comporta difficoltà imputative, talora insuperabili: la problematicità dell'individuazione dei soggetti responsabili nei meandri delle organizzazioni complesse fa sì che risulti «difficile se non impossibile individuare un soggetto che possa fungere da centro di imputazione dell'illecito secondo i tradizionali criteri di ascrizione della responsabilità penale» (dando luogo al fenomeno della c.d. *organisierte Unverantwortlichkeit*)⁸.

mativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, A. Castaldo, V. de Francesco, M. del Tufo, S. Manacorda, L. Monaco (a cura di), Napoli, Esi, 2013, p. 521 ss. In senso critico si è rilevato che l'ambito del «dovere giuridico» «non è una griglia di competenze delimitabili come si vorrebbe lasciar intendere: le sue coordinate non sembrano di regola improntate ad una compartimentazione tra sfere di responsabilità autonome, nel senso di una limitazione delle rispettive responsabilità, bensì perennemente interagenti, nel senso, opposto, di una estensione delle responsabilità» (A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, *op. cit.*, p. 207); come osservato in dottrina in riferimento alla tutela della sicurezza del lavoro, «la prevenzione degli infortuni sul lavoro è il risultato dell'interazione tra soggetti ben più numerosi di quelli che compongono l'azienda quali suoi organi o dipendenti» (M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 263).

6. C.E. Paliero, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 56, 4, 2008, p. 1517.

7. C.E. Paliero, *La società punita*, *op. cit.*, p. 1517, il quale distingue «tra una plurisoggettività criminologica "interna", caratterizzata cioè dal fatto che la decisione non è (pressoché mai) ascrivibile a un singolo, e una plurisoggettività criminologica "esterna", caratterizzata dal fatto che la criminalità economica – perlomeno quella rilevante – sempre più spesso è frutto e/o fonte di un illegalismo non limitato e riconducibile a una singola società, bensì proprio di un gruppo di società».

8. *Ex multis*, v. G. De Simone, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, Ets, 2012, p. 121, in riferimento alla nota elaborazione di G. Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden Baden, Nomos, 1995,

Tali criticità dipendono, essenzialmente, dalla divisione del lavoro e dal correlativo decentramento delle funzioni, dalla frammentazione dei processi decisionali ed esecutivi e dalla parcellizzazione «delle facoltà di ciascuno di influire sul corso degli eventi»⁹, destinate a rispecchiarsi nel conseguente frazionamento delle responsabilità in senso orizzontale e verticale¹⁰.

Nel caso di reati realizzati all'interno delle organizzazioni complesse (c.d. reati di impresa), l'aspetto cruciale con cui è necessario confrontarsi è, dunque, il fatto che, come è stato osservato, si tratta di attività delittuose rispetto alle quali «la sequenza triadica penalistica» non risulta «concentrata su un singolo soggetto»¹¹. In questi ambiti «la partecipazione plurisoggettiva» è «di regola complessa: i centri decisionali sono frammentati e l'iter formativo della volontà parcellizzato, sicché il normotipo esecutivo coincide con l'esecuzione frazionata»¹².

Nella stessa direzione, altri hanno rilevato la difficoltà di individuare quale sia la condotta principale sulla quale calibrare la rilevanza penale delle condotte altrui; poiché le decisioni e la loro esecuzione «non si dispongono sempre secondo una progressione temporale lineare», ne conseguono «profili di circolarità» tali da trasmettere l'immagine di una fenomenologia «plurifrazionata», dipendente dall'elevata «scomponibilità» e dal carattere sovente «ricorsivo» delle decisioni, delle valutazioni

p. 31 ss.

9. V. A. Nisco, *Controlli sul mercato finanziario*, op. cit., p. 137.

10. V. A. Rossi, *Profili penalistici*, op. cit., 2021, p. 169, la quale osserva che tale fenomeno di parcellizzazione «obbliga ad una verifica viepiù minuziosa, anche considerate la natura e le caratteristiche di reati a soggettività ristretta proprie [...] della maggior parte delle fattispecie».

11. C.E. Paliero, *La società punita*, op. cit., p. 116 ss., in riferimento alle responsabilità penali nella e per la produzione industriale.

12. C.E. Paliero, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 42, 4, 1994, p. 1242, il quale osserva che «ne consegue un'inversione nel metodo di individuazione della responsabilità: non si muove più "dal basso", cioè dai soggetti materialmente più vicini al fatto tipico, ma si parte direttamente "dall'alto", cioè, dagli apici decisionali, trasferendo *tout court* alla responsabilità penale lo schema societario-aziendale di ripartizione di doveri e di gerarchizzazione dei ruoli».



e dei plurimi e reiterati controlli ad opera dei soggetti in varia forma coinvolti nella “politica d’impresa”¹³.

Nell’insieme, spicca, dunque, un dato, fondamentale ai fini della presente indagine – il *frazionamento* di funzioni ed incombenze, a livello decisionale ed esecutivo – destinato inevitabilmente a riverberarsi sul complessivo quadro concorsuale in termini di frammentazione.

3. La dimensione monosoggettiva e plurisoggettiva dell’omesso impedimento

Come si è anticipato, dal dibattito in atto si trae l’impressione che il fenomeno del concorso omissivo sia, perlopiù, affrontato e analizzato nella prospettiva dell’omesso impedimento monosoggettivo dell’evento (o del reato), avuto riguardo sia al rapporto diretto intercorrente tra soggetto obbligato ad agire ed evento da impedire, sia ai poteri impeditivi di cui tale soggetto sia dotato, senza tenere adeguatamente conto del carattere complesso e plurisoggettivo che l’impedimento assume, di norma, nel contesto delle attività organizzate.

La predetta visione “atomistica” – per effetto della quale, come si è visto, si circoscrive, al piano disciplinare la funzione delle norme concorsuali – finisce per ridurre l’impedimento ad una dimensione meramente “monosoggettiva”, sovrapponendo ipotesi che dovrebbero essere, invece, distinte: a) la partecipazione omissiva di un soggetto, singolarmente considerato; b) il concorso mediante omissione di più soggetti, chiamati ad operare sinergicamente e sulla base di precise interrelazioni funzionali, in vista dell’impedimento dell’offesa, come avviene di norme nelle strutture complesse, qualificate da elevata articolazione interna.

È giunto il momento di precisare che laddove si tratti di valutare la responsabilità per omesso impedimento “monosoggettivo” dell’evento-reato non può prescindersi dall’accertamento che il soggetto giuridicamente obbligato ad intervenire risulti anche dotato di poteri direttamente e immediatamente impeditivi dell’evento illecito e, cioè, che egli

13. V. C. Piergallini, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 337 ss.

sia titolare di una “posizione giuridica di garanzia”, rilevante *ex art.* 40, comma 2, c.p.

La validità di tale affermazione viene meno laddove più soggetti siano tenuti a cooperare reciprocamente al fine di evitare l'esito lesivo. In questi casi, la rilevanza dell'omissione individuale è destinata ad assumere una dimensione diversa: si prescinde, infatti, dalla titolarità di diretti e immediati poteri impeditivi, per effetto dell'estensione della sfera di tipicità della singola omissione apportata dalle norme concorsuali.

La diffusa tesi secondo cui in tanto la condotta omissiva può assumere forma concorsuale in quanto sussista il duplice requisito dell'esistenza di un obbligo giuridico rilevante *ex art.* 40, comma 2, c.p. e dell'efficienza causale rispetto al reato, non tiene conto di tale fondamentale differenza, finendo per restringere indebitamente la rilevanza della condotta omissiva in ambito plurisoggettivo allo schema “duale” o bilaterale che vede coinvolti esclusivamente il garante e l'autore materiale del reato (o l'evento) che deve essere impedito. Si tratta di una prospettiva “monosoggettiva”, che orienta, inevitabilmente, in senso restrittivo e distorsivo la verifica della sussistenza di adeguati poteri impeditivi in capo all'omittente che operi in un'organizzazione complessa e, di riflesso, l'accertamento della responsabilità penale.

Si pone, dunque, la necessità di verificare quali differenze e conseguenze specifiche comporti il fatto che l'evento (o il reato) debba essere prevenuto e impedito da una pluralità di soggetti, obbligati ad intervenire in modo sinergico e interattivo, in quanto funzionalmente inseriti in un'attività complessa o in una struttura ad elevata articolazione interna.

A tal fine, occorre volgere l'attenzione alla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, posta a fondamento della disciplina del concorso di persone, quale fenomeno normativo avente una dimensione tipica diversa e distinta da quella monosoggettiva¹⁴, verificando se e in quali termini tale modello plurisoggettivo sia in grado di “aderire” e conformarsi alle peculiari dinamiche e problematiche imputative tipiche delle organizzazioni complesse.

14. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 23.



4. La fattispecie plurisoggettiva eventuale: il reato come “insieme”

Quello della fattispecie plurisoggettiva eventuale¹⁵ è considerato uno «strumento dogmaticamente solido»¹⁶, costruito a partire dal concetto di reato come “insieme”. A differenza del dogma dell'accessorietà, incentrato sul binomio principale/accessorio (ovvero sulla distinzione tra autore e concorrente), tale teoria si fonda sulla categoria dell'insieme e delle sue parti, sulla base di un approccio complessivo-unitario, il cui fulcro non è la figura dell'autore, bensì il reato medesimo, in quanto dipendente dalla condotta di più soggetti¹⁷.

Ne consegue che se, da un lato, la fattispecie di parte speciale si realizza anche nei confronti del soggetto che realizza una parte della fattispecie plurisoggettiva, che partecipa con la sua condotta, dall'altro, la fattispecie di parte speciale si realizza nei confronti di ciascuno¹⁸.

È proprio la prospettiva “insieme-parti” ad aver posto la necessità di individuare un nesso di collegamento tra le varie parti ossia tra le condotte concorsuali suscettibili di integrare la nuova e distinta dimensione tipica della partecipazione¹⁹.

4.1. Il criterio di identificazione della condotta concorsuale

Quando i plurimi soggetti possono essere considerati concorrenti?

Per rispondere a tale fondamentale quesito occorre individuare un criterio di identificazione/tipizzazione delle condotte concorsuali, nel quadro di una dimensione tipica che tutte le comprenda: un criterio in

15. Sintesi di una pluralità di soggetti e della realizzazione di una fattispecie di parte speciale; sulla tipicità della fattispecie plurisoggettiva eventuale, v. G. Cocco, *La estensione del fatto tipico*, op. cit., p. 449 ss.; G. Losappio, *Plurisoggettività eventuale colposa*, op. cit., p. 227 ss.

16. T. Padovani, *Plurisoggettività*, op. cit., p. 94.

17. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, op. cit., p. 22 ss., secondo il quale non ha senso distinguere tra autore e concorrente perché essendo tutti i soggetti necessari a integrare la fattispecie plurisoggettiva, essi sono tutti autori del reato in concorso.

18. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, op. cit., p. 24.

19. Nel senso che il «concetto di reato si ricostituisce in termini (anche) frazionari», v. T. Padovani, *La concezione finalistica dell'azione*, op. cit., p. 405.

grado di svolgere un'effettiva funzione discrezionale e selettiva (e non già esplicativa della totalità)²⁰.

Come è noto, il canone di tipicità della condotta concorsuale viene tradizionalmente individuato nel modello causale, sul presupposto secondo cui il concorrente sarebbe tale purché la sua condotta sia "causa" dell'evento. Ci si è già soffermati sulle aporie e sulle insufficienze di tale paradigma sul terreno concorsuale (ove, peraltro, era dogmaticamente sorto), sull'inidoneità di tale schema a fungere da criterio di identificazione delle condotte, per ragioni intrinseche ed estrinseche alla materia in esame.

In questa sede, ci si limita a ricordare come i tentativi di integrare in varia guisa il canone condizionalistico, ricorrendo ora alla valorizzazione della prognosi postuma, ora alla considerazione dell'incidenza sulle modalità fenomeniche di realizzazione del reato, ora all'impiego di criteri a valenza normativa, non sono riusciti a chiarire e a definire in modo adeguato i requisiti di tipicità della condotta di partecipazione²¹. Nella misura in cui polarizzano l'attenzione sull'evento e sul legame tra ciascuna condotta e l'esito finale della realizzazione, tali impostazioni non colgono il dato di fondo, decisivo, ossia che la fattispecie plurisoggettiva eventuale si costituisce in funzione di un legame tra condotte, perché soltanto quest'ultimo si inquadra nell'"insieme" coperto dalla predetta fattispecie²².

Si muove, invece, in quest'ultima direzione la tesi dottrinale volta a individuare nel legame con l'organizzazione, quale *locus* di confluenza dei singoli apporti partecipativi, il criterio di tipizzazione delle condotte concorsuali²³. Pur avendo il merito di aver spostato l'attenzione dal

20. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 32 ss.; 155 ss., che sottolinea che il criterio ricercato deve avere la capacità di distinguere il lecito dall'illecito.

21. Per una ricostruzione sintetica, v. P. Coco, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, *op. cit.*, p. 1 ss.; 87 ss.; 205 ss.

22. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 165 ss.; Id., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 51, 1/2, 2003, p. 403 ss.

23. V. G. Insolera, v. *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle discipline penali*, Torino, Utet, 1988, vol. II, p. 463 ss.; Id., v. *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle discipline penali*, Aggiornamento I, Torino, Utet, 2000, p. 73 ss.



rapporto tra condotta e risultato finale (l'offesa) al piano delle condotte, tale tesi presenta alcuni limiti congeniti: aldilà dell'eccessiva latitudine attribuita al requisito dell'organizzazione e della difficoltà di definizione dei relativi connotati, in senso critico si è osservato che «lungi dal poter rappresentare il termine di relazione delle condotte partecipative, finisce con l'esprimere il modo di atteggiarsi delle condotte stesse in vista del programma perseguito»²⁴.

Si giunge, così, alla valorizzazione del sistema complesso di interazioni e condizionamenti reciproci sotteso alla molteplicità delle condotte, operata dalla teoria della c.d. strumentalità delle condotte concorsuali. Come già anticipato, si tratta di un modello esplicativo che, rescissi i legami con valutazioni eziologiche²⁵, individua nel nesso di strumentalità il rapporto – di mezzo a scopo – tra le condotte e il criterio di tipizzazione del contributo concorsuale²⁶: ad assumere rilievo è la «circostanza che dell'apporto del concorrente ci si sia “serviti” per la commissione del reato», sul presupposto secondo cui nei rapporti tra condotte umane «il tratto saliente sarebbe invero quello della “scelta” di “utilizzare” il contributo [...] di altri soggetti, finalizzandolo alla commissione del fatto delittuoso (o comunque, in caso di condotta colposa, rendendolo concretamente operativo grazie al compimento di quest'ultima)»²⁷.

La tipicità della condotta concorsuale può, dunque, essere predicata solo rispetto a condotte teleologicamente correlate tra di loro, reciprocamente collegate in senso funzionale, alla stregua di una «catena strumentale»²⁸.

24. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 916; sul punto, v., altresì, M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 209, nt. 127.

25. Cfr. A di Martino, *La pluralità soggettiva tipica*, op. cit., p. 101 ss.; I. Merenda, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, Roma, Dike, 2016, p. 73 ss.

26. V. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., p. 328 ss.; Id., *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3913 ss.; Id., *Sul concorso di persone nel reato*, in «*Studium iuris*», 4, 7, 1998, p.736; T. Padovani, *La concezione finalistica dell'azione*, op. cit., p. 405 ss.

27. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3919.

28. T. Padovani, *Plurisoggettività*, op. cit., p. 169, il quale osserva che la catena strumentale può allungarsi molto all'indietro perché il nesso deve avvincere le condotte e non ciascuna condotta rispetto all'evento

Si tratta dell'unico modello esplicativo in grado di accordarsi all'idea – sottesa alla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale – del reato come “insieme”, qualificabile come “strumentale” nella misura in cui deve corrispondere ad un aggregato nel quale ciascuno assuma un ruolo di mezzo rispetto ad un risultato che non è necessariamente rappresentato dall'esecuzione del reato, ma che può essere anche un risultato intermedio²⁹.

In sede di applicazione di tale modello al concorso omissivo, si è ritenuto che a dover essere considerato rilevante sia, dunque, non già il significato causale del comportamento omesso, ma, invece, il difetto di «quella condotta volta, bensì, a contribuire all'impedimento dell'evento, ma “passando” attraverso il collegamento della medesima con le condotte di terzi, in modo da far sì che questi ultimi non vedano “alterati” i presupposti di operatività del proprio ruolo [...] dall'inosservanza dei doveri gravanti sul soggetto del cui concorso si tratta»³⁰.

4.2. Il “frazionamento” esecutivo tra fenomenologia e nomos

Tirando le fila del discorso e venendo al tema del concorso omissivo, si osserva come dall'integrazione tra la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale e il criterio della strumentalità discendano conseguenze e riflessi di particolare rilievo ai fini della nostra indagine.

Ci riferiamo, in particolare, all'idea del concorso come «modello di realizzazione “frazionata” del complessivo fenomeno plurisoggettivo» e, soprattutto, al rilievo secondo cui «la fisionomia della fattispecie concorsuale» dovrebbe «essere colta in una più intima connessione con le logiche che presiedono alla c.d. “esecuzione frazionata” del reato»³¹.

Un fenomeno – quello del concorso omissivo – alla base del quale deve essere individuabile un nesso di funzionalità “strumentale” tra condotte: come è stato osservato, la strumentalità di ciascuna condotta può, infatti, esprimersi anche in termini di funzionalità corrispettiva, come,

29. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, op. cit., p. 169.

30. G.A. De Francesco, *Diritto penale*, op. cit., p. 660.

31. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3915.



per l'appunto avviene nel caso dell'esecuzione frazionata, in cui ciascuna delle due condotte è mezzo rispetto all'altra³².

Si tratta di un'ottica ricostruttiva di grande interesse in rapporto all'analisi del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse.

Il plurifrazionamento dei processi decisionali ed esecutivi, la frammentazione ed articolazione di funzioni e ruoli che, *sul piano fenomenologico*, caratterizzano le dinamiche operative nei contesti organizzati, trovano, infatti, corrispondenza ed espressione – *sul piano normativo* – nella logica sottesa all'esecuzione frazionata del reato³³.

Nei contesti in esame, quest'ultima modalità esecutiva assurge a "normale" forma di manifestazione del concorso di persone, densa di implicazioni di carattere sistematico ed applicativo.

È, dunque, a tale figura che occorre, a questo punto, rivolgere l'attenzione, al fine di verificare quali possano essere le indicazioni che possono essere utilmente tratte in riferimento all'oggetto della presente indagine.

A tal fine, occorre preliminarmente mettere a fuoco, sia pur sinteticamente, predetta forma di manifestazione di partecipazione.

4.3. L'esecuzione frazionata del reato plurisoggettivo

In termini generali, per esecuzione frazionata del reato si intende il fenomeno in cui «la condotta tipica – nella sua interezza, nella sua completezza normativa – non viene tenuta da un unico soggetto, ma da più soggetti»³⁴.

Un fenomeno che assume una particolare evidenza e linearità nelle ipotesi di reato complesso: nel caso, ad es., della rapina, è possibile che la condotta di violenza privata e quella di furto siano realizzate contestualmente da due soggetti distinti. Si tratta di una situazione – di c.d. tipicità parziale³⁵ – che costituisce un tradizionale momento di crisi

32. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, op. cit., p. 171.

33. Su tale fenomeno, v. M. Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 55 ss.; A.R. Latagliata, v. *Concorso di persone nel reato (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1961, vol. VIII, p. 579 ss.

34. T. Padovani, *Plurisoggettività*, op. cit., p. 20.

35. V. M. Gallo, *Lineamenti di una teoria*, op. cit., p. 55.

dell'approccio basato sulla distinzione tra principale e accessorio (oltre che del dogma causale in ambito concorsuale), dato che, com'è evidente, nessuno dei due comportamenti è idoneo, singolarmente considerato, ad integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 628 c.p.

Il limite sotteso a tale teorica è dato dal difetto di connettività delle condotte: essa non coglie, cioè, la dimensione unitaria della realizzazione della fattispecie di parte speciale, mentre, come è sottolineato in dottrina, «è soltanto l'insieme delle due condotte che realizza la rapina: occorre fotografarle entrambe, coglierle insieme»³⁶.

Viceversa, l'autonomia della fattispecie plurisoggettiva trascende la differenziazione tra condotta c.d. "principale" e contributi partecipativi, valorizzando la considerazione della realizzazione plurisoggettiva del reato nel suo insieme.

Nella misura in cui prescinde «da una separazione di principio tra le condotte rilevanti anche in sede monosoggettiva e quelle che dovrebbero vivere della (sola) "luce riflessa" promanante dal compimento di quest'ultime»³⁷, il modello della fattispecie plurisoggettiva eventuale esclude, dunque, la necessità che la condotta tipica sia realizzata da uno soltanto dei concorrenti.

Come è stato rilevato, il modello plurisoggettivo eventuale non solo è ben compatibile con il fenomeno dell'esecuzione frazionata, ma, anzi, per sua naturale vocazione, si rivela idoneo a cogliere proprio il fenomeno dell'esecuzione frazionata³⁸. Basandosi sulla visione del reato come dipendente dalla condotta di più soggetti e sulla ricerca di un momento di coesione tra le singole condotte parziali, tale schema teorico è, infatti, fisiologicamente in grado di abbracciare ed "assorbire" l'ipotesi della concorsualità nell'esecuzione della fattispecie tipica: l'integrazione di quest'ultima viene, in effetti, fatta dipendere dai contributi oggettivi di più soggetti che sono vincolati al dato soggettivo del dolo, quale quadro

36. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 20.

37. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, *op. cit.*, p. 3920; sulla portata sistematica del frazionamento degli apporti nell'ambito della fattispecie concorsuale, v. M. Pelissero, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 280 ss.

38. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 96.



finale della fattispecie (come è noto, non è necessario che il dolo “stia” presso l'esecutore o presso tutti gli autori della condotta frazionata)³⁹.

Ciò premesso, devono essere rilevati due aspetti di rilievo: da un lato, la comune tendenza a radicare la figura dell'esecuzione frazionata del reato in ambito commissivo; dall'altro, la capacità – sottolineata in dottrina – della visione frazionata dell'illecito concorsuale di trovare applicazione anche al di là della stretta dimensione “esecutiva” dell'illecito penale.

Si tratta di due profili, che essendo destinati ad assumere una stretta interdipendenza funzionale nel prosieguo della nostra indagine, meritano un breve chiarimento.

4.3.1. Il radicamento “commissivo” dell'esecuzione frazionata del reato

Dal primo punto di vista, si può agevolmente osservare come l'idea di tipicità parziale sottesa al fenomeno in esame sia stata elaborata – quasi esclusivamente – in riferimento ad ipotesi di comportamenti commissivi, senza che siano stati approfonditi la portata e gli effetti che il frazionamento dei contributi è in grado di assumere in ambito omissivo.

Si tratta di verificare le conseguenze sistematiche che scaturiscono da tale tipologia di concorso, avuto riguardo all'ambito omissivo improprio e, in particolare, al concorso omissivo.

Si dovrà verificare se sia concepibile un'esecuzione frazionata del reato omissivo improprio e se sia possibile – e con quali modalità – trasportare in ambito omissivo l'idea della realizzazione *pro parte* della fattispecie di parte speciale. Tale indagine non sarà, peraltro, limitata alla dimensione meramente esecutiva del fatto plurisoggettivo, bensì dovrà estendersi oltre, per cogliere e recepire appieno la complessità organizzativa, l'articolazione interna di ruoli e funzioni, ovvero il peculiare contesto in cui il reato omissivo improprio è venuto ad esistenza.

39. V. T. Padovani, *Plurisoggettività*, *op. cit.*, p. 96 ss., il quale distingue tra esecuzione frazionata “in orizzontale”, in cui ciascuno realizza un pezzo della fattispecie obbiettiva ed esecuzione frazionata “in verticale” in cui chi realizza la fattispecie oggettiva è chi ha il dolo di quella obbiettiva; sui rapporti tra esecuzione frazionata e coautoria, v. I. Merenda, *I reati a concorso necessario*, *op. cit.*, p. 117 ss.

4.3.2. Esecuzione frazionata del reato e visione frazionata dell'illecito plurisoggettivo

Da quest'ultimo punto di vista, è opportuno sottolineare come, nell'ottica della strumentalità obbiettiva della condotta quale parametro di identificazione del contributo concorsuale, la visione frazionata dell'illecito plurisoggettivo non sia circoscritta alla fase esecutiva del reato, bensì si estenda all'illecito concorsuale nel suo complesso. In questa più ampia e feconda prospettiva, ad assumere rilievo sono la ricostruzione e la qualificazione delle dinamiche interne della figura plurisoggettiva e del nesso tra le varie condotte sottese alle dinamiche stesse⁴⁰.

Alla logica strumentale del concorso possono, quindi, essere riportati non solo i casi, elementari, di diretta correlazione con l'esecuzione del fatto (come nell'ipotesi della fornitura dell'arma poi utilizzata per la realizzazione di una rapina o di un omicidio), bensì anche le situazioni più complesse ed articolate, prospetticamente "distanti" dalla commissione del fatto, in cui sia, però, ravvisabile un nesso di obbiettiva strumentalità della condotta presa in considerazione, in quanto la stessa non sia rimasta priva di seguito ed anzi sia stata utilizzata da altri soggetti, «senza per questo richiedere che di quel contributo debbano riscontrarsi, in termini del tutto coincidenti con la sua fisionomia, le "tracce" materiali nelle dinamiche propriamente realizzative dell'illecito»⁴¹.

Quello incentrato sull'obbiettiva funzionalizzazione del contributo alle dinamiche della condotta posta in essere successivamente rappresenta, dunque, un criterio di tipizzazione destinato a trovare applicazione ben oltre i confini della fase esecutiva del reato.

L'«idea del concorso quale modello di realizzazione "frazionata" del complessivo fenomeno plurisoggettivo»⁴² si presta, infatti, a trovare applicazione anche in riferimento a condotte prodromiche e multiformi,

40. V. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3920.

41. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3921, secondo il quale, nella "catena" dei contributi – e nel passaggio dall'uno all'altro – sarà sufficiente che l'uno sia reso strumentale a quello di un altro concorrente, anche se poi gli sviluppi ulteriori possano comportare modifiche dell'apporto precedente (od anche coevo) purché queste risultino tuttora funzionalmente connesse alla condotta *de qua agitur*».

42. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3928.



suscettibili di sostanziarsi, ad es., in attività informative, di controllo, di segnalazione, di allerta, ecc.

Nella prospettiva della strumentalità, quale criterio di concretizzazione applicativa della fattispecie plurisoggettiva eventuale, «il “frazionamento” del complessivo quadro concorsuale tende, infatti, a ricomporsi, in ultima analisi, grazie allo schema logico-strutturale dei nessi funzionali che presiedono ad una siffatta articolazione di contributi»⁴³.

L'idea del reato plurisoggettivo quale «“ordito strumentale” di contributi partecipativi» e «articolato e complesso mosaico di contributi strumentalmente collegati e reciprocamente interconnessi»⁴⁴, si rivela di particolare interesse ed utilità proprio in riferimento ai reati plurisoggettivi commessi in ambiti organizzati, in cui, come si è visto, il frazionamento di funzioni ed incombenze rappresenta un dato, per così dire, sistemico e strutturale.

Per effetto della complessità della struttura organizzativa, la cooperazione colposa tende, infatti, ad assumere i connotati di un fenomeno “necessariamente plurisoggettivo”.

43. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone, op. cit.*, p. 3921 ss., anche in ordine ai riflessi dell'impostazione in esame sulla tematica della causalità psichica e sui rapporti tra concorso materiale e morale («ridimensionata alla luce del fatto che entrambi presentano sostanzialmente la medesima caratterizzazione in chiave strumentale»).

44. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone, op. cit.*, p. 3928.

Impedimento pluripersonale e frazionato

Sommario: 1. Premessa. - 2. La categoria dell'insieme e delle sue parti applicata al concorso omissivo. - 3. "Esecuzione frazionata" ed omissione: l'impedimento dell'evento. - 4. Il "retrotterra" della fattispecie plurisoggettiva di omissione impropria. - 5. Concorso nell'omesso impedimento dell'evento: la funzione incriminatrice della norma concorsuale. - 6. Forme di co-impedimento. - 6.1. a) Concorso/cooperazione di garanti. - 6.2. b) Concorso/cooperazione radicato su di una posizione di garanzia *plurisoggettiva e frazionata*. - 6.3. Combinazione delle due forme. - 7. La necessaria strumentalità obbiettiva del contributo omissivo nel quadro della connessione funzionale con l'altrui operato. - 8. Corollari e profili di garanzia sottesi alla visione plurisoggettiva ed organizzativa dell'impedimento dell'evento. - 9. Uno sguardo all'elemento soggettivo.

1. Premessa

Si pone, dunque, la necessità di analizzare il fenomeno del concorso omissivo da una diversa angolazione: quella della "visione frazionata" dell'illecito plurisoggettivo applicata alle condotte omissive poste in essere nell'ambito di attività od organizzazioni complesse.

A tale scopo dovremo, in primo luogo, adattare al reato omissivo improprio la visione del concorso di persone – sottesa alla fattispecie plurisoggettiva eventuale – quale categoria dell'insieme e delle sue parti.

Oggetto della nostra attenzione è, dunque, l'omissione impropria realizzata in forma plurisoggettiva.



Se è fuori discussione il fatto che la fattispecie plurisoggettiva eventuale possa essere integrata anche da condotte non commissive e che l'omissione di una condotta doverosa possa costituire una condotta significativa in termini concorsuali¹, si discute in ordine ai requisiti necessari perché una condotta di tal genere possa assumere rilievo concorsuale.

Secondo l'opinione dominante, in tanto si può rispondere di concorso omissivo in quanto si sia titolari di una posizione di garanzia e la propria omissione abbia avuto efficienza causale rispetto al reato².

Come anticipato, si tratta di un approccio "monosoggettivistico" al tema del concorso omissivo, debitore dello schema "principale/accessorio", oltre che del dogma causale: in altri termini, si tende a inquadrare l'impedimento in un'ottica individuale, sul presupposto che il soggetto giuridicamente obbligato ad impedire debba essere al contempo dotato personalmente dei correlativi poteri impeditivi.

Si tratta di una logica che può ben conciliarsi con situazioni lineari come quelle, "di scuola", della madre del minore o della guardia del corpo, che vedono coinvolti soggetti tenuti a prestazioni impeditive "standardizzate" e, soprattutto, suscettibili di realizzazione autonoma e personale, ma che palesa tutta la sua inadeguatezza se posta in relazione alla complessità delle attività organizzate.

L'impostazione dominante non tiene adeguatamente conto della funzione incriminatrice, all'estensione della tipicità della fattispecie di parte speciale, che gli artt. 110 e 113 c.p. sono in grado di svolgere in rapporto all'impedimento dell'evento-reato: una cosa è, infatti, non impedire l'evento; un'altra, concorrere a non impedire un evento.

A fronte del verificarsi di un'offesa, un conto è imputare l'evento – ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. e della disposizione di parte speciale – al garante che non lo abbia impedito, un altro, è far rispondere un soggetto – ex artt. 40, comma, 2 e 110 o 113 c.p. – di concorso nell'omesso impedimento dell'evento.

Nel primo caso, "omittente" può essere considerato soltanto il soggetto giuridicamente obbligato ad impedire l'evento che risulti, al con-

1. V., ad es., A. di Martino, *Concorso di persone, op. cit.*, p. 192.

2. Cfr. A. di Martino, *Concorso di persone, op. cit.*, p. 192.

tempo, titolare di adeguati poteri preventivi e direttamente impeditivi, ossia il titolare di una “posizione giuridica di garanzia”.

Nel secondo caso (come vedremo), ciò che conta non è tanto la qualificazione delle singole condotte (omissive), quanto il piano dei rapporti tra i singoli comportamenti (commissivi ed omissivi). Nell’ambito della compartecipazione nelle organizzazioni complesse, pur essendo sufficiente, la titolarità di una posizione giuridica di garanzia (di natura individuale) cessa di rivelarsi indispensabile, essendo bastevole il riscontro della contitolarità di una *Garantenstellung* soggettivamente complessa o frazionata.

Nella prospettiva dell’impedimento plurisoggettivo dell’evento, può, infatti, assumere rilevanza penale anche l’omissione da parte di soggetti tenuti normativamente – e in varia guisa – ad attivarsi sinergicamente al fine di evitare l’evento lesivo: soggetti non gravati – singolarmente considerati – di doveri di impedimento (e, tantomeno, di posizioni di garanzia), ma, piuttosto, di obblighi di co-impedimento dell’esito lesivo.

2. La categoria dell’insieme e delle sue parti applicata al concorso omissivo

L’aspetto fondamentale è dato dal fatto che, nella logica dell’insieme e delle sue parti – che, come si è visto, è sottesa alla fattispecie plurisoggettiva eventuale – l’omesso impedimento dell’evento trascende la dimensione unisoggettiva alla base del combinato disposto dell’art. 40 comma 2 c.p. e della fattispecie di parte speciale (corrispondente al secondo livello di criminalizzazione di cui all’introduzione).

Sul piano della tipicità concorsuale, il fattore determinante e, al contempo, qualificante è, infatti, la connotazione “*plurisoggettiva*” che assume l’impedimento dell’evento.

Com’è possibile constatare, l’“insieme” è qui rappresentato dall’impedimento dell’evento da parte di più soggetti e le “parti” dai comportamenti che plurimi soggetti, appartenenti alla medesima organizzazione, sono giuridicamente tenuti a tenere *al fine* dell’impedimento stesso.

Nelle organizzazioni complesse, è del tutto fisiologico che l’impedimento dell’evento “passi” attraverso l’azione coordinata di più soggetti



giuridicamente tenuti ad attivarsi, sulla base delle rispettive competenze e delle proprie funzioni: un impedimento condiviso, “sistemico” ed “organizzato”, che trascende, dal punto di vista quantitativo e qualitativo, i contenuti e le forme di quello che può definirsi *impedimento monosoggettivo*.

L'impedimento dell'evento nei contesti organizzati presuppone, dunque, la convergenza funzionale di una pluralità di condotte tenute da più soggetti: un impedimento che, di fatto, si rivela tendenzialmente – e, in taluni, casi, come vedremo, necessariamente – plurisoggettivo³.

3. “Esecuzione frazionata” ed omissione: l'impedimento dell'evento

A differenza di quanto avviene in ambito commissivo, nel campo dell'omissione il fenomeno dell'esecuzione frazionata non può assumere consistenza naturalistica: l'omissione, in sé considerata, non è, infatti, suscettibile di frazionamento o divisione.

La frazionabilità o divisibilità non può non risentire dell'essenza normativa dell'omissione impropria e, attenere dunque, all'attività preventivo-impeditiva che si aveva l'obbligo giuridico di svolgere: suscettibili di essere eseguiti in modo frazionato sono, infatti, la prevenzione e l'impedimento dell'offesa ossia le condotte pretese dall'ordinamento giuridico a tutela del bene protetto.

Nel caso dell'omissione impropria, l'esecuzione frazionata della prevenzione e dell'impedimento dell'evento si traduce in un impedimento condiviso, pluripersonale, complesso e coordinato: un impedimento organizzato.

È qui che si può cogliere la dimensione “frazionata” e soggettivamente complessa che il concorso omissivo assume nei contesti organizzati.

Si tratta di un profilo che si lega funzionalmente alla divisione del lavoro e alla normativa che l'ente collettivo si sia dato in rapporto alle esi-

3. Nel senso che, in ambito concorsuale, il profilo della causalità concerne l'insieme dei contribuiti, v. L. Vignale, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1983, 31, 4, p.1388 ss.

genze di tutela di interessi che possano essere offesi nell'ambito dell'attività di impresa.

Tale aspetto era stato affrontato da C. Pedrazzi nella prospettiva della discrezionalità organizzativa: egli aveva rilevato che «la regolamentazione interna all'impresa [...] si eleva dal piano della mera autonomia privata per assurgere a rilevanza e assumere forza cogente nell'ordinamento generale. La distribuzione di compiti e di responsabilità ha un preciso sbocco normativo: è la legge, che dispone, sia pure *per relationem*»⁴.

Ebbene, in riferimento a tale quadro ricostruttivo C. Pedrazzi aveva osservato come nelle organizzazioni complesse si registri un fenomeno di frammentazione delle *Garantenstellungen*: «in tal modo la funzione di garanzia si fraziona: in luogo di un unico garante una pluralità di posizioni di garanzia»⁵.

Dunque, un fenomeno di frammentazione che darebbe luogo alla moltiplicazione dei ruoli di garanzia.

Se è indubbio che tale effetto si produca in caso di decentramento funzionale, non è detto, peraltro, che il frazionamento della funzione di garanzia dia sempre luogo ad un allargamento del novero dei soggetti che, singolarmente considerati, possono essere chiamati a rispondere di omesso impedimento dell'evento.

È possibile, infatti, che soggetti non gravati da una posizione di garanzia siano chiamati a rispondere di concorso nell'omissione del garante: è possibile, infatti, che obbligo giuridico di impedire e poteri impeditivi non si concentrino cumulativamente nel medesimo soggetto.

Può darsi, invece – e, anzi, è del tutto “normale” nelle organizzazioni complesse – che i poteri preventivi e impeditivi dell'evento siano “distribuiti” tra i plurimi soggetti a vario titolo tenuti ad intervenire, mediante condotte complessivamente e teleologicamente orientate all'impedimento di un evento che il soggetto giuridicamente obbligato ad impedire non riuscirebbe mai – personalmente e direttamente – ad evitare

4. C. Pedrazzi, *Profili problematici*, op. cit., p. 138.

5. C. Pedrazzi, *Profili problematici*, op. cit., p. 138.



e che, magari, risulta più agevolmente “fronteggiabile” da chi è, invece, giuridicamente tenuto ad attivarsi, in funzione di co-impedimento.

Si può, infatti, ritenere che nell’ambito delle attività complesse, l’obbligo giuridico di impedire l’evento sia un obbligo di garanzia che, di frequente, si rivela suscettibile di adempimento attraverso l’azione coordinata ed organizzata di più individui, in forma, cioè, necessariamente plurisoggettiva.

La precisazione svolta da C. Pedrazzi è decisiva e riassume il significato “strategico” della funzione di garanzia eventualmente soggettivamente complessa o frazionata cui si fa riferimento in questa sede: «l’essenziale (ed è compito dell’imprenditore assicurarlo) è che le attribuzioni e competenze in cui si articola l’organizzazione aziendale ricompongano, nel loro insieme, una funzione di garanzia compiuta e adeguata»⁶.

Affinché la funzione di garanzia complessivamente considerata sia idonea rispetto agli obbiettivi di tutela si richiede – da parte dei vertici delle organizzazioni complesse, normativamente individuati – un’attività di pianificazione, di coordinamento e di supervisione della prevenzione e dell’impedimento condiviso: si tratti di adempimenti posti a carico del datore di lavoro, del consiglio di amministrazione nelle imprese gestite in forma societaria.

Predetti obblighi di prevenzione-impedimento si raccordano funzionalmente al dovere di istituire assetti “organizzativi adeguati”.

Un dovere di adeguatezza che risulta strettamente correlato alla divisione del lavoro e che trova espressione nella ripartizione/demarcazione di ruoli e funzioni, nella costruzione di un sistema di deleghe funzionale agli scopi, nella determinazione e specificazione dei compiti dei membri dell’organizzazione tenuti ad attivarsi con la predetta finalità preventivo-impeditiva, nella trasparenza e nella tracciabilità delle dinamiche decisionali ed esecutive, nell’istituzione di un idoneo sistema di controlli.

Quella che, in sintesi, viene chiamata *compliance* esprime il significato della funzione di garanzia “aziendale”, in rapporto all’esigenza di

6. C. Pedrazzi, *Profili problematici*, op. cit., p. 138.

approntare un sistema di posizioni funzionali che risulti idoneo a prevenire e ad evitare il verificarsi di eventi offensivi.

4. Il “retrotterra” della fattispecie plurisoggettiva di omissione impropria

Nei contesti organizzati e nell’ambito di attività complesse, il fenomeno del concorso omissivo risulta, dunque, qualificato da due fattori fondamentali: il dominante carattere *plurisoggettivo* (o condiviso) dell’impedimento dell’esito lesivo (e del correlativo potere) e il frequente *frazionamento* della posizione di garanzia.

Come si è visto in precedenza, ricorrente è, infatti, la situazione in cui l’evento può, in senso proprio, essere impedito soltanto attraverso tramite un’attività plurisoggettiva ossia attraverso la cooperazione di più soggetti collocati a vari livelli dell’organizzazione e dotati di poteri di intervento di variabile intensità e capacità impeditiva.

Nel quadro della funzionalizzazione delle attività e della divisione dei compiti, ad assumere rilievo è, in primo luogo il tipo di *funzione* che è stata assegnata a ciascun intraneo, sul presupposto secondo cui ognuno deve svolgere un ruolo, che può rilevarsi idoneo anche all’impedimento dell’esito lesivo; in secondo luogo, si deve tenere conto della *correlazione* della funzione dell’uno a quella dell’altro, ossia dei nessi che intercorrono tra i diversi ruoli e compiti assegnati ai vari soggetti e dei modi più o meno qualificati del correlarsi alle altrui funzioni.

Non potendo e non dovendo ciascuno impedire “da solo” l’esito lesivo, di riflesso l’obbligo/potere giuridico di impedimento tende a non presentare più la rigida connotazione individuale che esso assume in ambito monosoggettivo. Pur assumendo, nella fase “genetica” una dimensione individuale, una volta trasposto e reso operativo nel quadro plurisoggettivo tipico dei contesti organizzati, predetto potere/obbligo di impedimento tende ad assumere una connotazione “diffusa” e meta-individuale.

Il passaggio dalla titolarità individuale alla contitolarità di obblighi/poteri di garanzia si fonda, per l’appunto, sulla ripartizione e distribuzione di ruoli e funzioni tra loro interconnessi e complessivamente



orientati teleologicamente anche al co-impedimento dell'esito lesivo, quale prodotto finale dell'attività preventiva.

A ciascun intraneo non si richiede, dunque, l'impedimento, ma lo svolgimento di un tipo di attività o di funzione strumentale: ciò che nel diritto vivente viene di consueto indicato con la pregnante espressione "gestione del rischio".

Non v'è dubbio, peraltro, che, in un simile contesto, la stessa distinzione tra azione ed omissione tenda a sfumare: nella logica dell'impedimento plurisoggettivo, un compito o un ruolo funzionale non svolto correttamente può, in concreto, equivalere ad un compito non svolto affatto.

Dopo aver sottolineato il fatto che, nei contesti in esame, l'omesso impedimento deve essere posto in riferimento alle condotte di più soggetti e aver evidenziato il significato cruciale che a tal proposito assume la ripartizione di sfere funzionali, si tratta di verificare attraverso quali forme e modalità sia possibile – attraverso il prisma della fattispecie plurisoggettiva eventuale – valorizzare normativamente il carattere *pluri-personale* dell'impedimento e la connotazione "*frazionata*" della posizione di garanzia.

Come vedremo tra breve, simili caratteristiche sono destinate a confermare e a dilatare significativamente la funzione di incriminazione – estensione della tipicità – che la norma concorsuale è chiamata a svolgere nell'ambito della c.d. omissione impropria.

5. Concorso nell'omesso impedimento dell'evento: la funzione incriminatrice della norma concorsuale

L'assunto su cui si basa la tesi qui sostenuta è che, per effetto del combinato disposto degli artt. 40, comma 2 e 110 (o 113) c.p., concorrere all'omesso impedimento dell'evento equivalga a concorrere alla causazione dell'evento.

Il concorso nell'omesso impedimento può essere integrato sia dall'omissione – in cooperazione con altri garanti od obbligati ad agire – di condotte autonomamente impeditive dell'esito lesivo, sia da condotte omissive che si rivelino atipiche rispetto al "binomio" dato dall'art. 40, comma 2, c.p. e dalla fattispecie di parte speciale.

È proprio con riguardo a quest'ultima ipotesi che si apprezza la funzione incriminatrice svolta dalle norme concorsuali.

Nella logica dell'insieme e delle sue parti, in caso di impedimento plurisoggettivo, non è necessario che obblighi di garanzia e poteri preventivi e impeditivi siano "concentrati" nel medesimo soggetto: nella nuova dimensione tipica, è sufficiente che gli uni siano sussistenti in capo ad uno o più soggetti e che gli altri siano integrati per effetto dell'insieme, dell'operare sinergico e aggregato, degli strumenti, degli adempimenti e degli interventi suscettibili di essere realizzati dai soggetti tenuti ad attivarsi con finalità impeditiva.

Per converso, nella logica del concorso nell'omesso impedimento, non è nemmeno necessario dilatare la nozione di "garante" in modo tale da ricomprendervi i soggetti, obbligati ad agire nel contesto di organizzazioni o attività complesse, che siano dotati di c.d. poteri impeditivi mediati o indiretti. Da questo punto di vista, la *querelle* in ordine all'intensità del potere impeditivo in dotazione al singolo intraneo è destinata a ridimensionarsi: nell'ottica della fattispecie plurisoggettiva eventuale e della nuova dimensione tipica da essa dischiusa, a risultare decisiva è la verifica del potere impeditivo (dell'evento) complessivamente considerato, in forma aggregata, ossia derivante dal concatenarsi, dall'operare sinergico, di adempimenti, funzioni, interventi e attività che, in base al proprio ruolo, gli intranei sono chiamati a svolgere.

Per effetto della funzione incriminatrice della norma concorsuale, l'eventuale contributo omissivo prestato da tali soggetti – da ritenersi atipico rispetto al combinato disposto dell'art. 40, comma 2 c.p. e della fattispecie di parte speciale, in quanto il soggetto non è titolare di una "posizione di garanzia" – può, infatti, rilevare come concorso nell'altrui omissione impropria.

Nell'ottica "frazionata" della fattispecie plurisoggettiva eventuale, la rilevanza della *distinctio* – di matrice prevalentemente dottrinale – tra obblighi di impedimento e meri obblighi di sorveglianza è destinata a venire meno: il difetto di un obbligo individuale di impedimento dell'evento non è, infatti, ostativo al riconoscimento della tipicità concorsuale della violazione di un obbligo giuridico di agire.



Nella logica “concorsuale”, la rilevanza della singola condotta omissiva non deve essere stimata rispetto all’esito finale dell’intera vicenda, in termini di capacità impeditiva, bensì in riferimento ai rapporti tra le funzioni dei singoli obbligati all’interno dell’organizzazione.

Nella misura in cui violino obblighi giuridici di agire finalizzati all’impedimento dell’evento, i co-omittenti realizzano un segmento della fattispecie omissiva impropria (di per sé atipica rispetto alla fattispecie di parte speciale) e, a talune condizioni (*in primis*, la strumentalità dell’omissione), possono concorrere nell’omesso impedimento di quest’ultima. Si pensi, ad es., al caso del medico che non abbia instaurato una relazione terapeutica con il paziente – e che, dunque, non risulti titolare di un’autonoma posizione di garanzia – che sia stato chiamato dal medico curante il paziente ad effettuare un consulto specialistico e che, non attivandosi, abbia contribuito all’omesso impedimento dell’evento da parte dello stesso medico curante, inducendo quest’ultimo a ritenere il difetto di necessità di un determinato intervento chirurgico (che avrebbe avuto effetti salvifici)⁷.

6. Forme di co-impedimento

Schematizzando, nella prospettiva *pluripersonale ed organizzata* della prevenzione e dell’impedimento dell’esito lesivo, possono, dunque, essere distinte due forme “basiche” di partecipazione omissiva, suscettibili, peraltro, di combinarsi reciprocamente: a) il concorso/cooperazione di

7. Tradizionalmente, la S.C. ritiene che, per effetto del “contatto sociale” che instaura col paziente a seguito del consulto, il medico specialista assuma una posizione di garanzia «della tutela della sua salute ed anche se non può erogare la prestazione richiesta deve fare tutto ciò che è nelle sue capacità per la salvaguardia dell’integrità del paziente»: Cass. IV, 18.12.2009, n. 3365. Sulla base di siffatta impostazione, la funzione della norma in tema di cooperazione colposa assume una connotazione prettamente disciplinare. Di recente, la S.C. ha ritenuto agevolatrice la condotta dell’imputata (medico interpellato per un consulto specialistico) che, attraverso il ricorso alla medicina omeopatica e il rifiuto di quella tradizionale, non abbia impedito la morte della vittima ma, anzi, abbia contribuito all’adozione di un piano terapeutico rivelatosi fatale: v. Cass. IV, 14.2.2022, n. 5117; in dottrina, v. D. Tenenbaum, *Il rapporto tra posizione di garanzia, op. cit.*, p. 8 ss.

garanti; b) il concorso/cooperazione radicato su di una *posizione di garanzia plurisoggettiva e frazionata*.

6.1. a) Concorso/cooperazione di garanti

È l'ipotesi integrata dalla compartecipazione di più soggetti di per sé gravati di una posizione giuridica di garanzia, intesa come titolarità individuale di un obbligo giuridico di impedimento, corredato dalla disponibilità personale di corrispettivi poteri di prevenzione e impedimento diretto e immediato dell'evento lesivo (si pensi, ad es., al caso di più preposti chiamati ad interagire nel medesimo cantiere per evitare il verificarsi di eventi lesivi o dell'anestesista chiamato ad operare in seno ad un'*équipe* medico-chirurgica).

Nell'ambito di questo modello la norma concorsuale è destinata a svolgere una funzione di disciplina.

6.2. b) Concorso/cooperazione radicato su di una posizione di garanzia plurisoggettiva e frazionata

È l'ipotesi caratterizzata dal difetto di una posizione giuridica di garanzia (nel senso indicato *sub a*) in capo ai singoli omissivi, come tali, gravati o di un obbligo impeditivo (cui non corrisponde un diretto potere impeditivo) o di un obbligo giuridico di agire, finalizzato all'impedimento plurisoggettivo (co-impedimento) dell'evento.

Nell'ipotesi in esame si verifica, dunque, la *dissociazione* – ammessa dal combinato disposto dell'art. 40 comma 2 c.p. e della norma concorsuale – tra obbligo giuridico di impedimento e poteri preventivo-impeditivi: un fenomeno di non coincidenza soggettiva tra i due requisiti fondanti la *Garantenstellung*.

Nell'ambito della posizione di garanzia "frazionata", sono suscettibili di rilevare due tipologie di comportamento omissivo:

- b1) quello tenuto da soggetti che, pur essendo gravati di obblighi di agire e pur disponendo di determinati poteri di intervento, non siano gravati di un obbligo giuridico di impedimento e, dunque, non risultano – singolarmente considerati – titolari di una "posizione giuridica di garanzia";



- b2) quello tenuto da soggetti che, pur essendo titolari di un obbligo giuridico di impedimento, non dispongano personalmente e direttamente di poteri impeditivi dell'evento e, dunque, non risultano – singolarmente considerati – titolari di una “posizione giuridica di garanzia”.

Nell'insieme, i soggetti giuridicamente tenuti ad impedire l'evento e quelli obbligati ad agire, al fine dell'impedimento dell'evento, possono essere considerati co-omittenti, ai sensi degli artt. 40, comma 2, 110 (o 113) c.p., ovvero concorrenti che, tramite la propria omissione, danno vita ad un segmento della fattispecie omissiva impropria e, nell'insieme, all'omesso impedimento dell'evento.

La violazione dell'obbligo giuridico di agire (ad es., di controllo, sorveglianza, informazione, ecc.) – non rivolto direttamente e immediatamente all'impedimento dell'esito lesivo ma, pur sempre, teleologicamente orientato ad evitare l'evento inerente alla sfera di garanzia – può rilevare in termini di concorso nell'omesso impedimento, purché la predetta violazione risulti strumentale al verificarsi dell'omissione impropria.

Nei casi in esame, la norma concorsuale è destinata a svolgere una funzione necessariamente incriminatrice: nessun intraneo, nemmeno quello gravato di un obbligo giuridico di impedimento, è, infatti, dotato dei poteri diretti e immediati di prevenzione e impedimento postulati – in ambito monosoggettivo – dall'art. 40, comma 2, c.p.

6.3. Combinazione delle due forme

Come anticipato, è, peraltro, possibile – ed, anzi, si tratta di ipotesi che si verifica con frequenza – che le due fattispecie “basiche” di concorso omissivo poc'anzi illustrate si manifestino in forma unitaria o sintetica: ciò avviene nel caso di concorso integrato dall'omissione di più “garanti” (nel senso indicato *sub* lett. a), di soggetti tenuti ad impedire l'evento, ma privi di poteri impeditivi “diretti” e, infine, di soggetti, privi di obblighi impeditivi, ma, comunque, giuridicamente tenuti ad attivarsi in funzione dell'impedimento plurisoggettivo.

Nell'ambito di questa forma di manifestazione, la norma concorsuale è destinata, evidentemente, a svolgere una funzione ora di disciplina, ora di incriminazione.

7. La necessaria strumentalità obbiettiva del contributo omissivo nel quadro della connessione funzionale con l'altrui operato

Si è già accennato all'importanza della verifica dei modi in cui i contributi si sono tra loro intersecati, nel quadro della ripartizione dei ruoli e dei compiti soggettivi.

Si tratta, a questo punto, di precisare il tipo di rapporto che deve intercorrere tra l'omesso impedimento dell'evento e le condotte dei soggetti tenuti – in varia guisa – ad attivarsi in funzione impeditiva, nel quadro delle relazioni funzionali che caratterizzano una determinata realtà organizzativa.

Come si è già accennato, il criterio di valutazione più idoneo a tale scopo deve essere individuato nella strumentalità dell'omissione, ossia nella verifica della funzionalità della condotta doverosa omessa – non già ad impedire *tout court* l'evento – bensì – nell'ottica relazionale e frazionata consentanea all'impedimento organizzato – a mettere in condizione terzi – co-gestori del rischio – di prevenire e impedire la realizzazione dell'offesa.

Nei contesti in esame, la condotta omissiva deve essere valutata in correlazione all'altrui condotta, sul presupposto di quella che è stata definita la «connessione “funzionale” dell'omissione con l'altrui operato» e dell'attitudine della stessa «a ripercuotersi sulla “seriazione” delle incombenze [...] a loro volta spettanti agli altri soggetti variamente implicati nell'esercizio dell'attività»⁸.

8. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone*, op. cit., p. 3932; in altra sede, l'autore osserva come la sottolineatura del carattere obbiettivamente strumentale dell'azione omessa rispetto all'impedimento del reato sia idoneo a fronteggiare quel pericoloso fenomeno di assottigliamento o sostanziale volatilizzazione della c.d. causalità omissiva in sede applicativa (G.A. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., p. 339 ss.).



Nella dimensione normativa propria dell'omissione, la strumentalità obbiettiva della condotta doverosa omessa si apprezza, infatti, nella funzionalità, nell'utilità concreta, che la stessa avrebbe assunto in rapporto all'obbiettivo di impedimento condiviso della commissione del reato. La strumentalità della condotta deve, cioè, essere stimata in rapporto al collegamento funzionale esistente con altre condotte e all'eventuale omissione di altri soggetti obbligati: una volta ricostruito il quadro della ripartizione e distribuzione di ruoli e funzioni, si tratta di accertare se e in che modo la violazione dell'obbligo di agire da parte del singolo abbia, nel caso di specie, ostacolato o pregiudicato l'altrui assolvimento di obblighi giuridici di intervento.

Calata nel contesto organizzativo e relazionale in esame, la valutazione della strumentalità – da svolgersi in concreto – dovrà essere riferita a doveri di agire correlati allo svolgimento di funzioni: schematizzando, potrà trattarsi (anche in forma congiunta) ora di adempimenti di tipo strategico-direttivo, ora di attività di controllo e vigilanza, ora doveri di segnalazione e informazione, ora di interventi di natura tecnico-esecutiva o pratico-operativa, ecc.

Tenuto conto dell'interazione sinergica di contributi e ruoli funzionali, della divisione dei compiti e del pervasivo obbligo relazionale, si dovrà accertare se e in che termini, l'omissione del singolo obbligato abbia in concreto inciso e si sia ripercosso sulla funzionalità della complessiva attività di prevenzione e impedimento dell'evento-reato verificatosi, alla luce delle dinamiche di realizzazione del fatto e delle modalità del decorso causale che è sfociato nell'esito lesivo⁹.

La ricostruzione della "catena" funzionale dei contributi consente, infatti, di verificare se le inosservanze altrui siano o meno collegate all'inosservanza del soggetto preso in considerazione e l'influenza che le prime hanno esercitato sulla seconda¹⁰.

9. Sul rilievo che il profilo causale rispetto all'evento può assumere in rapporto all'esigenza di delimitazione e selezione del campo di doveri destinati a giocare un ruolo preventivo, sul presupposto secondo cui l'inottemperanza al ruolo di richieda «una specifica corrispondenza nelle modalità del decorso causale che ha rappresentato lo sbocco "conclusivo" della vicenda plurisoggettiva», v. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni, op. cit.*, p. 9 ss.

10. V. G.A. De Francesco, *Il concorso di persone, op. cit.*, p. 3931, secondo il quale «il pas-

Avuto riguardo all'ambito strategico-direttivo, si tratterà di verificare la sussistenza e il "peso" assunto nella vicenda concreta da *deficit* sistemico-strutturali dell'apparato preventivo-impeditivo (si pensi, ad es., all'analisi e alla valutazione dei rischi) e la concreta funzionalità dell'omissione individuale del decisore rispetto all'evento-reato verificatosi.

Per quanto concerne gli omessi interventi di segnalazione e allerta, da un lato, e di comunicazione e di informazione, dall'altro, si dovrà accertare l'eventuale valenza strumentale che il *deficit* cognitivo-informativo ha assunto sul piano dell'impedimento pluripersonale e complesso dell'evento¹¹, ripercuotendosi sulla funzionalità degli interventi di altri soggetti coinvolti nell'esercizio dell'attività.

Per quanto riguarda il "sistema" di controllo interno, non si potrà prescindere dalla complessità e dall'articolazione distinguendo tra controlli di linea o di primo livello (spettanti al titolare del processo), quelli di secondo livello (di competenza della funzione *compliance*, *risk management*, dirigente preposto e controllo di gestione) e quelli di terzo livello (propri dell'*internal audit*), verificando l'influenza che l'omissione del singolo ha esercitato sulla "catena" funzionale dei contributi, tenuto conto del modo in cui l'offesa si è concretamente realizzata.

Nell'ottica della fattispecie plurisoggettiva eventuale e dell'impedimento condiviso e pluripersonale, passa in secondo piano – divenendo marginale – la valutazione di chi debba considerarsi "autore mediante omissione" del fatto da imputare: nella logica della partecipazione, ciò che conta è, infatti, il contributo all'omissione impropria, in termini di funzionalità obbiettiva, avuto riguardo alla trama dei contributi strumentali.

È in questo quadro "relazionale" che possono iscriversi ed assumere un nuovo profilo funzionale i plurimi ed eterogenei significati estensivi che, come si è visto, la giurisprudenza e la dottrina tendono indebita-

saggio dall'uno all'altro renda talora ardua la ricerca di un nesso "diretto" con il fatto verificatosi non esclude (né deve escludere), tuttavia, la possibilità di seguire pur sempre la "trama" complessiva dell'*iter* partecipativo, fino al momento conclusivo in cui esso ha avuto modo di esprimersi e manifestarsi. Ognuno di quei contributi dovrà creare, in effetti, la premessa per lo svolgimento dell'altro».

11. Sul punto cfr. F. Consulich, *Errare commune est*, *op. cit.*, p. 16 ss.



mente ad attribuire al concetto di “impedimento” in aggiunta a quello di neutralizzazione, intesa come azione in grado di evitare propriamente il verificarsi dell'evento, che – come si sostiene in questa sede – può ritenersi esclusivamente la condotta suscettibile di assumere rilievo sul piano monosoggettivo, in termini di omissione impropria.

Si intende fare riferimento all'omessa effettuazione di interventi di differimento significativo dell'evento, di attenuazione degli effetti, di frapposizione di ostacoli, di ostruzione dell'altrui condotta, di resistenza od opposizione, ecc., che sovente vengono posti a fondamento della responsabilità omissiva di soggetti, invero, sprovvisti di obblighi di garanzia e di poteri impeditivi. Ebbene, nella misura in cui si rivelino convergenti in direzione dell'evento – per effetto della loro complessiva cooperazione interattiva alla produzione dell'offesa – i predetti interventi omessi potranno essere considerati “tipici” sul piano concorsuale.

Un'ulteriore e significativa implicazione della visione pluripersonale e frazionata dell'impedimento dell'evento è data dal fatto che, ai fini dell'integrazione della fattispecie plurisoggettiva eventuale, non è necessario che il soggetto titolare di obblighi impeditivi abbia violato il proprio dovere funzionale e, cioè, che abbia tenuto una condotta obbiettivamente strumentale rispetto all'impedimento dell'evento.

È possibile, infatti, che, in concreto, ad es., il datore di lavoro non abbia ommesso condotte doverose oppure abbia ommesso di effettuare interventi che, però, non hanno influenzato l'altrui violazione dell'obbligo giuridico di agire e che, dunque, debbano ritenersi non obbiettivamente strumentali all'impedimento plurisoggettivo dell'evento.

Nell'ottica del rapporto funzionale esistente con l'operato di altri membri dell'organizzazione, può, dunque, avvenire che il comportamento (attivo od omissivo) del soggetto obbligato ad impedire risultati privo di concreta funzionalità in rapporto all'impedimento frazionato e plurisoggettivo dell'evento¹².

12. È alla prospettiva ricostruttiva volta a privilegiare la ricerca dei nessi funzionali tra ruoli e comportamenti – che pare potersi utilmente ricondurre anche il controverso fondamento dell'irresponsabilità dei dipendenti per le condotte neutrali e standardizzate tenute in ambito organizzativo; in tema, *ex multis*, v. V. Militello, *La responsabilità personale per il coinvolgimento di imprese in crimini internazionali. Il problema cruciale dei c.d. “atti neutrali”*, in

La fattispecie di cui gli artt. 40, comma 2 e 110 (o 113) c.p. potrebbe risultare ugualmente integrata per effetto della rilevata “influenza” e strumentalità obbiettiva di omissioni realizzate da altri membri dell’organizzazione – che, singolarmente considerati, non risultino titolari di obblighi di impedimento – i quali siano tenuti, in varia guisa, a cooperare alla prevenzione e all’impedimento dell’evento.

8. Corollari e profili di garanzia sottesi alla visione plurisoggettiva ed organizzativa dell’impedimento dell’evento

L’ultima considerazione svolta consente di prendere posizione in ordine a possibili obiezioni in ordine all’eccessiva estensione della sfera di responsabilità penale che potrebbe discendere dall’applicazione del paradigma ricostruttivo in esame.

A tal proposito, pare opportuno sottolineare – ancora una volta – come attualmente problemi e difficoltà imputativi correlati all’impedimento dell’evento nelle organizzazioni complesse tendano ad essere affrontati e “risolti” ora mediante l’indebita moltiplicazione delle figure di garanti e l’abnorme dilatazione della *Garantenstellung* individuale, ora tramite la riconduzione al concetto di “poteri impeditivi” di interventi, strumenti, attribuzioni, ecc., inidonei ad evitare in senso proprio il verificarsi dell’evento, ora attraverso la flessibilizzazione dell’indagine sull’idoneità impeditiva della condotta doverosa omessa.

Nell’insieme, nella prassi spiccano l’incertezza e l’indeterminatezza della nozione di “garante”, il “livellamento” e l’omologazione di situazioni soggettive manifestamente eterogenee in punto di obblighi e poteri di intervento, la tendenza a privilegiare la visione monosoggettiva ed atomistica dei profili di responsabilità del singolo membro dell’organizzazione, la rinuncia (o, comunque, una grave difficoltà) a confrontarsi, in sede di applicazione dei criteri imputativi, con la complessità delle dinamiche organizzative e con la fondamentale componente relazionale.



Si tratta di impostazioni funzionali alla semplificazione dell'accertamento della responsabilità che consentono, in primo luogo, al pubblico ministero di formulare contestazioni che non tengono conto della complessa articolazione di funzioni e ruoli, correlata alla divisione del lavoro: si accusa il gestore del rischio, quale "garante", di non aver impedito un determinato evento o reato, sulla base di una valutazione "in astratto" degli obblighi e dei poteri connessi alla qualifica individuale.

Le contestazioni a carico dei vari membri dell'organizzazione, a vario titolo coinvolti nella vicenda omissiva, tendono ad assumere una connotazione "radiale": imputazioni che, prendendo le mosse dalla posizione rivestita dall'intraneo, ne seguono la convergenza funzionale verso l'evento, prescindendo dalle interconnessioni e dalle articolazioni interne. Molteplici "direttrici" di garanzia che, senza punti di tangenza o interferenze, convergono – in forma disaggregata – verso l'evento da impedire, dando, appunto, luogo ad un quadro complessivo di responsabilità individuali a "simmetria raggiata", debitore sia del dogma dell'accessorietà, sia del dogma della causalità.

Segni di tale approccio sono visibili anche nell'idea – emergente nella sentenza a Sezioni Unite nel caso Thyssenkrupp – della "competenza" quale strumento di selezione delle sfere di responsabilità gestionale e, più precisamente, nella propensione alla "separazione" sottesa alla visione del garante quale soggetto chiamato "pro quota", secondo la propria competenza, a gestire o a organizzare specifici fattori di rischio¹³. Un'idea – quella della figura dotata di autonoma ed esclusiva competenza nella gestione di un rischio – che, se non suffragata dall'attenta verifica della reale impedibilità monosoggettiva, prelude ad una vera e propria responsabilità di posizione.

Le impostazioni e le visioni dominanti nella prassi rendono possibile al giudicante limitarsi a riconoscere la sussistenza in capo al soggetto – quale "gestore del rischio" – di una posizione di garanzia in base alla

13. Cass. Sez. Un., 18.9.2014, n. 38343; in tema, v. D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in «Criminalia», 11, 2015, p. 509 ss.; A. Nisco, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni Unite Thyssenkrupp*, in *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, F. Curi (a cura di), Bologna, Bologna Univesity Press, 2016, p. 163 ss.

quale l'evento lesivo avrebbe dovuto e potuto essere impedito: sul presupposto della capacità impeditiva dei poteri di intervento a disposizione, si afferma l'idoneità impeditiva della condotta doverosa omessa, in un'ottica, lo si ripete, disaggregata e autoreferenziale, che non rispecchia e non coglie la complessità organizzativa e la componente relazionale alla base dell'impedimento preteso dall'ordinamento.

Non è più tollerabile che, a fronte dell'importanza assunta dalla complessità organizzativa e dal profilo funzionale nei rapporti tra le varie condotte, ci si limiti, in linea con il tradizionale schema "causale", ad affermare genericamente e riduttivamente che, qualora il membro dell'organizzazione tenuto ad agire si fosse attivato, determinati eventi non si sarebbero verificati. La sterile polarizzazione dell'attenzione sul rapporto tra condotta del singolo ed evento è emblematica della visione statica ed "irrelata" che tuttora grava su questa delicata materia.

È, invece, necessario che sia la pubblica accusa, sia i giudicanti, si facciano finalmente carico di predetta complessità, adeguando qualitativamente e prospetticamente i rispettivi oneri probatori e obblighi motivazionali: in entrambi i casi, ci si dovrà, infatti, compiutamente confrontare con il crescente carattere interconnesso e plurisoggettivo che l'impedimento dell'evento assume inevitabilmente nei contesti organizzati.

Se, sul piano oggettivo, il pubblico ministero sarà tenuto a dimostrare puntualmente in che modo la cooperazione sinergica dei concorrenti tenuti ad attivarsi avrebbe con certezza impedito in senso stretto il verificarsi dell'evento, il giudice dovrà, invece, dar conto della prova – ogni oltre ragionevole dubbio – del fatto che l'intervento omesso dal singolo membro dell'organizzazione obbligato ad agire si riveli obbiettivamente strumentale all'impedimento pluripersonale dell'evento, alla luce delle dinamiche concrete della realizzazione del fatto lesivo.

In entrambi i casi si richiede la puntuale ricostruzione della distribuzione e articolazione interna delle funzioni, delle norme di organizzazione¹⁴, dell'interazione tra i vari contributi omessi, del rapporto fun-

14. Sulla necessità di identificare pur sempre, alla luce delle "norme di organizzazione", la fisionomia dei ruoli dei singoli destinatari dei compiti di tutela degli interessi coinvolti v.



zionale con l'operato di altri intranei tenuti ad attivarsi: in altri termini, l'analisi dei nessi strumentali tra i comportamenti attesi dai "gestori del rischio". In difetto di un'effettiva ricerca dei nessi funzionali, di «una corretta "lettura" sul piano teleologico delle dinamiche imputative collegate ad eventuali inosservanze»¹⁵, sia nell'attuazione degli interventi, sia nelle "informazioni" da comunicare ad altri soggetti, l'affermazione di responsabilità penale è destinata a rivelarsi estranea alle dinamiche organizzative e a porsi in contrasto con gli artt. 25 comma 2 e 27 comma 1 Cost.

Ciò che la logica "funzionale" e "strumentale" dell'impedimento richiede è, dunque, uno sforzo ricostruttivo, un impegno probatorio e argomentativo ben superiore a quello dimostrato oggi sulla base di una visione anacronistica, sterile e, soprattutto, "irrelata", degli obblighi di impedimento e di agire, delle funzioni e dei ruoli, sottesi alle attività svolte nelle organizzazioni complesse.

Nella misura in cui poggia sulla ricostruzione delle interazioni di funzioni e sulla delimitazione delle correlative responsabilità individuali, l'inquadramento in chiave plurisoggettiva ed organizzativa dell'impedimento dell'evento si candida, dunque, a svolgere una penetrante funzione di garanzia, qualitativamente superiore a quella – per molti versi, vacua ed apparente – generata dall'applicazione del modello causale al fenomeno impeditivo.

9. Uno sguardo all'elemento soggettivo

Dopo aver illustrato i profili di tipicità del contributo omissivo nel quadro della fattispecie plurisoggettiva eventuale, si può rilevare come, nella prospettiva dell'elemento soggettivo la partecipazione omissiva sia suscettibile di rilevare in forma dolosa (artt. 110 e 40, comma 2, c.p.) o in forma colposa (artt. 113 e 40, comma 2, c.p.).

T. Padovani, *Diritto penale del lavoro*, op. cit., p. 51; sulle strategie di responsabilizzazione nei contesti organizzati, v. M. Catino, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, il Mulino, 2022, passim.

15. G.A. De Francesco, *Brevi riflessioni*, op. cit., p. 16.

Dal primo punto di vista, per quel che concerne il c.d. dolo del fatto, in conformità della categoria dell'insieme e delle sue parti, si dovrà appurare che almeno uno dei partecipi abbia violato il proprio obbligo giuridico di agire, con la coscienza e volontà del fatto tipico¹⁶. Se, da un lato, non è necessario che il coefficiente doloso sia riscontrabile in capo a tutti gli omissenti, dall'altro, non si richiede che tale nesso psichico sia ravvisabile in capo al soggetto gravato *ab origine* dall'obbligo di impedimento: è, anzi, ben possibile che quest'ultimo versi in uno stato di errore o non si sia rappresentato la situazione da cui deriva l'obbligo di impedimento proprio per effetto delle omissioni poste in essere da altri membri dell'organizzazione tenuti ad attivarsi in funzione co-impeditiva, che si siano astenuti dall'agire con l'intento o, comunque, con la volontà di non evitare il verificarsi dell'evento.

Passando alla cooperazione colposa, specularmente, non è necessario che a risultare inosservante sia la condotta tenuta dal soggetto obbligato ad impedire: è sufficiente che, tenuto conto delle circostanze e delle modalità con cui l'omesso impedimento ha avuto luogo, il comportamento inosservante, il contegno colposo rimproverabile, sia tenuto da almeno uno dei membri dell'organizzazione tenuto ad attivarsi in funzione co-impeditiva, in base alle proprie competenze e al proprio ruolo. Si pensi, ad esempio, all'influenza esercitata dall'altrui deficit informativo-comunicativo, che abbia ostacolato o deviato il corretto adempimento – da parte dell'intraneo – del proprio dovere giuridico di intervenire tempestivamente sulla dinamica in atto o di allertare altri membri dell'organizzazione.

Sempre in tema di cooperazione colposa, vi è, inoltre, da precisare che il principio – affermato in rapporto ai reati commissivi di evento – secondo cui la violazione della regola cautelare deve trovare espressione nella condotta causatrice dell'evento e il dovere cautelare rileva come profilo autonomo nella condotta causale, non pare valere per l'omissione impropria in contesti plurisoggettivi, a causa delle diverse caratteri-

16. V. T. Padovani, *Plurisoggettività, op. cit.*, p. 96.



stiche e proprietà che qualificano strutturalmente l'omesso impedimento colposo (tra cui, *in primis*, l'essenza normativa della condotta).

Nei contesti in esame, il c.d. dolo di concorso così come il coefficiente soggettivo – tradizionalmente richiesto ai fini della cooperazione colposa – rappresentato dalla consapevolezza di interagire con altri, è destinato ad assumere un ruolo al contempo più specifico e immanente, in dipendenza del carattere – di regola – plurisoggettivo e coordinato dell'impedimento dell'evento.

Sul versante doloso, ad assumere rilievo è, infatti, la coscienza dell'intraneo della titolarità di una sfera di attribuzioni, di poteri-doveri, funzionalmente e teleologicamente orientati all'impedimento plurisoggettivo di una data gamma di eventi: la generica e tradizionale consapevolezza di interagire con altri si traduce qui nella coscienza dei nessi e dei rapporti che intercedono tra la propria condotta e quella degli altri obbligati ad agire.

Un requisito connettivo-relazionale, che rappresenta la proiezione soggettiva dell'obbiettiva concatenazione di ruoli e di funzioni che caratterizza le dinamiche impeditive nei contesti organizzati.

Sul versante colposo, come già rilevato in precedenza, alla luce della complessità della struttura, tale requisito connettivo-relazionale, non può non assumere una connotazione squisitamente normativa, in termini di rappresentabilità del proprio ruolo funzionale e dei nessi intercorrenti con le altrui condotte, avuto riguardo allo specifico contesto fattuale in cui si è verificato l'omesso impedimento dell'evento.

Nella fattispecie plurisoggettiva eventuale applicata alla partecipazione omissiva nei contesti organizzati, un peso fondamentale e un significato cruciale di garanzia in rapporto all'art. 27, comma 1, Cost., sono destinati ad assumere i principi di autoresponsabilità e di affidamento¹⁷.

17. *Ex multis*, v. M. Mantovani, v. *Affidamento (principio di)*, in *Il reato colposo*, M. Donini (a cura di), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2021, p. 1 ss.; avuto riguardo all'ambito medico-chirurgico, v. A. Palma, *Paradigmi ascrittivi*, *op. cit.*, p. 137 ss.; 169 ss.; L. Risicato, *L'attività medica di équipe*, *op. cit.*, p. 1 ss.; C. Silva, *Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell'attività medica di équipe*, in *Studi in onore di M. Ronco*, Ambrosetti E.M. (a cura di), Torino, Giappichelli, 2017, p. 455 ss., in tema di autoresponsabi-

La pervasiva connotazione relazionale dei ruoli all'interno dell'organizzazione, l'intreccio cooperativo, non possono non trovare corrispondenza nella valorizzazione di entrambi i canoni citati, in funzione della delimitazione della responsabilità penale.

Tenuto conto della preminenza assunta dalla connessione funzionale con l'altrui operato e dal rilievo assunto dalla sequenza dei contributi obiettivamente strumentali, si deve ritenere, infatti, che – in linea di principio – l'intraneo possa fare legittimo affidamento sul corretto adempimento – da parte dei membri dell'organizzazione tenuti ad attivarsi – dei doveri funzionali che rappresentano la premessa o il presupposto del proprio obbligo di agire, in accordo alla visione dinamica e interattiva sottesa al fenomeno impeditivo.

Fino a prova contraria, tenuto conto della convergenza di funzioni e ruoli verso il fine – comune ed unico – dell'impedimento dell'evento, ciascun membro dell'organizzazione non può fare a meno di fare affidamento sulla ripartizione e sul corretto adempimento degli obblighi.

La legittimità di tale affidamento viene meno quando l'altrui inosservanza risulti ragionevolmente prevedibile in base alle circostanze concrete, alle incombenze e alle capacità cognitivo-rappresentative del co-impeditore, il quale avrebbe potuto e dovuto rilevare l'altrui comportamento irregolare o inosservante, intervenendo – direttamente o mediante terzi – sul processo causale in atto.

Una simile eventualità potrebbe registrarsi, soprattutto, con riferimento ai titolari di mirati obblighi di controllo e vigilanza, in rapporto a specifiche situazioni e a dinamiche fattuali che rientrino nello spettro preventivo delle proprie attribuzioni.

Applicazioni e prospettive

Sommario: 1. Premessa. - 2. Impedimento plurisoggettivo e sicurezza del lavoro. - 3. Prevenzione dei reati ambientali e impedimento pluripersonale (cenni). - 4. Cooperazione multidisciplinare tra più persone e impedimento plurisoggettivo. - 5. Prevenzione di reati: il “nodo” della responsabilità penale dei membri dell’O.d.v. nella prospettiva dell’impedimento plurisoggettivo. - 6. Posizioni di garanzia necessariamente plurisoggettive? L’impedimento di reati in ambito societario. - 7. Impedimento pluripersonale dell’evento e funzioni di protezione civile. - 8. L’impedimento pluripersonale tra dimensione individuale e proiezione collettiva dell’obbligo di garanzia.

1. Premessa

Dopo aver messo a fuoco i lineamenti generali della figura di impedimento plurisoggettivo e frazionato nel quale si è ritenuto di individuare lo schema di riferimento nella ricostruzione sistematica del concorso omissivo, si pone la necessità di applicare tale modello a taluni ambiti di particolare significato criminologico quali quelli della sicurezza e salute del lavoro, dell’ambiente, della cooperazione multidisciplinare in genere e dell’attività medico-chirurgica di *équipe*, in particolare, della prevenzione dei reati in ambito societario, avuto riguardo anche alla delicata e controversa categoria dei c.d. reati collegiali e, infine, della protezione civile.

L’ordine nel quale saranno valutate le applicazioni “settoriali” corrisponde al crescente livello di *plurisoggettività necessaria* sotteso ai feno-



meni “impeditivi” via via considerati, sino a giungere alla considerazione di forme “collegiali” o “istituzionali” di impedimento dell’evento.

2. Impedimento plurisoggettivo e sicurezza del lavoro

Nel settore in esame, costellato dalla previsione di reati a soggettività ristretta, il modello dell’impedimento plurisoggettivo può trovare applicazione ai fini dell’individuazione dei soggetti responsabili, alla luce della ripartizione legale degli obblighi di sicurezza e del decentramento di funzioni di garanzia, ossia della “rete” di doveri di garanzia di cui è intessuta la struttura partecipata della prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali¹, anche alla luce del ruolo esercitato di fatto, ai sensi dell’art. 299, d.lgs. 81/2008.

È stato osservato che allorquando, come spesso avviene in questo quadrante di tutela, si registrino «colpevoli errori o trascuratezze» da parte di più figure soggettive, il modello condizionalistico mostra i propri limiti². Si riconosce l’impossibilità di esperire «l’analisi logica condizionalistica» e la necessità di ricorrere alla «considerazione integrata dei differenti frammenti [...] all’interno della procedura codificata»³.

Una “visione integrata” che corrisponde, per l’appunto, alla categoria dell’insieme e delle sue parti che è stato in precedenza individuato quale presupposto sistematico di inquadramento dell’omesso impedimento nei contesti organizzati.

La complessa interferenza reciproca tra obblighi di impedimento ed obblighi di agire che caratterizza questo quadrante di tutela può trovare nella logica dell’impedimento condiviso e plurisoggettivo un’utile chiave di lettura e di composizione unitaria, oltre che un criterio di razionalizzazione e delimitazione delle responsabilità individuali.

1. In tema, *ex multis*, v. S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 50 ss.

2. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 283, il quale inserisce tale ipotesi nell’ambito del frequente verificarsi di «diversi frammenti logicamente non autosufficienti», che si intrecciano, «componendo l’insieme dal quale scaturisce l’infortunio».

3. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 283.

Il nucleo originario e indefettibile del paradigma *pluripersonale* di impedimento è rappresentato dalla delega di funzioni⁴, che come è noto, proprio in questo settore è germinata e si è sviluppata, estendendosi poi ad altri ambiti di tutela.

In conformità dell'orientamento tendente ad attribuire alla delega l'efficacia costitutiva di ulteriori vincoli di garanzia e, al contempo, a postulare in capo al delegante la permanenza dell'obbligo di garanzia (sia pur modificato contenutisticamente)⁵, si ritiene, infatti, che, in caso di evento lesivo dipendente dall'inadempimento del delegato, quest'ultimo risponda a titolo di concorso nel reato omissivo del delegante (il quale, a sua volta, sarà ritenuto o meno corresponsabile, sulla base della sussistenza o meno di una *culpa in eligendo* o *in vigilando*)⁶.

Il fatto che la questione della responsabilità del delegante sia affrontata e risolta sul piano della colpevolezza e del contributo concorsuale conferma il fatto che la delega di funzioni possa essere considerata la "cellula primigenia" del complesso ed articolato sistema plurisoggettivo di prevenzione e impedimento degli eventi lesivi correlati alla salute e sicurezza del lavoro.

Ciò precisato, si tratta di volgere uno sguardo ai lineamenti che qualificano questo versante di tutela sotto il profilo soggettivo.

In un sistema, ispirato alla logica della divisione ed avente «una forte impronta relazionale, legata cioè alla coordinata interazione di diversi agenti a distinti livelli e con specifiche competenze»⁷, assume rilievo

4. *Ex multis*, da ultimo, v. G. Morgante, *La ripartizione volontaria dei doveri di sicurezza tra garanti 'innominati': la delega di funzioni*, in *Studi in onore di A. Fiorella*, M. Catenacci, V.N. D'Ascola, R. Rampioni (a cura di), Roma, Roma Tre Press, 2021, vol. I, p. 1715 ss.

5. Come osservato da G.A. De Francesco, *Diritto penale, op. cit.*, p. 660, «le peculiarità del fenomeno plurisoggettivo possono concretamente porsi in termini tali che i compiti affidati a determinati "garanti" vengano perfino [...] a "mutare di contenuto", proprio in ragione della difficoltà (se non impossibilità) di "vigilare" costantemente su tutti i comportamenti propri di altri soggetti, nello sforzo estremo di scongiurare la realizzazione del fatto».

6. V. T. Padovani, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, F. Angeli, 1983, p. 74; sul raccordo tra gli artt. 16 comma 3 e 30 comma 4 d.lgs. 81/2008, v. F. Bellagamba, *Adempimento dell'obbligo di vigilanza da parte del delegante e sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4, T.U. n. 81/2008 punti di contatto e possibili frizioni*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro*, G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda (a cura di), Pisa, Ets, 2015, p. 65 ss.

7. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 43; come rilevato da G.A. De Francesco, *Diritto penale, op. cit.*, p. 661, nella prospettiva dei doveri di garanzia del capo dell'impresa (o degli



il risalente paradigma «di distribuzione intersoggettiva c.d. a cascata del debito prevenzionistico, articolato secondo una forma piramidale al cui vertice troviamo il datore di lavoro»⁸, c.d. garante primario, con la precisazione che all'interno della stessa realtà aziendale è possibile individuare la compresenza di più datori di lavoro, in dipendenza della pluralità di responsabili dell'impresa o di una sua unità produttiva (c.d. modello "multidatoriale" di gestione della sicurezza).

Nel caso di organizzazioni complesse, il ruolo datoriale è svolto, come è noto, dall'organo di vertice rappresentato dal C.d.a., cui l'omesso impedimento dell'evento dovrebbe essere addebitato solo nel caso in cui l'esito offensivo sia la conseguenza di un *deficit* sistemico-organizzativo, di «scelte di carattere generale afferenti alla politica aziendale»⁹.

In primo piano si pongono, dunque, gli obblighi datoriali di valutare i rischi, programmare e adottare le misure appropriate a salvaguardare la sicurezza e vigilare sulla concreta attuazione della disciplina e dell'organizzazione aziendale¹⁰. Come è stato rilevato, «la gestione del rischio è affidata alla cooperazione tra datore di lavoro ed esperti», a conferma del «carattere altamente integrato della disciplina delle sicurezza del lavoro», che presuppone una pluralità di soggetti e di figure «dotati di competenze, conoscenze e ruoli differenti», chiamati a contribuire alla sicurezza del lavoro¹¹; dall'altro, si pone la necessità di che l'attività di vigilanza sull'effettività delle misure di sicurezza sia svolta in forma con-

amministratori in caso di strutture societarie) quali obblighi di corretta organizzazione della sicurezza del lavoro e di vigilanza sulla persistente adeguatezza dell'apparato predisposto, «è la stessa logica di tipo "concorsuale", che rende, dunque, percepibile il nesso tra le diverse attribuzioni all'interno dell'impresa, e, in forma speculare, tra le inosservanze variamente imputabili ai soggetti coinvolti».

8. S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, op. cit., p. 76.

9. R. Blaiotta, *Diritto penale*, op. cit., p. 40.

10. V. R. Blaiotta, *Diritto penale*, op. cit., p. 37; sul ruolo strumentale, sotteso al dovere di vigilanza e controllo di cui all'art. 16 comma 3, d.lgs. 81/2008, «di controllo sull'andamento e gli sviluppi dell'attività imprenditoriale, sì da valutarne la conformità alle scelte organizzative adottate e alle direttive regolarmente impartite», v. G.A. De Francesco, *Diritto penale*, op. cit., p. 661.

11. V. R. Blaiotta, *Diritto penale*, op. cit., p. 33.

divisa e organizzata: sul C.d.a. grava, in particolare, il compito di «vigilare sulla complessiva politica della sicurezza dell'azienda»¹².

Il primo livello di contiguità, interazione e condivisione di obblighi di organizzazione, direzione e di vigilanza è quello relativo al dirigente, che, come è noto, è chiamato ad «attuare le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa». Sulla base delle effettive e concrete ripartizioni di competenze si dovrà ricostruire il peso e la funzionalità obbiettiva che la condotta inosservante del dirigente ha palesato nella concreta dinamica fattuale, avuto riguardo alla propria sfera di attribuzioni e ai correlativi e strumentali obblighi di informazione (come nel caso del dirigente che non abbia tenuto conto delle capacità e delle condizioni del lavoratore in rapporto alle mansioni che dovevano essergli affidate).

Un ulteriore livello di interconnessione funzionale è quello rappresentato dai compiti del preposto, tenuto a vigilare sull'osservanza delle misure di sicurezza da parte dei lavoratori e la cui condotta inosservante di carattere omissivo in fase esecutiva può rivelarsi decisiva nella dinamica complessiva dell'omesso impedimento dell'evento, tenuto conto anche degli obblighi di segnalazione ed informazione che incombono su tale collaboratore.

Si apre, quindi, l'ampio ed articolato ambito di figure soggettive che, pur non risultando titolari di obblighi impeditivi, sono chiamate in varia guisa ad integrare funzionalmente il sistema di sicurezza del lavoro in funzione della prevenzione e dell'impedimento di eventi lesivi: dal responsabile del servizio di protezione e prevenzione al medico competente, dal rappresentante dei lavoratori per la sicurezza ai soggetti esterni al rapporto di lavoro (progettisti, fabbricanti, fornitori, installatori, ecc.). Nel modello di prevenzione e impedimento partecipato in esame, un ruolo attivo e collaborativo nella gestione della sicurezza è, infine, quello affidato al lavoratore, titolare non solo di un obbligo di autotutela, ma anche di doveri di segnalazione di deficienze di mezzi o dell'insor-

12. R. Blaiotta, *Diritto penale, op. cit.*, p. 41.



genza di situazioni di pericolo di cui venga a conoscenza, correlati al proprio livello di formazione¹³.

In estrema sintesi e come si è cercato di dimostrare, ferma la sussistenza di obblighi di garanzia in capo al datore di lavoro, al dirigente e al preposto, nell'ottica dell'impedimento frazionato e plurisoggettivo, si rivela priva di necessità l'accertamento di poteri impeditivi – ora immediati e diretti, ora, invece, indiretti e mediati – in capo al singolo soggetto titolare di obblighi di cooperazione al sistema di sicurezza.

Per un verso, il fatto che il RSPP non rientri tra i “garanti” della sicurezza¹⁴ assume rilievo in un'ottica meramente monosoggettiva, rivelandosi ininfluenza nella prospettiva della fattispecie plurisoggettiva eventuale.

Per altro verso, l'affermazione secondo cui – nel caso in cui il RSPP ometta «di trasmettere al datore di lavoro informazioni scientifiche essenziali per il governo del rischio e per la formazione del documento sulla sicurezza» – l'ignaro garante non sarebbe posto in condizione di «provvedere adeguatamente per scongiurare un evento che sfortunatamente si concretizza», con la conseguenza che vi sarebbe «un unico autore colpevole: il RSPP», riflette un'ottica “atomistica” e unisoggettiva, debitrice di un modello – quello condizionalistico – inadeguato “a fare luce” sui rapporti tra le condotte tenute dai membri dell'organizzazione.

La circostanza il servizio in esame svolga una funzione consultivo-propositiva non è preclusiva del riconoscimento della tipicità del

13. Sullo specifico obbligo di informazione e di segnalazione nei confronti del datore in ordine al deficit di sicurezza, la cui violazione è direttamente sanzionata, v. S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, op. cit., p. 82, la quale sottolinea la tendenza a valorizzare il lavoratore come possibile fonte di informazione in rapporto a qualunque illecito commesso dal datore o dai suoi collaboratori in danno dell'azienda.

14. Cfr. S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, op. cit., p. 107; nel senso che, tenuto conto del delicato ruolo di cooperazione e consulenza svolto dal RSPP, non sarebbe corretto evocare le categorie della concorsualità o della cooperazione del reato per la ragione che, non di rado, l'errore del responsabile non solo causa l'evento «ma esclude la colpa del garante primario fuorviato dalle indicazioni specialistiche del consulente senza che gli si possa muovere alcun rimprovero», v. R. Blaiotta, *Diritto penale*, op. cit., p. 58 ss., il quale ritiene sicuramente riferibile in capo al RSPP il ruolo di garante, non distinguendo, a nostro giudizio, tra obblighi giuridici di agire (eventualmente finalizzati all'impedimento plurisoggettivo dell'evento) e veri e propri doveri di garanzia.

contributo concorsuale del singolo (ad es., il responsabile) allorché l'erroneo suggerimento tecnico o la sottovalutazione di una situazione di rischio abbia, ad es., in concreto indotto il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale. Nell'ottica concorsuale, obbiettivamente strumentale può, dunque, risultare la condotta del responsabile del SPP, che abbia omesso di segnalare ai vertici aziendali l'esistenza di determinati rischi di cui non si sia tenuto conto nelle scelte "strategiche" di gestione della sicurezza.

In definitiva, nella logica del "potere impeditivo" risultante dalla complessiva interazione e integrazione dei vari ruoli funzionali e poteri di intervento, a risultare determinante è la strumentalità obbiettiva che l'inosservanza del singolo presenta in rapporto all'omesso impedimento dell'esito lesivo, alla luce del concreto dipanarsi dei fatti. In questa direzione, si dovrà accertare se e in che misura l'inadempimento individuale si sia "comunicato" e "riflesso" sulle scelte o sulle mancate scelte effettuate da altri obbligati ad agire, nell'ambito della interconnessione di funzioni teleologicamente orientate all'impedimento dell'evento, che caratterizza complessivamente l'operato dell'organizzazione complessa.

3. Prevenzione dei reati ambientali e impedimento pluripersonale (cenni)

Come è noto, anche nell'ambito dei reati ambientali il tema dei soggetti penalmente responsabili viene affrontato dall'angolo visuale della responsabilità per omissione, con riferimento ad obblighi giuridici di impedimento dell'evento cagionato da terzi¹⁵.

15. V. C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 75; per ulteriori approfondimenti, v. R. Germano, *La responsabilità per omesso impedimento di reati in materia edilizia e ambientale: un contributo allo studio delle posizioni di garanzia nella giurisprudenza*, in «Lex Ambiente. Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente», 3, 2, 2020, p. 16 ss.; in giurisprudenza, i funzionari dell'Arpa, preposti al controllo e alla vigilanza ambientale, sono ritenuti titolari di una posizione di garanzia incentrata sull'impedimento dei reati ambientali commessi dai terzi (ad es., illecito smaltimento di rifiuti: cfr. Cass. IV, 15.12.2010, n. 3634). Si esclude, invece, che il proprietario del fondo sia tenuto ad impedire la commissione di reati di realizzazione e gestione di discarica non autorizzata, «anche in caso di mancata attivazione per la rimozione dei rifiuti, a condizione che non compia atti di



In questo settore, allorché le condotte di inquinamento ambientale ricadano nell'ambito dell'attività di impresa, un ruolo fondamentale è quello assunto dalla delega di funzioni ambientali, la quale, priva di disciplina "ad hoc", è penetrata ed è stata recepita dalla giurisprudenza con qualche ritardo rispetto al comparto di tutela della sicurezza del lavoro¹⁶.

A differenza di quest'ultimo settore, nel quadrante di tutela penale dell'ambiente non si registra la tipizzazione normativa di figure soggettive chiamate a vario titolo e livello a cooperare alla sicurezza ambientale e a rispondere penalmente in caso di inadempimento dei rispettivi obblighi di agire. Nella prassi, ciò implica, inevitabilmente, la tendenza della responsabilità penale a "risalire" verso i soggetti in posizione apicale (amministratore unico, amministratore delegato, C.d.a., ecc.): un fenomeno di livellamento verso l'alto, temperato soltanto in parte dal già accennato meccanismo della delega di funzioni.

Nelle organizzazioni a struttura complessa, il rischio di una responsabilità di posizione in materia ambientale è, dunque, tuttora assai consistente: si pone la necessità di riconsiderare in un'ottica di più ampio respiro la gamma degli obblighi di garanzia, valorizzando il ruolo e l'influenza fondamentali che sull'impedimento dell'evento lesivo può in concreto esercitare l'osservanza dei doveri di monitoraggio, informa-

gestione o movimentazione dei rifiuti, atteso che tale responsabilità sussiste solo in presenza di un obbligo giuridico di impedire la realizzazione o il mantenimento dell'evento lesivo» (Cass. IV, 12.10.2005, n. 2206); si esclude che sia configurabile una responsabilità "di posizione" del proprietario dell'area interessata dall'illecita gestione di rifiuti (v. Cass. IV, 10.6.2014, n. 40528), sul presupposto secondo cui nessuno possa «essere chiamato a rispondere per il semplice fatto che un suo possibile intervento soccorritore avrebbe scongiurato la lesione di beni giuridici altrui, a meno che non vi sia uno specifico obbligo giuridico, imposto espressamente da una specifica disposizione legislativa, di impedire il verificarsi di quello specifico evento» (non previsto in tale forma a carico del proprietario): cfr. Cass. IV, 12.11.2013, n. 49327.

16. *Ex multis*, v. C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, op. cit., p. 80 ss.; E. Napoletano, *Manuale di diritto penale ambientale*, Bologna, Zanichelli, 2021, p. 83 ss.; 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, p. 226 ss.; in riferimento alla responsabilità dell'ente collettivo da reato ambientale, v. G. Amarelli, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in «Cassazione penale», 66, 1, 2016, p. 405 ss.

zione e controllo da parte di altri membri dell'organizzazione chiamati a cooperare con i soggetti tradizionalmente ritenuti "garanti primari" della sicurezza ambientale.

Nel settore in esame, sottoposto da tempo a straordinarie pressioni e flessibilizzazioni, il modello dell'impedimento condiviso e pluripersonale può, quindi, contribuire a rendere il rimprovero penale più aderente a quelle che sono le reali funzionalità obbiettive delle singole inosservanze in rapporto all'omesso impedimento dell'evento e a restituire canoni di imputazione della responsabilità maggiormente in linea con i principi di autoresponsabilità e di affidamento.

4. Cooperazione multidisciplinare tra più persone e impedimento plurisoggettivo

Divisione del lavoro, plurisoggettività e interazione di competenze professionali rappresentano i dati qualificanti le attività che si svolgono in un «contesto di cooperazione multidisciplinare tra più persone»¹⁷.

Si tratta di un modello di organizzazione delle attività che può essere riscontrato, ad es., nell'ambito della progettazione di edifici e dell'effettuazione di esperimenti o studi scientifici, e che trova nel quadro – multiforme – dell'attività sanitaria organizzata (c.d. attività *d'équipe*), l'ipotesi emblematica¹⁸.

17. V. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 41, il quale per «contesto di cooperazione multidisciplinare» intende «la convergenza di una serie di condotte, contestuali o sviluppate in tempi diversi, dislocate in una medesima struttura o in strutture diverse, ma dirette al raggiungimento di un obiettivo comune – la salvaguardia e cura del paziente nel caso dell'attività medico-chirurgica, oppure l'implementazione di un programma educativo o riabilitativo, o la ricerca di determinati risultati, o la realizzazione di un'opera, o l'espletamento di una prestazione caratterizzata da particolare complessità – e per questo collegate da un nesso funzionale, per cui è necessaria l'interazione tra diverse competenze tecnico-scientifiche, senza la quale lo scopo non potrebbe essere efficacemente perseguito»; per ciò che concerne i meccanismi di imputazione dell'evento per colpa nelle organizzazioni che operano in ambienti altamente complessi, v. la recente indagine di E. Greco, *Profili di responsabilità penale del controllore del traffico aereo. Gestione del rischio e imputazione dell'evento per colpa nei sistemi a interazione complessa*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 43 ss.

18. In tema, *ex multis*, v. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 41 ss.; A. Provera, *Responsabilità penale per attività svolte in équipe*, in *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in ambito sanitario*, A. Oliva, M. Caputo (a cura di), Torino, Giappichelli, 2021, p. 403



Siamo di fronte a quella che viene definita «forma strutturata di cooperazione, teleologicamente orientata a disimpegnare un'attività complessa e articolata», in vista di uno scopo comune e unico (ad es., la cura del paziente), i cui caratteri più evidenti sono rappresentati dalla plurisoggettività e dalla multidisciplinarietà¹⁹.

Anche in questo ampio ed articolato settore di attività si riscontra il dato – cruciale nell'economia della presente indagine – del frazionamento, visibile sia nella frammentazione degli ambiti di competenza, sia nella parcellizzazione del ruolo e delle funzioni tra i singoli operatori (ad es., quelli sanitari)²⁰.

Gli obiettivi cui tende la divisione dei compiti possono essere conseguiti soltanto attraverso l'assetto cooperativo, attraverso l'attività integrata di competenze professionali diversificate e spesso autonome.

In conseguenza della sempre più articolata specializzazione e complessità delle prestazioni, il singolo non sarebbe in grado “da solo” di assicurare l'interesse protetto: «in un contesto divenuto *sempre più* a carattere “plurisoggettivo”, *sempre meno* significativa si rivela l'indagine» in ordine a «chi», nello specifico, debba considerarsi propriamente autore della singola condotta «“causatrice” dell'evento lesivo»²¹, anche nella forma omissiva impropria.

In un simile contesto, presupporre che al singolo operatore possa in ogni caso essere imputato l'omesso impedimento dell'evento, in quanto in grado di intervenire in funzione salvifica, significherebbe, dunque, non tenere conto del fenomeno di coinvolgimento integrato di più soggetti e saperi che innerva sempre più spesso questa tipologia di attività.

ss.; L. Risicato, *L'attività medica di équipe*, *op. cit.*, p. 1 ss.; A. Roiati, *Medicina difensiva*, *op. cit.*, p. 240 ss.

19. V. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 41, secondo il quale la plurisoggettività sarebbe qualificata dal fatto di essere costituita «da un gruppo integrato che preesiste rispetto alle condotte che possono determinare una responsabilità penale: qualora si configuri una cooperazione colposa *ex art.* 113 c.p. nella commissione di reati, la struttura pluripersonale dell'*équipe* rappresenta il contesto in cui questa avviene, e non coincide con la plurisoggettività quale elemento di tipicità richiesto dalla fattispecie concorsuale, per cui non si potrà incardinare il rimprovero automaticamente su tutti i membri dell'*équipe* per il solo fatto di farne parte, ma andrà dimostrato chi dei componenti risponde e in che misura».

20. Cfr. A. Roiati, *Medicina difensiva*, *op. cit.*, p. 241.

21. G.A. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale*, *op. cit.*, p. 965.

La logica “atomistica” e monosoggettiva dell’impedimento diretto dell’evento da parte del singolo operatore che permea ancora l’elaborazione giurisprudenziale non coglie, insomma, la trama relazionale, il carattere frazionato e interconnesso dei contributi sottesi alla dinamica cooperativa nei contesti in esame.

In riferimento alla “plurisoggettività” dello scenario terapeutico, se, da un lato, si è osservato che la condotta medica tende a risultare sempre più «collegata all’espletamento di ulteriori condotte ad opera di terzi (anch’essi) impegnati nell’esercizio dell’attività a beneficio di un determinato paziente»²², dall’altro, si è rilevato che «l’opera del sanitario è inevitabilmente inter- e pluri-soggettiva. Egli interagisce col proprio paziente; assai di frequente, poi, coopera con colleghi; i suoi comportamenti, dunque, influiscono spesso su scelte altrui»²³.

Ad assumere un rilievo prioritario è, dunque, il fenomeno dell’intersecarsi di compiti e mansioni funzionalmente interdipendenti, in modo tale che «ognuna di esse viene a fare da premessa allo svolgimento dell’altra, *senza che, tuttavia, possa dirsi che l’assolvimento dei doveri propri di ciascuno possa da solo assicurare un risultato favorevole al paziente*»²⁴.

Nell’ottica pluripersonale e relazionale²⁵, l’attenzione deve, dunque, essere rivolta allo snodarsi dei comportamenti, ai rapporti tra condotte nel loro sviluppo sincronico (come nel caso di intervento chirurgico

22. G.A. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale*, op. cit., p. 964.

23. V. A. Vallini, *Cooperazione e concause*, op. cit., p. 477 ss.; sui rapporti tra attività del sanitario e organizzazione della struttura sanitaria, v. A. Madeo, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 8 ss.

24. G.A. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale*, op. cit., p. 965, il quale, però, a differenza dell’impostazione seguita nella presente indagine, considera ciascun soggetto cooperante «gravato da una posizione di garanzia “strumentale” e “servente” [...] rispetto a quella ricoperta da possibili compartecipi»; nel senso che «una posizione di garanzia nei confronti del paziente è pacificamente configurabile in capo all’équipe e a ogni suo membro», v. L. Cornacchia, *Colpa d’équipe*, op. cit., p. 48.

25. Sul punto, v. R. Bartoli, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo: rischi, regole, centri d'imputazione*, in «Rivista italiana di medicina legale e di diritto sanitario», 41, 5, 2020, p. 2053 ss.; Id., *Individuale e collettivo nella individuazione delle responsabilità penali per difetti strutturali e organizzativi in ambito sanitario*, in «Rivista italiana di medicina legale e di diritto sanitario», 39, 2, 2018, p. 793 ss.



effettuato da un'*équipe*)²⁶ o diacronico (successione temporale di attività unificate dal nesso di cooperazione tra discipline e specializzazioni)²⁷.

Realisticamente, ciò che può pretendersi dal singolo obbligato ad agire è, dunque, la creazione dei presupposti e delle condizioni funzionali al corretto svolgimento delle mansioni e all'adozione di scelte adeguate da parte di terzi impegnati sinergicamente nell'attività finalizzata all'obiettivo terapeutico (ad es., la diagnosi rispetto alla somministrazione di un dato farmaco).

Postulare la configurabilità in capo ad ogni componente dell'*équipe* di un'autonoma posizione di garanzia qualificata da obblighi e poteri impositivi dell'esito lesivo, perlopiù fondati su un pervasivo e quanto mai indefinito dovere incrociato di controllo, significa non tenere conto del fatto che l'impedimento in senso stretto passa attraverso il necessario coinvolgimento integrato di più soggetti e competenze professionali.

Anche in quest'ambito, il modello che pare esprimere meglio la tensione impeditiva emergente dall'interazione pluripersonale è, dunque, quello dell'esecuzione frazionata.

In questa prospettiva, dato per acquisito il dato della pluralità di partecipi mediante omissione, il criterio di identificazione della tipicità della condotta cooperativa deve essere individuato non più – come già sottolineato – nell'improbabile e improduttivo criterio causale, bensì nella strumentalità della condotta inosservante a determinare nell'altrui comportamento un intervento difforme dalle esigenze teleologicamente correlate all'obiettivo comune cui si raccordano i ruoli e le funzioni dei soggetti coinvolti (ad es., la finalità terapeutica)²⁸.

Come già osservato, il requisito della coscienza di agire in cooperazione deve ritenersi connaturato al coinvolgimento integrato di più

26. Sull'organizzazione orizzontale sincronica dei compiti quale modello tipico di cooperazione dell'attività di *équipe*, v. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 44; A. Di Landro, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità paenale nel lavoro medico d'équipe*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 18, 1/2, 2005, p.228; Silva S., *Responsabilità colposa e principio di affidamento*, *op. cit.*, p. 459 ss.

27. Su tale distinzione, v. L. Cornacchia, v. *Colpa d'équipe*, *op. cit.*, p. 43 ss.; P. Provera, *Responsabilità penale*, *op. cit.*, p. 402.

28. V. G.A. De Francesco, *L'imputazione della responsabilità penale*, *op. cit.*, p. 964 ss.

soggetti nello svolgimento delle attività in esame e, dunque, tutt'al più suscettibile di assumere una valenza normativa (rappresentabilità dell'interazione di terzi): un dato tanto immanente alla cooperazione multidisciplinare da fondare, correlativamente, la regolare operatività del principio di affidamento, in ossequio alla autonomia, alla pluralità, di saperi e specializzazioni e, soprattutto, al principio di personalità della responsabilità penale.

5. Prevenzione di reati: il “nodo” della responsabilità penale dei membri dell'O.d.v. nella prospettiva dell'impedimento plurisoggettivo

La figura di impedimento plurisoggettivo e frazionato finora tratteggiata appare, inoltre, in grado di consentire di riconsiderare da una nuova e diversa angolazione il controverso tema della responsabilità penale dei componenti dell'organismo di vigilanza, in riferimento alla prevenzione e all'impedimento dei reati-presupposto della responsabilità collettiva da reato (art. 6, d.lgs. n. 231/2001).

Si è visto in precedenza come l'opinione dominante in dottrina escluda la configurabilità di una vera e propria posizione di garanzia in capo ai membri dell'O.d.v., sul presupposto sia del carattere “categoriale” e organizzativo della loro attività istituzionale di prevenzione (che non riguarderebbe comportamenti individuali), sia del difetto di poteri realmente impeditivi dell'evento-reato.

Coloro i quali giungono a conclusioni diverse – configurabilità di una posizione di garanzia – fanno ricorso al concetto di poteri impeditivi di carattere mediato o indiretto, concernenti l'attivazione di procedure correlate alla gestione del rischio-reato e in grado di ostacolare il compimento di reati presupposto.

In entrambi i casi, la rilevanza penale dell'eventuale omissione del componente dell'organismo viene subordinata alla titolarità di una “*Garantenstellung*” in varia guisa modulata.

Come anticipato, si ammette, invece, la corresponsabilità a titolo concorsuale dei membri dell'O.d.v. ex art. 113 c.p. nel caso di delitti colposi, allorché uno più membri dell'O.d.v. tengano condotte commis-



sive e agevolatrici rispetto alla commissione di reati da parte dei garanti della sicurezza.

Si tratta di un'impostazione che appare, da un lato, limitativa, nella misura in cui restringe – senza necessità e giustificazione normativa – all'ambito commissivo la possibile fonte di responsabilità penale, dall'altro riduttiva, in quanto non tiene conto del quadro di cooperazione plurisoggettiva nella prevenzione del rischio-reato nel quale tale organo è tenuto ad operare: in entrambi i casi, il fattore condizionante – e distorsivo – è rappresentato dalla visuale monosoggettiva e atomistica adottata.

Di per sé considerato, il membro dell'organismo di vigilanza non può, in effetti, considerarsi titolare di obblighi e poteri impeditivi dell'evento-reato e, al contempo, deve, senz'altro, ritenersi gravato da obblighi giuridici di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di gestione e di organizzazione (compresa la segnalazione di eventuali inosservanze in ottica disciplinare), al fine del cui adempimento risulta titolare di poteri autonomi di iniziativa e di controllo previsti dalla legge, che l'ente collettivo deve attribuire ai medesimi se vuole beneficiare dell'esenzione da responsabilità da reato.

Il nodo cruciale è rappresentato dall'eventualità che i membri dell'O.d.v. accertino che è in atto la commissione di un dato illecito-pre-supposto e dalla conseguente responsabilità in caso di omissivo o tardivo intervento (mancata denuncia, segnalazione, allerta, ecc.).

Come è stato rilevato, la dottrina maggioritaria finisce per relegare l'organismo in esame «in una sorta di empireo»: esso è tenuto a vigilare sulla prevenzione del rischio-reato e a riferire all'organo dirigente, deve controllare che i modelli siano idonei a impedire reati, ma, ciò nonostante, non sarebbe tenuto – e non potrebbe procedere – a interventi “impeditivi”, con la conseguente ambiguità e indecifrabilità della sua dimensione funzionale²⁹.

La possibile soluzione del problema – e la definizione dei profili di possibile responsabilità penale a titolo di concorso omissivo – è stata

29. V.T. Padovani, *Societas non delinquere, sed puniri potest*, *Corso di lezioni nella Scuola Superiore Sant'Anna*, a.a. 2020/21, lezione del 17.11.2020, p. 41 della sbobinatura.

individuata in un profilo rimasto finora in ombra, ovvero nella qualificazione giuridica dei membri dell'O.d.v.

Nella misura in cui assume rilievo esclusivamente all'interno dell'ente (art. 6 d.lgs. n. 231/2001) incentrata sul meccanismo del modello organizzativo, si è ritenuto che l'O.d.v. non possa considerarsi un organo della società, bensì un organismo che entri in quel meccanismo esercitando funzioni di «polizia interna»³⁰.

Incidendo sull'*an* della responsabilità penale dell'ente collettivo, la funzione, i poteri e le attività dell'O.d.v. sono regolati da norme che non possono non ritenersi di diritto pubblico, con la conseguente necessità di qualificare i componenti di tale organismo come incaricati di pubblico servizio³¹. Norme di diritto pubblico che impongono a quest'ultimi di denunciare e segnalare tempestivamente la commissione *in itinere* di reati all'organo dirigente, ma che non comportano, in linea di principio e in generale, una responsabilità a titolo di concorso omissivo: al pari dell'agente di polizia, anche il membro dell'O.d.v. non risponde di concorso mediante omissione, «a meno che non si tratti di un reato che la polizia si trova davanti agli occhi», in quanto «è necessario un rapporto diretto che qualifichi i suoi poteri come poteri in concreto e contingentemente impeditivi del reato»³².

Una volta riconosciuta la «dimensione pubblicistica in quei poteri, la posizione di garanzia certamente non c'è, come non c'è rispetto all'incaricato di pubblico servizio rispetto ai reati che vengono commessi

30. «Si tratta di vedere come funzionano le regole. L'O.d.v. dovrà fatalmente occuparsi dei comportamenti delle persone, di come vengono composte le fatture, di chi cura gli acquisti, di come sono regolati i flussi finanziari, non in termini impersonali, ma riferendosi a competenze e organi specifici, che hanno nome e cognome, si torna alle persone fisiche, si esercita un controllo sulle persone fisiche, come fa la polizia» (T. Padovani, *Societas non delinquere, sed puniri potest*, cit., p. 41 della sbobinatura).

31. V. T. Padovani, *Societas non delinquere, sed puniri potest*, cit., p. 41 della sbobinatura, il quale individua in ciò la «differenza rispetto al collegio sindacale, che ha poteri di controllo, vigilanza e che secondo una certa dottrina e una certa giurisprudenza [...] è dotato di un potere impeditivo rispetto ai reati ex art. 2403 c.c. Ma siamo nell'orbita di un'attività di carattere privatistico. È un obbligo di garanzia che nasce per la tutela di interessi privati che stanno all'interno della società. L'O.d.v. non è garante di rapporti privatistici: è un organo che incide su una responsabilità penale».

32. T. Padovani, *Societas non delinquere, sed puniri potest*, cit., p. 42 della sbobinatura.



nell'ambito del servizio su cui esercita i poteri di controllo, a meno che in concreto egli non si trovi nella posizione di impedirli, essendo dotato del dovere di denuncia»³³.

L'acuto ed innovativo inquadramento "pubblicistico" del ruolo funzionale e dei correlati profili di responsabilità penale dei componenti dell'O.d.v. riporta l'attenzione sulla necessità di evitare apriorismi e fossilizzazioni incentrate sulla titolarità di una posizione giuridica di garanzia e sull'impedimento diretto e immediato dell'evento-reato.

Anche se sprovvisti – *uti singuli* – di obblighi e poteri propriamente impeditivi, i membri dell'O.d.v. – in quanto tenuti *ex lege* ad attivarsi in funzione della prevenzione della commissione di reati-presupposto all'interno di un sistema plurisoggettivo ed integrato di *compliance* diretto e coordinato dai vertici aziendali, certamente onerati di obblighi di impedimento – potranno essere chiamati a rispondere di concorso mediante omissione ogni qualvolta *hic et nunc* il loro mancato o tardivo intervento (di denuncia, segnalazione/allerta, ecc.) si sia rivelato obiettivamente strumentale all'omesso impedimento dell'evento-reato da parte dei membri dell'organizzazione complessivamente considerati.

Nella logica dell'esecuzione frazionata dell'impedimento, non si può escludere che, in concreto, l'inadempimento – da parte dei membri dell'organismo – degli obblighi giuridici di controllo e vigilanza si riveli contingentemente disfunzionale rispetto alla prevenzione e alla neutralizzazione di fatti criminosi, non mettendo in condizione gli intranei coinvolti nel sistema di *compliance*, i co-gestori del rischio-reato, di adempiere efficacemente e correttamente ai propri doveri e di adottare le scelte adeguate a fronteggiare le peculiarità del caso di specie.

Sarà onere della pubblica accusa quello di provare la strumentalità della condotta inosservante di segno omissivo – tenuta dal componente dell'organismo – a determinare nell'altrui comportamento un intervento difforme dalle esigenze teleologicamente correlate all'obiettivo comune della prevenzione mediante organizzazione. Prescindendo da valutazioni in termini causali di imponderabili e inesigibili idoneità im-

33. T. Padovani, *Societas non delinquere, sed puniri potest*, cit., p. 42 della sbobinatura.

peditive, nel solco di un'impostazione tradizionale che, come si è cercato di dimostrare, appare sempre più una pseudo-garanzia del principio di personalità della responsabilità penale.

6. Posizioni di garanzia necessariamente plurisoggettive? L'impedimento di reati in ambito societario

È giunto il momento di verificare se e in che termini la chiave di lettura proposta in quest'indagine possa trovare applicazione nell'ambito dei profili di responsabilità omissiva configurabili a carico dei titolari di funzioni di amministrazione o di controllo in ambito societario e sinteticamente illustrati in precedenza, allorquando si era sottolineata la frattura tra prassi e teoria in ordine alla determinazione dell'*an* e del *quomodo* di tale forma di responsabilità.

Come si ricorderà, il principale tratto differenziale era stato individuato nella diversa valutazione del carattere e del livello impeditivo dei poteri di intervento e, in particolare, nell'antitetico peso e rilevanza attribuito nel diritto vivente e nell'elaborazione dottrinale alla dimensione individuale o collegiale degli obblighi-poteri impeditivi.

Se, in giurisprudenza (e in una parte minoritaria della dottrina), tale aspetto problematico viene affrontato e risolto mediante la teorica dei poteri mediati o indiretti di intervento (di carattere informativo o sollecitatorio), ritenuti idonei a integrare gli estremi di una posizione di garanzia suscettibile di combinarsi – *ex art. 40 comma 2 c.p.* – con la norma concorsuale in funzione estensiva della tipicità, nella dottrina maggioritaria, invece, la difficoltà di rinvenire nel diritto societario poteri individuali direttamente impeditivi di atti gestori induce, all'opposto, ad espungere dal novero dei "garanti" i componenti del Consiglio di amministrazione e del Collegio sindacale, con la conseguente conclusione dell'irresponsabilità penale di quest'ultimi in caso di condotte inosservanti di segno omissivo (salva la previsione di reati omissivi propri).

La criticità con cui è necessario confrontarsi è, dunque, l'irrisolta interazione dialettica tra individuale e collegiale, ossia il fatto che il comportamento individuale si inserisce in un contesto di azione collettiva, che trova espressione in delibere collegiali e da quest'ultime trae



significato normativo³⁴: come è stato osservato, essendo la collegialità la dimensione tipica entro la quale la condotta di ciascun obbligato viene colta e valutata dalla norma, anche la responsabilità individuale si rivela “mediata” dall’esercizio di prerogative in forma collegiale³⁵.

Se i profili della relazionalità e della plurisoggettività, da un lato, e della responsabilità a titolo di concorso omissivo, dall’altro, debbono, dunque, essere calati nella specificità della dimensione collegiale, è in tale contesto che deve essere “testato” il modello dell’impedimento plurisoggettivo e frazionato alla base della presente indagine.

A questo proposito, offre spunti di indubbio interesse la sottolineatura delle affinità che la partecipazione con voto favorevole ad una deliberazione collegiale criminosa presenta, da un lato, rispetto all’esecuzione frazionata e, dall’altro, rispetto alla coautoria: se, dal primo punto di vista, al frazionamento esecutivo è assimilabile il fatto che «il comportamento di ciascuno dei concorrenti non esaurisce interamente l’azione tipica, necessitando dell’incontro con altri componenti identici con i quali si fonda nell’unicità della deliberazione», nella seconda prospettiva, l’identità dei diversi comportamenti e la loro diretta riconducibilità al modello legale fanno, invece, propendere a favore dello schema della coautoria³⁶.

Altrettanto significativa si rivela l’osservazione del fatto che, avuto riguardo ai comportamenti di partecipazione ad una deliberazione collegiale, la rilevanza penale del singolo contributo non sia misurabile in termini di causalità, essendo ritenuto sufficiente – perché si dia vita ad un contributo rilevante sul piano concorsuale – il fatto di aver preso parte con voto favorevole alla deliberazione, dipendendo la rilevanza concorsuale del contributo del singolo partecipe dalla sua corrispondenza al modello legale (e non già da un nesso di matrice causale con uno degli elementi del fatto)³⁷.

34. Sul reato collegiale quale autonoma forma di manifestazione del reato, v. F.M. De Martino, *Il reato collegiale*, op. cit., p. 185 ss.

35. V. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, op. cit., p. 51.

36. V. M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico*, op. cit., p. 162 ss.

37. V. M. Donini, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 32, 1, 1984, p. 226; M.

Mutatis mutandis, i rilievi che precedono – e che si pongono in continuità con le linee sistematiche proposte in quest’indagine – appaiono suscettibili, se ulteriormente sviluppati, di assumere rilievo anche in rapporto alla tematica del concorso omissivo dei membri di organi collegiali in ambito societario.

Si tratta di una tesi avvalorata da una recente indagine dottrinale avente il merito di aver evidenziato alcuni aspetti e caratteri della risalente teorica del reato collegiale, il cui superamento ha in parte oscurato (ad es., la relazionalità e la partecipazione di tipo istituzionale).

Si fa riferimento alla visione del collegio quale struttura pluripersonale, unitaria, istituzionale e costituita *ex lege* e alla considerazione della responsabilità penale dei componenti di tale consesso in termini di “reato funzionalmente plurisoggettivo”, ossia di illecito eventualmente plurisoggettivo, qualificato, appunto, “a monte” dall’esistenza di una struttura organizzativa di carattere collegiale, al cui interno venga commesso il reato: un peculiare modello di concorso eventuale di persone, doloso o colposo, nella commissione di reati, a relazionalità collegiale, che si pone a cavaliere tra il concorso eventuale (in quanto ciascun componente può come singolo commettere il reato anche in forma monosoggettiva) e il concorso necessario (nella misura in cui il reato si realizza nel contesto una struttura plurisoggettiva costituita *ex lege* e necessaria per lo svolgimento della funzione istituzionale di volta in volta coinvolta nel fatto illecito)³⁸.

Un paradigma “ibrido” di responsabilità, né soltanto individuale, né di carattere meta-individuale o collettivo, che viene analizzato in rapporto sia all’ipotesi di contributo alla delibera, sia al caso di esecuzione di quest’ultima³⁹. Si ritiene che, in difetto di un obbligo generale di con-

Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico*, op. cit., p. 163.

38. V. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, op. cit., p. 52 ss., che, in senso critico, rileva la surrogazione, tramite lo strumento della posizione di garanzia, dell’omesso impedimento con la mancata minimizzazione del rischio della commissione di reati.

39. Come osservato da L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, op. cit., p. 51, ne deriva «un modello ibrido, che non è responsabilità solo individuale, ma responsabilità individuale rispetto ad una volontà collegiale espressa, secondo regole prefissate, da più persone titolari della medesima legittimazione nel contesto di una determinata entità pluripersonale, l’organo».



trollo sul rischio generato dalla decisione dell'organo, non sia ammissibile né un dovere giuridico di neutralizzazione degli effetti della delibera (ad es. in capo all'astenuuto assente o al votante contrario), né una posizione di garanzia fondata sulla mera funzione collegiale⁴⁰.

Prima di procedere oltre nella disamina delle implicazioni di tale spunto ricostruttivo è, peraltro, necessaria una precisazione. Si deve, infatti, tenere conto delle non trascurabili differenze che intercorrono tra la posizione giuridica degli amministratori non esecutivi e quella dei componenti del collegio sindacale e, in genere, tra i due rispettivi paradigmi di collegialità. Mentre si discute in ordine alla configurabilità in capo al singolo amministratore non esecutivo di poteri istruttori, di verifica e accertamento sull'operato degli amministratori delegati, con propensione a favore della tesi della competenza collegiale di predetti poteri, è pacifico che al medesimo competano funzioni di stimolo, strumentali all'acquisizione collegiale di dati o notizie; nel caso dei sindaci, si prevede, invece, espressamente l'iniziativa individuale (l'art. 2403-bis, comma 1, c.c. stabilisce che essi possano in qualunque momento procedere, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo) e le discussioni riguardano, semmai, la valenza impeditiva dei poteri di intervento ai medesimi attribuiti (ricognizioni, segnalazioni, ecc.). Ed ancora: mentre gli amministratori hanno l'obbligo di annotazione del dissenso, i membri del collegio sindacale non sono gravati da tale dovere, bensì hanno il diritto di annotazione; mentre i primi sono tenuti, *uti singuli*, a vigilare anche in chiave intracollegiale, in ambito sindacale, il predetto obbligo compete, invece, all'organo in sé, cosicché il sindaco, cui sono estranei doveri giuridici di vigilanza o di impedimento di reati commessi in collegio, ha soltanto l'obbligo di esprimere voto contrario quando la delibera assuma rilievo penale⁴¹.

Ciò premesso, si concorda con le tesi inclini a negare la configurabilità in capo al singolo amministratore non esecutivo o al singolo sindaco *uti singulus* di una posizione giuridica di garanzia, in conseguenza del difetto di poteri-obblighi individuali di impedimento della commissione

40. V. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, op. cit., p. 93 ss.

41. Cfr. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, op. cit., p. 102 ss.; 126 ss.

di reati, con la conseguente esclusione della possibilità di una responsabilità omissiva a livello monosoggettivo.

I poteri-obblighi di impedimento del reato non pertengono al singolo componente dell'organo, bensì debbono essere necessariamente esercitati e adempiuti in forma solidale e collegiale⁴².

A ben vedere, è la stessa posizione di garanzia ad assumere in questo caso *ex lege* forme e caratteri che trascendono la dimensione meramente individuale.

Nel settore in esame, è, cioè, la stessa *Garantenstellung* ad assumere una valenza collegiale o necessariamente plurisoggettiva e a risultare, per certi versi, frazionata, avuto riguardo alla pluralità di componenti necessari ad impersonare l'organo, per altri unitaria, in riferimento alla volontà impersonale espressa dal collegio tramite la delibera.

L'appartenenza al collegio determina l'assunzione pro-quota di una funzione "frazionata" di garanzia, inscindibile funzionalmente da quella degli altri componenti, che, singolarmente considerata, non integra gli estremi di una posizione di garanzia individuale, bensì un obbligo giuridico di agire che, nella fase di approvazione della delibera, si polarizza sulla votazione individuale, all'interno della procedura collegiale.

Nel quadro altamente formalizzato delle prerogative e delle funzioni attribuite dal legislatore ai membri degli organi collegiali, la condotta e la volontà del singolo mantengono certamente la loro autonomia rispetto ad un eventuale rimprovero correlato all'adozione di una delibera penalmente rilevante. Nel diritto vivente, l'adempimento del proprio obbligo di agire passa, però, talora, attraverso formalità – il voto contrario all'approvazione di una data delibera e, nel caso dell'amministratore non esecutivo, l'annotazione del dissenso nel registro delle deliberazioni –

42. Sulla distinzione tra obbligo giuridico di impedimento in capo all'organo e posizione di garanzia del singolo membro, v. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, *op. cit.*, p. 62, secondo il quale «se l'azione impeditiva è doverosa per l'organo, ovviamente i suoi singoli componenti saranno pure gravati singolarmente dall'obbligo di dispiegare quelle attività che siano necessarie per il suo adempimento, in particolare, ove altro non sia prescritto, di esprimere voto contrario a deliberazioni di contenuto penalmente illecito e, di converso, di voto favorevole a delibere doverose "di salvataggio" (ad es., di richiamo di prodotti pericolosi)».



che denotino la dissociazione del singolo componente dall'operato degli autori materiali dell'illecito.

Adempimenti formali, ma tangibili, cui è subordinato il superamento della presunzione relativa di corresponsabilità a titolo omissivo (e della logica del sospetto ad essa sottesa) e che, lungi dall'averne una valenza impeditiva, assumono, piuttosto il significato di onere dimostrativo del difetto di inerzia, idoneo ad escludere la solidarietà nell'obbligazione *ex delicto* e, al contempo, la funzione di semplificazione della prova del venire meno del legame concorsuale con gli autori del reato.

Fino a prova contraria, il singolo componente dell'organo collegiale è, dunque, considerato contitolare di una posizione giuridica di garanzia di carattere meta-individuale e necessariamente plurisoggettiva, da cui, in caso di delibera penalmente illecita, deriva un obbligo di impedimento suscettibile, in caso di inosservanza individuale dell'obbligo di agire, di fondare una responsabilità a titolo di concorso omissivo. Ciò che, in un quadro di elevata standardizzazione del rimprovero e di formalizzazione dell'intervento impeditivo, si richiede all'amministratore per sottrarsi a tale responsabilità (di carattere solidale) è, dunque, la manifestazione di un dissenso operoso, formalizzato.

Se questo è, in sintesi, il modello di imputazione applicato in continuità con la teorica del reato collegiale (in difetto di dissenso si presume il contributo concorsuale), si deve convenire con la tesi dottrinale secondo cui sul piano della responsabilità penale, non dovrebbe rilevare il mero significato formale del voto, bensì il significato sostanziale del comportamento del membro collegiale; lo stesso voto contrario non può ritenersi aprioristicamente dotato di un automatico effetto liberatorio: esso potrebbe, infatti, risultare strumentale, qualora sia preceduto da attività collusive⁴³.

Per converso, il difetto di poteri individuali realmente impeditivi, risolutivi, interdittivi o conformativi, per le ragioni già note, non dovrebbe ritenersi sufficiente ad escludere la responsabilità concorsuale omissiva del membro del collegio ogni qualvolta si dimostri che l'esercizio

43. Cfr. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, op. cit., p. 80.

di un determinato potere di segnalazione, informazione, sollecitazione e dissuasione, in concreto esigibile alla luce del patrimonio individuale di conoscenze o informazioni, si sarebbe rivelato – *hic et nunc* – obiettivamente strumentale al co-impedimento dell'evento-reato, nella prospettiva dell'obbligo di garanzia necessariamente plurisoggettivo⁴⁴.

In un ambito palesemente attraversato dal concreto rischio di una responsabilità di posizione, tenuto conto dell'eterogeneità delle competenze professionali dei singoli componenti, si deve ribadire, anche – e soprattutto – in questo caso, la necessità della valorizzazione del principio di affidamento, quale «condizione imprescindibile perché l'attività delle organizzazioni complesse possa dispiegarsi»⁴⁵.

In conclusione, il profilo qualificante – e, al contempo, differenziale – della posizione di garanzia *sui generis* in esame è dato dal fatto che, in ambito societario, l'impedimento plurisoggettivo dell'evento-reato non passa, come negli altri casi, attraverso la concatenazione di ruoli, funzioni e interventi di operatori chiamati in varia guisa e a diverso titolo ad evitare l'esito dannoso, in dipendenza dell'assetto organizzativo di volta in volta prescelto e attuato, bensì presuppone non soltanto una plurisoggettività *ex lege*, ma anche che l'esercizio di poteri e l'adempimento di obblighi di impedimento si svolgano in forma collegiale, nel quadro di una accentuata formalizzazione e standardizzazione delle possibilità reattive del singolo membro del collegio.

Una posizione giuridica di garanzia di matrice istituzionale, composta e necessariamente plurisoggettiva, che, in quanto distinta dagli obblighi di agire dei singoli componenti dell'organo, è da ritenersi, in definitiva, di titolarità *collegiale*.

44. Sulla previsione, nell'attuale sistema di controlli, di figure di soggetti deputati a funzioni di vigilanza rispetto alle attività di impresa, di fatto sprovvisti di poteri specifici di impedimento di reati, v. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, *op. cit.*, p. 95, secondo il quale, nell'ambito del diritto penale economico, l'ordinamento tende ad introdurre obblighi di corretta organizzazione, senza che la legislazione positiva codifichi obblighi di impedimento; si fa riferimento a «garanti deputati a una vigilanza diffusa, "totale", ma priva di poteri di impedimento» quale esito di una opzione di politica del diritto riconducibile a determinate caratteristiche dell'attuale modello di sviluppo economico.

45. V. L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali*, *op. cit.*, p. 101 ss., che sottolinea la centralità dell'affidamento nelle relazioni intra-collegiali.



7. Impedimento pluripersonale dell'evento e funzioni di protezione civile

La figura di una posizione di garanzia meta-individuale, unitaria e necessariamente plurisoggettiva non pare essere circoscritta all'ambito del diritto penale societario.

Spostando l'attenzione sul versante della pubblica amministrazione, profili di affinità e di continuità emergono, in effetti, in rapporto alla già esaminata responsabilità omissiva dei titolari di funzioni di protezione civile. Si ricorderà come si fosse sottolineato il fatto che, in questo settore di tutela, l'intreccio cooperativo, per effetto della comune gestione del rischio, costituisce un profilo connaturato strutturalmente all'azione dei soggetti chiamati a vario titolo e livello a prevenire e a impedire gli effetti dannosi di calamità naturali (o di eventi calamitosi prodotti da condotte umane).

Ebbene, alla luce di quanto già affermato, si deve prendere atto del fatto che, singolarmente considerato, nessun titolare di funzioni di protezione civile possa considerarsi propriamente titolare di una posizione giuridica di garanzia, non foss'altro che per l'evidente indisponibilità individuale di poteri realmente impeditivi dell'evento.

La "posizione di garanzia" attribuita al singolo funzionario di protezione civile è affetta da una macroscopica sproporzione di scala per difetto rispetto alla *magnitudo* dell'evento da prevenire e impedire, con il concreto rischio di affermazioni di responsabilità inclini alla prospettiva del "caso per caso", alla creazione *ex post* della regola cautelare, al riconoscimento del principio di affidamento e, in definitiva, alla logica del "capro espiatorio" che permea l'idea del "garante" quale soggetto onnipotente e, di riflesso, per definizione sempre "responsabile". Si pensi, ad es., al sindaco: se è pacifico che a carico di quest'ultimo gravi un obbligo giuridico di prevenzione e impedimento degli effetti dannosi di calamità naturali, è, altrettanto, indubbio che, data la complessità dei fenomeni, l'adempimento di tale obbligo ossia il conseguimento dell'obbiettivo di evitare – o minimizzare gli effetti di – determinati esiti eventi non possa prescindere dall'intervento coordinato e organizzato di una pluralità di operatori.

Il potenziale di rischio, sovente immane, non è quasi mai nelle mani del “garante” individuale. Dal punto di vista funzionale, il potere di prevenzione e di impedimento è, cioè, inscindibile dall’operare sinergico e integrato di più soggetti chiamati a vario titolo e livello a intervenire in funzione di garanzia, con il conseguente rilievo dell’impedimento pluripersonale e frazionato al centro della nostra indagine.

La particolarità è data dal fatto che, in modo non dissimile da quanto rilevato in rapporto all’impedimento di eventi in ambito societario (e tenuto conto delle differenze intercorrenti tra i due quadranti di tutela), anche in questo caso gli obblighi di agire individuali, teleologicamente orientati all’impedimento dell’evento lesivo, danno luogo, nel loro insieme, ad un vincolo di tutela di carattere necessariamente “plurisoggettivo”, solidale e condiviso.

A ben vedere, nel caso delle funzioni di protezione civile il peso assunto dalla dimensione coordinata e integrata degli interventi e dalla multiformità delle competenze e dei ruoli fa sì che la componente relazionale assuma rilievo a livello di *posizioni di obbligo* prima ancora che nella colpa: per effetto dell’intrinseca complessità dell’attività in esame, la responsabilità omissiva tende a trascendere la dimensione individuale, assumendo una connotazione necessariamente plurisoggettiva.

Quella sottesa alla già accennata “catena di comando e di controllo” appare, dunque, una sorta di macro-posizione di garanzia di natura istituzionale: una *Garantenstellung* necessariamente plurisoggettiva, caratterizzata da una dimensione unitaria e al contempo olistica, che trova riscontro nella definizione normativa del “Servizio nazionale” di protezione civile quale «sistema che esercita la funzione di protezione civile costituita dall’insieme delle competenze e delle attività volte a tutelare la vita, l’integrità fisica, i beni, gli insediamenti, gli animali e l’ambiente dai danni o dal pericolo di danni derivato da eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall’attività dell’uomo»⁴⁶.

46. Art. 1, d.lgs. 2.1.2018, n. 1.



La dimensione “sistemico-olistica” della peculiare posizione d’obbligo in esame emerge in modo evidente anche da un ulteriore e rilevante dato normativo.

Il legislatore, con l’art. 1, co. 1, lett. n), l. n. 30/2017, aveva, infatti, incaricato il Governo di definire il ruolo e le responsabilità del sistema di protezione civile e degli operatori del sistema medesimo, in tal modo introducendo l’innovativa e pregnante distinzione fra «definizione del ruolo e delle responsabilità del sistema di protezione civile e degli operatori del sistema medesimo e delle relative specifiche professionalità, anche con riferimento alle attività di presidio delle sale operative e della rete dei centri funzionali e alla relativa disciplina e regolamentazione».

Il riferimento alla *responsabilità di sistema* non è stato recepito dal legislatore delegato. La valorizzazione di tale profilo avrebbe determinato un’inversione di tendenza, il segno di un approccio diverso, innovativo e consapevole al profilo della responsabilità individuale. Se, come già sottolineato, sul piano legislativo la posizione di garanzia degli agenti di Protezione civile assume una connotazione integrata e coordinata e, per converso, risulta difficile postulare ed accertare una responsabilità strettamente individuale o monosoggettiva, una maggiore attenzione al carattere sistemico dell’errore, ma anche della responsabilità, avrebbe assunto un significato di grande rilievo sul piano politico-criminale e, cioè, quello della transizione dal piano della *responsabilità degli operatori* a quello della *responsabilità di sistema*⁴⁷.

A ben vedere, il riferimento normativo alla “*responsabilità di sistema*” si pone in continuità con l’idea – alimentata anche a livello internazionale – secondo cui a carico dello Stato sussisterebbe l’obbligo di prevenire e fronteggiare eventi disastrosi o calamitosi. Una visione alternativa a quella tradizionale, destinata a stemperare le tensioni poste dal mono-

47. Come rilevato da F. Giunta, *Intervento, in Protezione civile e responsabilità di sistema, op. cit.*, p. 107 ss., la prevenzione dei grandi rischi coinvolge anche scelte politiche che non competono allo scienziato, con la conseguenza che prendono corpo responsabilità di sistema troppo grandi per la giustizia penale. L’autore citato, dopo aver sottolineato come la responsabilità di sistema sia principalmente politica, ovvero il contrario della responsabilità penale personale, osserva come lo spazio della responsabilità politica sia sempre più colmato dalla responsabilità penale, quale unica forma di responsabilità.

polio della responsabilità individuale e, al contempo, volta a superare la logica del “capro espiatorio”, tramite il passaggio dalla logica dell’imputazione individuale alla calibrazione del “rimprovero” sull’istituzione le cui disfunzioni organizzative hanno prodotto l’illecito.

La prospettiva dello Stato quale “gestore del rischio”, in qualche modo sottesa ad alcuni meccanismi di autotutela emergenti nell’ambito della c.d. giustizia climatica (organizzazioni di cittadini che citano in giudizio i rispettivi Stati per non aver adempiuto ad obblighi di protezione dell’ambiente), segna l’approdo ad innovative forme di “giustizia diretta” che, trascendendo i referenti individuali e le singole amministrazioni e istituzioni, pongano il cittadino in condizione di “rapportarsi” e interloquire direttamente con lo Stato di appartenenza.

8. L’impedimento pluripersonale tra dimensione individuale e proiezione collettiva dell’obbligo di garanzia

Le osservazioni che precedono hanno consentito di rilevare il carattere ora plurisoggettivo, ora collegiale, ora istituzionale, che l’impedimento dell’evento assume nei contesti organizzati.

Per effetto della complessità delle attività e delle funzioni, obblighi giuridici di impedimento, obblighi giuridici di agire, poteri di intervento, poteri di prevenzione, sfuggono alla dimensione della titolarità individuale, distribuendosi e intrecciandosi a vari livelli tra gli intranei chiamati a cooperare alla tutela rafforzata dei beni giuridici suscettibili di essere offesi nel corso dell’attività.

Nel frazionamento dei compiti e delle mansioni, nell’articolazione plurisoggettiva della posizione di garanzia, abbiamo individuato la cifra qualificante i presupposti applicativi del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse.

In un simile quadro, la nozione di “posizione di garanzia” è destinata, inevitabilmente, ad allontanarsi dal tradizionale significato monosoggettivo, ad emanciparsi da una dimensione rigidamente individuale, acquisendo caratteri di crescente complessità e articolazione plurisoggettiva.



Preso atto dell'insostenibilità – in ambito concorsuale – del nesso di necessaria corrispondenza tra obbligo e potere impeditivo a livello individuale e della possibilità che obblighi e poteri impeditivi siano distribuiti a vari livelli dell'organizzazione, la stessa figura di “garante” – che siamo soliti associare alla titolarità di determinate funzioni di gestione o di controllo – finisce, talora, per assumere una connotazione pluripersone, complessa ed articolata.

Rescisi i legami – anche in ambito omissivo – con il vischioso paradigma concorsuale incentrato sulla distinzione tra “principale” ed “accessorio”, non vi è più ragione di individuare necessariamente (e, talora, automaticamente) nei soggetti titolari di obblighi di impedimento i potenziali responsabili della mancata neutralizzazione dell'evento. Nella logica dell’“insieme e delle sue parti”, ci si dovrà confrontare e misurare con il complesso di posizioni di obbligo e di poteri di intervento, prescindendo da precomprensioni e semplificazioni imputative, da automatismi e presunzioni di responsabilità, in aderenza alle concrete dinamiche fattuali e alla dimensione plurisoggettiva e relazionale che permea costantemente l'impedimento nell'organizzazione complessa.

Il frazionamento dei processi di prevenzione e impedimento, l'iper-segmentazione delle condotte, il carattere standardizzato o neutrale di taluni adempimenti, l'interferenza di competenze e funzioni sono fenomeni connaturati alle dinamiche multilivello dell'impedimento, che si traducono nella crescente parcellizzazione delle responsabilità individuali e che impongono di adattare a tale peculiare assetto, rivitalizzandoli, i principi di garanzia.

Flessibilizzazione e adattamento di categorie e nessi di imputazione della responsabilità (in direzione dell'aumento del rischio e della “normativizzazione” del dolo), da un lato, eventualità di paralisi applicativa dei parametri di imputazione, dall'altro, appaiono i possibili – e non necessariamente alternativi – destini evolutivi del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse.

Gli adempimenti e i vincoli di tutela individuali sono destinati ad essere colti in una dimensione unitaria e aggregata nella prospettiva della posizione di garanzia di matrice organizzativa.

La dimensione sistemica e olistica che caratterizza sempre di più la prevenzione e l'impedimento di eventi offensivi nei contesti organizzati non può non riflettersi sugli stessi connotati logico-strutturali delle categorie utilizzate.

La transizione, in atto, dal modello individuale al paradigma plurisoggettivo di prevenzione/impedimento dell'evento riflette, infatti, un processo di destrutturazione e frammentazione della tradizionale "*Garantenstellung*", destinata – da tempo – ad evolversi in direzione di una dimensione eminentemente "funzionalistica".

Si allude al graduale passaggio dall'orizzonte "individualistico" sotteso alla nozione di "*posizione*" a quello plurisoggettivo e organizzato di "funzione" di "garanzia", come tale suscettibile di essere riferita all'organizzazione complessivamente considerata, prescindendo, dunque, dalla necessità della determinazione di un obbligo/potere individuale di impedimento.

Una simile tendenza contribuisce, com'è evidente, a ridurre progressivamente le distanze e le differenze tra la "posizione" di garanzia nell'organizzazione e la *Garantenstellung dell'organizzazione*: il carattere "plurisoggettivo" ed organizzato dell'impedimento di offese potrebbe, in questo senso, rappresentare la premessa del progressivo riconoscimento e valorizzazione di una funzione di garanzia "collettiva" e unitaria, quale alternativa di tipo "olistico" alla tradizionale prospettiva individuale sottesa al concetto di "posizione".

Un fenomeno, quello del "garante" collettivo, che lungi dall'apparire uno scenario futuribile, già oggi è possibile percepire ed avvertire nelle elaborazioni pratico-applicative e teoriche in cui si trascura di discernere ciò che è esigibile dal singolo garante e ciò che pertiene alla sfera di garanzia "collettiva", ponendo a carico del primo soggetto obblighi di impedimento "fuori scala" e "totalizzanti".

Il livello di esigibilità della condotta doverosa e l'intensità del potere impeditivo sono, infatti, talora, accertati secondo parametri ritagliati più sulle capacità preventive e reattive dell'organizzazione in sé, che sui



mezzi e sui poteri a disposizione del singolo garante, a riprova della relazione osmotica e interferenziale tra “individuale” e “collettivo”⁴⁸.

48. Su tale rapporto, *ex multis*, v. R. Bartoli, *Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti*, in «Sistema penale», 3, 25.10.2021, p. 1 ss.; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuale e collettivo*, Torino, Giappichelli, 2018, *passim*, e, volendo, A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 2, 30, 2017, 508.

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI NOVEMBRE 2022
DA DIGITAL TEAM SRL – FANO (PU)
PER CONTO DI PISA UNIVERSITY PRESS - POLO EDITORIALE CIDIC - UNIVERSITÀ DI PISA