

UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA E SCIENZE POLITICHE,
ECONOMICHE E SOCIALI

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

TESI DI LAUREA

**Il concorso omissivo e i poteri impeditivi nella moderna corporate
governance.**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Alessandro Provera

Candidata:

Alessia Cervino

ANNO ACCADEMICO 2024/2025

“Secondo me non siamo diventati ciechi,
secondo me lo siamo,
Ciechi che vedono,
Ciechi che, pur vedendo, non vedono.”
JOSÉ SARAMAGO

Indice

Capitolo I	1
Presupposti e limiti del reato omissivo improprio.....	1
1.1 La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento secondo l'interpretazione dottrinale.....	1
1.2 La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento secondo la giurisprudenza.	14
1.3 La fonte dell'obbligo secondo l'interpretazione dottrinale tedesca.	25
1.4 La fonte dell'obbligo giuridico secondo la giurisprudenza tedesca.	34
1.5 Le diverse posizioni di garanzia, gli obblighi di protezione, di controllo e di sorveglianza.....	41
1.6 I poteri impeditivi nell'ambito del reato monosoggettivo.....	51
Capitolo II.....	59
Il concorso di persone nel reato	59
2.1. Le teorie sulla natura del concorso di persone nel reato.	59
2.2 Gli elementi essenziali del concorso di persone nel reato.	70
2.3. L'impostazione della disciplina tedesca in materia di concorso.....	79
Capitolo III	91
Il concorso omissivo improprio.....	91
3.1 "Evento" come "reato": il fenomeno di reciproca integrazione degli artt. 40 c. 2 e 110 c.p.....	91
3.2 La posizione di garanzia e di sorveglianza.	100

3.3 Il garante: autore, coautore o complice? La posizione di omesso impedimento nel sistema tedesco.	114
3.4 I poteri impeditivi nell'ambito del concorso omissivo	120
3.5 Il dovere di organizzazione.	135
Capitolo IV	145
Le posizioni di garanzia in ambito societario	145
4.1 La centralità delle figure di garanzia nel contesto societario.	145
4.2 I componenti degli organi di amministrazione e controllo: gli amministratori privi di deleghe.....	151
4.3 Il Collegio Sindacale: una posizione di garanzia?	161
4.4 I revisori esterni quali <i>gatekeepers</i> societari: evoluzione normativa e configurabilità dell'obbligo di garanzia.	171
4.5 La problematica estensione della <i>Garantenstellung</i> all'Organismo di Vigilanza.	180
Capitolo V	188
Società, organizzazione e responsabilità: gli orizzonti del concorso omissivo.....	188
5.1 La frammentazione delle responsabilità e la posizione di garanzia frazionata.	188
5.2 L'iper-responsabilizzazione della persona fisica e il MOG.	196
5.3 Considerazioni conclusive. Il concorso omissivo tra legalità, prassi e prospettive di riforma.	202
<i>Bibliografia</i>	214
<i>Giurisprudenza</i>	232

Capitolo I

Presupposti e limiti del reato omissivo improprio

SOMMARIO: 1.1 La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento secondo l'interpretazione dottrinale. – 1.2 La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento secondo la giurisprudenza. – 1.3 La fonte dell'obbligo secondo l'interpretazione dottrinale tedesca. – 1.4 La fonte dell'obbligo giuridico secondo la giurisprudenza tedesca. – 1.5 Le diverse posizioni di garanzia, gli obblighi di protezione, di controllo e di sorveglianza. – 1.6 I poteri impeditivi nell'ambito del reato monosoggettivo.

1.1 La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento secondo l'interpretazione dottrinale.

L'art. 40, comma 2 c.p., opera nel nostro ordinamento come una clausola generale di equivalenza, dotata di una intrinseca elasticità. È proprio tale malleabilità strutturale a garantirne l'applicazione in una pluralità di scenari sociali: dalla tradizionale sfera di protezione familiare, fino alle ben più complesse e frammentate dinamiche della moderna realtà societaria. Nonostante i contorni spesso sfumati, il suo nucleo essenziale e inderogabile resta la posizione di garanzia. Affinché tale qualifica acquisisca piena rilevanza penale, il garante deve essere necessariamente munito di poteri impeditivi. Tuttavia, come si avrà modo di osservare, l'esatta individuazione di tali prerogative e la prova della loro reale efficacia costituiscono un'operazione non sempre agevole. Proprio in ragione di tali criticità, occorre delineare i profili strutturali e i limiti di applicabilità della norma, vagliandone l'operatività sia nei reati monosoggettivi, sia nel delicato terreno del concorso di persone nel reato altrui. Per fare ciò occorre andare con ordine e il punto di partenza di questo *percorso* dogmatico si rileva pressoché obbligatorio: occorre innanzitutto risalire alla fonte del precetto da cui scaturisce l'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Il diritto penale è costituito da reati commissivi e da reati omissivi a seconda che l'autore della fattispecie incriminatrice abbia tenuto una condotta positiva (di *facere*) o negativa (di *non*

facere).¹ L'omissione, per sua natura, è una *non azione* e come tale può essere ricostruita solo in relazione ad un comportamento attivo che l'autore del reato era tenuto a realizzare; è penalmente rilevante l'omissione intesa come violazione di una norma giuridica e, consequenzialmente, come mancato compimento di un'azione doverosa posta a salvaguardia di un bene giuridico.²

Storicamente il reato omissivo negli ordinamenti liberali ottocenteschi costituisce una eccezionalità³ in quanto il diritto penale di stampo conservativo è finalizzato alla sola repressione di condotte attive di aggressione alla sfera giuridica altrui. Acquisisce sempre più rilevanza la responsabilità omissiva nel Novecento con il passaggio da Stato liberale a Stato autoritario e l'inevitabile proliferazione di nuove fattispecie omissive⁴. Con l'avvento dello Stato solidaristico e la legislazione sociale degli anni Cinquanta, il processo di ampliamento subisce un'ulteriore espansione: l'illecito omissivo diviene strumento diretto a perseguire fini

¹ D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta del reato omissivo*, Pisa, IUS – Pisa University Press, 2023, p. 14; l'Autore sottolinea che « L'omissione non è, secondo la comune opinione, semplicemente un “*non facere*”, così come certamente non può consistere in un “*aliud facere*”; essa è piuttosto un “*non facere quod debetur*”, dove proprio la specificazione relativa al *debetur* assicura consistenza e spessore ad un “*nihil*” altrimenti insignificante sul piano giuridico, conferendogli connotati identificabili ».

² C. FIORE, S. FIORE, *Diritto Penale*, Milano, UTET, 2023; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2009;

Cass., Sez. III, 14 novembre 2016, n. 47979, rv. 268658, nel caso di un lancio di “gavettone” con conseguenze mortali, ha ribadito che nella causalità omissiva «l'agente può solo cambiare la storia del fatto evitando che si avveri ovvero piegando il corso degli eventi verso un approdo che preservi il bene tutelato dalla lesione cui andrebbe altrimenti incontro [...] Ma se non lo fa, la condotta omessa non appartiene all'esperienza sensibile perché semplicemente non esiste “*in rerum natura*”. Sicché in questo caso, per poter attribuire l'evento all'agente è necessario che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, si possa affermare con elevato grado di credibilità razionale che l'evento non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva [...]. Di qui la necessità di un criterio rigoroso e non meramente statistico (l'elevato grado di credibilità razionale) che guidi il giudice nella ricostruzione di un fatto mai esistito, di una realtà alternativa e parallela, oltre ogni ragionevole dubbio, a quella reale». Di contro, nella causalità commissiva «l'agente è parte attiva del rapporto causale che innesca lui stesso o nel quale si inserisce indirizzandolo positivamente verso l'evento. In questo caso egli è nella storia del fatto, la sua azione è parte dell'esperienza sensibile realmente percepita come tale dai protagonisti del fatto e da chi è chiamato a ricostruirlo. Il giudice, in questo caso, non deve impegnarsi nella ricostruzione di un fatto immaginario perché mai esistito, ma deve addentrarsi nel fatto stesso, ripercorrendone ogni singolo passaggio; egli è lo storico del fatto».

³ 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», 2001, p. 337, evidenzia come, nell'epoca liberale, le fattispecie omissive prescritte risultassero essenzialmente limitate alla prestazione del servizio militare, al pagamento delle imposte e all'omissione di soccorso delle persone in pericolo. Se pur sempre in una posizione secondaria nel codice Zanardelli, il ricorso alla responsabilità omissiva diviene sempre meno eccezionale ancor prima del Novecento nell'ambito della legislazione penale speciale e del diritto penale accessorio. Risale al 1898, ad esempio, la legislazione relativa agli infortuni sul lavoro come riporta G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale*, in «Il Foro Italiano», 1983, p. 27.

⁴ G. FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale*, p. 28, nell'ottica sempre dell'evoluzione storica della responsabilità omissiva, il codice Rocco del 1931 individua tre fattispecie di reato omissivo particolarmente rilevanti: omessa denuncia da parte del cittadino di un reato contro la personalità dello Stato ex art. 364, omissione dolosa e colposa di cautele contro infortuni o disastri sul lavoro ex artt. 347, 451 c.p.

solidaristici e collettivi.⁵ Oggi si assiste all'affermazione del diritto penale dell'era tecnologica in cui il progresso scientifico ha generato e individuato inevitabilmente nuove fonti di rischio, sia per l'incolumità pubblica sia per l'ambiente. Tali mutamenti hanno determinato l'emersione di nuove fattispecie omissive, le quali vanno ad inserirsi in un ordinamento già fortemente connotato da obblighi di protezione e garanzia.

L'art. 40, comma 2 nel Codice penale vigente, assume la funzione di estensore della tipicità penale in quanto i reati omissivi impropri non sono determinati da apposite norme di parte speciale, ma risultano dal combinato disposto di una norma incriminatrice, la quale vieta la causazione di un evento, e l'art. 40 stesso.⁶

Sebbene i reati omissivi vengano distinti in reati omissivi propri e reati omissivi impropri, nell'ambito della presente trattazione l'analisi sarà circoscritta esclusivamente ai reati commissivi mediante omissione in ragione della loro centralità rispetto all'oggetto della ricerca. Il reato omissivo improprio si configura come il mancato impedimento di un evento dannoso⁷. L'art. 40 c.p., comma 2 dispone che il mancato impedimento dell'evento equivale a cagionarlo solo nel caso in cui il soggetto agente abbia una posizione di garanzia per il non verificarsi dell'evento stesso. La «imperscrutabilità fisica» dell'omissione e la sua dimensione squisitamente normativa ha determinato come necessaria la scelta del legislatore di individuare posizioni di garanzia tali da costituire le circostanze della tipicità omissiva.⁸ La norma predispone una *clausola generale di equivalenza*, la quale equipara, sul piano della punibilità, gli effetti giuridici della causalità attiva a quella omissiva e una *clausola del raddoppio dell'incriminazione* in quanto consente l'estensione dell'imputazione originariamente prevista per l'azione anche a quella dell'omissione⁹. Indipendentemente dall'operatività della *clausola*

⁵ D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta del reato omissivo*, p. 7; la *clausola di equivalenza* è stata introdotta con il codice Rocco. Invero, il codice Zanardelli non prefigura alcuna disciplina dell'elemento oggettivo del reato, ma individua il fatto come conseguenza di una *azione ad omissione*.

⁶ G. MARINUCCI, *Manuale di diritto penale*, p. 259;

⁷ *Ibi*, p. 224.

⁸ D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminosi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2019, p. 73; è tipica l'azione che ha causato l'evento, ma non può essere sempre tipica ogni omissione che causa l'evento.

⁹ E. MEZZETTI, *Diritto penale - Dottrina, casi e materiali*, Bologna, Zanichelli, 2023, p. 245 ss., riporta che occorre intendere la causalità omissiva come una forma di *causalità non naturalistica* di stampo squisitamente normativo e questo perché la causalità omissiva essendo naturalmente di *non facere* è priva di ogni efficacia causale. Si individua quindi solamente una causalità normativa in quanto è la legge ad intervenire equiparando il mancato impedimento con il cagionare; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I (art. 1-84), Milano, Giuffrè Editore, 1987, p. 328, sottolinea che la completa equiparazione extralegale tra l'omettere e l'agire, però, risulta non solo illegittima e contraria ai principi di diritto penale, ma anche pericolosa, poiché dovrebbe spettare esclusivamente al legislatore individuare e tipizzare i casi di effettiva equiparazione. L'interprete, pertanto, non può e non deve sostituirsi a tale funzione normativa.

di equivalenza ai soli reati a forma libera¹⁰, affinché possa configurarsi la responsabilità omissiva, è necessario che, oltre alla materiale possibilità di impedire l'evento, sussista in capo al soggetto un obbligo giuridico di impedirlo derivante dalla sua posizione di garanzia¹¹. Il comportamento del soggetto deve essere tale per cui, se posto in essere, sia in grado di evitare la realizzazione dell'evento *hic et nunc*.¹²

L'oggetto dell'art. 40 c. 2 non è unicamente il bene giuridico della vita o dell'incolumità individuale e pubblica, ma esso si può estendere ad una ampissima categoria di reati.¹³ Il presupposto di applicazione dell'art. 40 comma 2 è la sussistenza di un reato di evento: l'autore del reato è colui che non ha impedito il verificarsi dell'evento elemento di una fattispecie a base attiva.¹⁴ A differenza dei reati omissivi propri, quelli impropri si configurano come reati ad evento naturalistico; da ciò deriva la qualificazione dottrinale di tale categoria come "reati commissivi mediante omissione" finalizzata ad evidenziare la particolare struttura di reato d'evento realizzato attraverso una condotta omissiva.¹⁵ Va precisato che la clausola, pur mantenendo carattere generale, non trova applicazione nei casi in cui la legge preveda particolari modalità tipiche di costituzione della fattispecie e risulta pertanto inoperante anche rispetto ai reati a forma vincolata. I reati con condotta a tipizzazione necessariamente attiva, come il delitto di truffa ex art. 640 c.p., pur essendo reati di evento, restano al di fuori dell'ambito di operatività della clausola di equivalenza.¹⁶

¹⁰ Salvo nei casi di concorso di persone nel reato, l'art. 40 co. 2 trova la sua applicazione nei reati commissivi causalmente orientati, di mera condotta; limitata è l'operatività della norma per quanto riguarda: i reati di evento, i reati a forma vincolata -risulterebbe assente la particolare forma di causazione richiesta dalla fattispecie-, i reati in mano propria e i reati abituali. Sul punto: ROMANO, *Commentario*, p. 329 ss.; G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto Penale*, Torino, Zanichelli Editore, 2024 p. 246; F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 2013, p. 156 ss.;

¹¹ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, p. 338; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, Giappichelli Editore, 2022, p. 224 ss., in altri termini, la responsabilità penale per omissione può essere riconosciuta solo in presenza di un obbligo giuridico vincolante: al di fuori di tale presupposto, essa non è giuridicamente configurabile.

¹² D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta del reato omissivo*, p. 20; il comportamento tenuto dal soggetto è una *non azione* correlata alla funzione. Si può configurare l'omissione anche «in presenza di un contegno non inerte», nei casi in cui l'agente abbia erroneamente scelto un comportamento impeditivo inadeguato e inefficace.

¹³ M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale* Vol. I (art. 1-84), Milano, Giuffrè Editore, 1995, p. 355; come osserva l'Autore, non vi è differenza tra la responsabilità di chi è preposto alla tutela di un bene della vita e quella di chi accetta volontariamente l'incarico di sorveglianza e manutenzione di una proprietà.

¹⁴ *Ibi*, p. 353; l'art. 40 comma 2, però non risulta essere pertinente per il reato di evasione e favoreggiamento personale.

¹⁵ C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2020, p. 224; *l'evento naturalistico* si configura con la modificazione del mondo esterno cagionato dalla condotta del soggetto agente ed essa è considerata dalla legge elemento costitutivo della fattispecie.

¹⁶ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 354, l'Autore riporta alcuni casi di inapplicabilità dell'art. 40 comma 2: furto e truffa. Occorre sempre però soffermarsi sull'interpretazione di ogni singola norma nella sua complessiva struttura; C.F. Grosso, *Manuale di diritto penale*, p. 228: l'esclusione dall'ambito di applicazione della clausola deriva dalla descrizione tipica della condotta (artifici e raggiri). Parte della dottrina e della

Si desume da ciò sull'art. 40 c.p., c. 2 il «dominio naturale ed esclusivo» delle fattispecie *causalmente orientate*.¹⁷ Con l'evento naturalistico è necessaria la coesistenza di una condotta attiva descritta da norme le quali individuino il risultato dell'azione, ma non la modalità particolare di consumazione.¹⁸ Nel reato commissivo la condotta tipica risiede nell'azione la quale concretamente causa l'evento, nel reato omissivo, viceversa, è tipica l'omissione dell'azione impeditiva dell'evento del garante.¹⁹

Il soggetto investito della posizione di garanzia è posto a tutela di un bene giuridico altrui per incapacità del titolare del bene di proteggerlo adeguatamente; solo sul garante incombono questi obblighi e non sulla generalità dei cittadini²⁰. Questa essenziale qualificazione soggettiva determina che il reato omissivo improprio debba configurarsi come reato proprio. Il rapporto di causalità tra omissione del garante ed evento nel reato omissivo improprio non può essere costituito solo sulla base di un coefficiente di probabilità statica, ma occorrerà verificare la sua sussistenza con un giudizio esplicativo, il quale valuta l'effettiva possibilità del garante di impedire la verifica qualora si fosse attivato tempestivamente.²¹ L'individuazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento non si esaurisce nell'art. 40 c.p.; il riferimento all'*obbligo giuridico* esclude la rilevanza di obblighi di natura morale o solidaristica, ma lascia indeterminato il contenuto dello stesso.

La vaga delineazione del perimetro dell'obbligo giuridico e l'assenza di requisiti costitutivi hanno comportato una generica incertezza interpretativa dell'istituto e soprattutto una incongruenza di questo con i principi di tassatività e di riserva di legge²²; in tale contesto la complessità della materia e l'esigenza di chiarezza ha alimentato un ampio dibattito nell'ambito del quale dottrina e giurisprudenza hanno fornito soluzioni interpretative. Secondo

giurisprudenza, tuttavia, non concorda nel negare l'applicabilità della clausola al reato di truffa contrattuale sulla base dell'obbligo giuridico di buona fede del soggetto nelle trattative contrattuali ex art. 1337 c.c.

¹⁷ Si definiscono reati causalmente orientati (o a forma libera) i reati nei quali la legge attribuisce rilevanza a qualsiasi condotta che cagioni l'evento. Il criterio di tipizzazione della condotta è costituito dal nesso di causalità: è tipica qualsiasi condotta che sia condizione dell'evento. (C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 218).

¹⁸ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 355;

¹⁹ F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, p. 1701: «il soggetto dovrà rispondere per un evento da lui "non impedito" non perché egli abbia "causato" l'evento attraverso una condotta omissiva", bensì perché egli non ha attivato i doveri e poteri impeditivi connessi alla sua posizione di "garante" del bene, o di "custode" di una determinata fonte di pericolo».

²⁰ G. FIANDACA, *Diritto Penale*, p. 247 ss. trattasi di una caratteristica propria dei reati omissivi impropri, nei quali l'obbligo di impedire l'evento grava solo su determinati soggetti titolari di una posizione di garanzia. Diversamente, nei reati omissivi propri, come nel caso dell'omissione di soccorso, l'obbligo di attivarsi è generalizzato e ricade su chiunque si trovi nella possibilità di prestare aiuto.

²¹ D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, p. 77.

²² F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2004, p. 994.

l'orientamento tradizionale liberale (la nota *teoria del trifoglio*), ispiratosi al modello teorizzato da Feuerbach²³, l'obbligo giuridico di impedire l'evento, data l'eccezionalità della fattispecie omissiva impropria rispetto a quella commissiva, deve essere ancorato esclusivamente a fonti giuridiche formali. Questa impostazione individua l'origine dell'obbligo giuridico in alcune fonti formalmente qualificate e tassative: la legge penale o extra-penale²⁴, il regolamento e il contratto il quale, ai sensi dell'art. 1372 c.c., ha forza di legge tra le parti²⁵. A queste si aggiunge la precedente attività pericolosa²⁶ posta in essere dallo stesso soggetto agente e solo alcuni sostenitori della c.d. teoria formale riconducono tra le fonti anche la consuetudine²⁷ e la gestione di affari altrui (*negotiorum gestio*). Tali ipotesi sono giustificate dalla necessità di tutelare beni i cui titolari sono incapaci di provvedere alla propria protezione.

Per quanto riguarda la legge, essa è intesa in senso ampio, includendo le fonti di tutti i settori dell'ordinamento, compresi i doveri nascenti dal diritto di famiglia ad esempio, la responsabilità penale della madre per omessa nutrizione del figlio appena nato e, per alcuni interpreti, anche gli ordini legittimi dell'Autorità e i provvedimenti del giudice.²⁸

Il contratto (o più genericamente il negozio giuridico), in virtù del suo valore di “legge tra le parti” ex art. 1372 c.c., fonda la posizione di garanzia, come nel caso della *baby-sitter* che assume contrattualmente l'onere di sorveglianza di un bambino in assenza dei suoi genitori. Pare problematico in questo caso l'assunzione di obblighi in caso di invalidità del contratto.

Altra fonte dell'obbligo, ereditata dalle teorie tedesche dell'*Ingerenz*, è la precedente attività pericolosa, che fonda la rilevanza penale dell'omissione di colui che non neutralizza le conseguenze dannose di una propria azione, la quale ha creato un rischio nella sfera giuridica di terzi. Essa non ha trovato ampio consenso nella dottrina maggioritaria italiana e questo per

²³ P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Gissen, 1801; L'Autore pone le basi del ragionamento sul reato omissivo. Il punto di partenza comune è rappresentato dall'intuizione di Feuerbach, secondo cui qualcuno può essere considerato garante solo se si trova in una “relazione particolare” con l'evento lesivo che si intende evitare.

²⁴ F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in «Rivista Italiana di Diritto Penale», 1936, p. 136; per legge si intende qualsiasi fonte di legge presente nell'ordinamento, alcuni sostengono che può essere equiparata alla legge un ordine dell'Autorità o un provvedimento del Giudice.

²⁵ Come esempio, il rapporto di garanzia che si instaura tra una baby-sitter e i genitori del bambino sorvegliato.

²⁶ G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 23 ss.; è penalmente responsabile colui che non si attiva per eliminare le conseguenze del suo agire: si pensi al soggetto che apre buche in strada senza ricoprirle o senza porre avviso e indicazione (fattispecie punita ex art. 673 c.p.). La dottrina tedesca, attraverso la teoria dell'ingerenza, ha elaborato questa categoria per superare la difficoltà di giustificare l'autonoma rilevanza causale dell'omissione, ricollegando la causalità “commissiva mediante omissione” a una precedente condotta pericolosa del reo: il mancato impedimento delle conseguenze dannose di tale condotta comporta responsabilità penale per l'evento lesivo che ne deriva.

²⁷ F. MANTOVANI, *Causalità*, p. 339, segnala che l'inserimento delle consuetudini all'interno delle fonti dell'obbligo giuridico di garanzia sia una decisione incoerente nella dimensione della teoria formale.

²⁸ F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, pp. 136-137.

un triplice ordine di ragioni: da un lato, si rileva che tali condotte commissive sono solitamente già sanzionate autonomamente come fattispecie autonome, ad esempio l'omessa cautela per buche stradali punita ai sensi dell'art. 673 c.p. come contravvenzione; dall'altro, e in modo più decisivo, si osserva che il soggetto che pone in essere l'azione pericolosa è, in realtà, responsabile per l'innescare di una serie causale attiva, e non per una vera e propria omissione; in più il riferimento alla "precedente attività pericolosa" del soggetto è contestabile in quanto non esiste alcuna fonte formale secondo la quale il compimento di una azione pericolosa possa determinare l'insorgenza di obblighi giuridici.

Nonostante il pregio indubbio di aver focalizzato l'attenzione sull'origine legale dell'obbligo, la teoria formale è stata duramente criticata per aver trascurato sistematicamente il contenuto materiale e la funzione specifica del reato omissivo improprio. Il richiamo a qualsiasi fonte legale comporterebbe una estrema dilatazione della responsabilità penale: la combinazione dell'art. 40 a qualsiasi obbligo di natura extra-penale genererebbe una moltitudine di obblighi. L'orientamento tradizionale, in questo modo, darebbe eccessivo rilievo «all'aspetto di validità ed efficacia formale del fattore generico»²⁹ risultando incapace di comprendere e di dare adeguate soluzioni a situazioni in cui si presenti un problema di responsabilità omissiva.

La crescente insoddisfazione nei confronti della teoria formale ha spinto la dottrina, influenzata da quella tedesca³⁰, a valutare approcci differenti individuando, in via alternativa o integrativa, criteri di tipo sostanziale. Secondo la c.d. teoria funzionale³¹ ciò che rileva ai fini dell'imputazione per omesso impedimento dell'evento è l'esistenza di una effettiva posizione di garanzia attribuita ad un soggetto determinato e non la violazione di una prescrizione.³² L'approccio di individuazione dell'obbligo di garanzia, il quale tende a sostituire i criteri di tipo formale con criteri di tipo materiale o contenutistico, è sempre di origine tedesca; l'apposizione di garanti è espressione di una esigenza solidaristica di tutela «rafforzata» di beni giuridici riconducibili a titolari incapaci di salvaguardare autonomamente il bene. Si instaura così un vincolo diretto di garanzia tra il garante e il bene giuridico, fondato su un rapporto di dipendenza

²⁹ M. ROMANO, *Commentario*, p. 356.

³⁰ *Infra* 1.3; La teoria materiale (*Materielle Garantenstellungstheorie*) della posizione di garanzia si afferma nella seconda metà del XX secolo come risposta alla rigidità della teoria formale dell'obbligo giuridico (*formelle Rechtspflichttheorie*), fino ad allora dominante nella dogmatica penalistica tedesca. A differenza di quest'ultima, che limita la responsabilità omissiva impropria a obblighi formalmente tipizzati, la teoria materiale ammette che la posizione di garanzia possa derivare anche da situazioni di fatto, ruoli sociali o dalla creazione di un pericolo (*Ingerenz*), ampliando così le fonti dell'obbligo giuridico.

³¹ Per la dottrina tedesca, A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gottiga, Schwartz, 1959;

³² M. ROMANO, *Commentario*, p. 356 ss.

finalizzato alla protezione.³³ Secondo questa visione orientata ad un diritto penale di matrice socio-protettiva, il fondamento materiale del dovere di garanzia non risiede primariamente in criteri formali o in rigidi schemi sistematici. Al contrario, esso si basa sull'idea che l'interesse individuale all'autonomia decisionale dell'agente debba essere funzionalizzato o subordinato all'esigenza superiore di salvaguardare un bene giuridico specifico. La determinazione pratica degli obblighi concreti in capo al garante può emergere da qualsiasi regola di condotta che sia percepita, accettata e seguita come vincolante all'interno della comunità di riferimento, garantendo così una sua effettiva riconoscibilità sociale e operatività pratica.³⁴

Questa impostazione interpretativa, pur mettendo in luce la dimensione solidaristica del diritto, pone però l'interprete davanti ad una alternativa problematica: «o la posizione di garanzia [...] non è prevista dalla legge, e allora è violato il principio della riserva di legge, o è invece prevista, ma con scarsamente tollerabile genericità e approssimazione, e allora è violato il principio di determinatezza».³⁵

La percezione dei limiti insiti nella teoria formale, unita agli stimoli della dottrina tedesca, ha favorito negli anni '70 una rilettura in chiave sostanziale della responsabilità commissiva mediante omissione. La teoria formale fonda la nascita dell'obbligo giuridico di impedire l'evento su una base normativa, mentre la teoria funzionale attribuisce rilievo centrale alla figura del garante spostando lo sguardo sulla concreta esistenza di questo. In questo contesto nasce la teoria mista, la quale è frutto dell'elaborazione e dell'integrazione reciproca di entrambi gli approcci. Tra i primi teorici della concezione mista spicca Sgubbi, il quale introduce una fondamentale distinzione, sia ontologica che normativa, tra la posizione di garanzia in sé e il concreto obbligo di attivarsi. Secondo l'autore, la posizione di garanzia preesiste alla norma penale: essa trova il proprio fondamento nella Costituzione o nella legge extra-penale. Sono queste fonti, infatti, a individuare il soggetto garante, investendolo della

³³ Si pensi, ad esempio, alla madre che omette di impedire la morte del figlio: in tal caso, la relazione di dipendenza è originaria, poiché il minore è, per sua natura, incapace di provvedere autonomamente alla propria tutela. La progressiva estensione delle posizioni di garanzia, favorita dall'incertezza dei confini normativi e dall'utilizzo di procedimenti interpretativi di tipo analogico, ha condotto l'ordinamento a riconoscere un numero sempre maggiore di situazioni generatrici di obblighi di protezione o controllo (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, p. 649). Non è chiaro, però, a quali beni del figlio si estenda la posizione di protezione dei genitori (sul punto C.F. GROSSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè Editore, 1983).

³⁴ La posizione di garanzia è individuata nel soggetto che esercita un effettivo dominio o una vera e propria "signoria" sui fattori causali che possono determinare l'evento lesivo tipico. Questo criterio del dominio causale funge da principio generale di imputazione e permette di ricondurre alla medesima responsabilità sia l'azione attiva (cagionare) sia la condotta omissiva (non impedire), fondando così l'equivalenza strutturale tra le due forme di realizzazione dell'evento (G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, pp. 133 ss).

³⁵ M. ROMANO, *Commentario*, p. 383.

specifica funzione di tutela di un bene giuridico che necessita protezione³⁶. La teoria mista, infatti, non si limita ad individuare i soggetti obbligati, ma indica anche i beni giuridici su cui si riferisce e le circostanze di fatto in cui deve operare.³⁷ È, dunque, la legge penale o extra-penale e il contratto, ad individuare le posizioni di garanzia le quali devono essere affidate a soggetti dotati di poteri impeditivi già precostituiti e caratterizzati da un contenuto specifico.³⁸ Il garante quindi, in tale situazione, risulta essere soggetto attivo del reato proprio di omesso impedimento dell'evento lesivo.³⁹ All'interprete spetta il delicato compito di distinguere, sulla base della legge, gli obblighi di impedimento e gli obblighi di mera sorveglianza. Questi ultimi, limitandosi a imporre doveri di controllo senza attribuire poteri impeditivi, non rientrano nell'ambito di applicazione della clausola di equivalenza ex art. 40, comma 2, c.p.; in tali ipotesi la responsabilità penale del titolare sorge soltanto qualora la legge preveda una specifica fattispecie incriminatrice volta a sanzionare l'omesso controllo. La distinzione non è agevole, ma è particolarmente fondamentale in quanto è in grado di fondare la responsabilità per mancato impedimento dell'evento.⁴⁰ L'interprete dovrebbe ricostruire l'obbligo di garanzia anche alla luce dei principi del diritto penale sanciti dalla Costituzione: principi solidaristico del diritto, di colpevolezza, di offensività e di legalità.⁴¹ In questa prospettiva, la funzione del sorvegliante

³⁶ F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, CEDAM, 1975, pp. 22 ss.; Il concreto obbligo di attivarsi trova il proprio fondamento nella posizione di garanzia e persegue, al pari delle regole cautelari nei reati colposi, una finalità preventiva. Tale dovere si modula diversamente in base all'oggetto della tutela. Nel caso della garanzia di controllo, l'obbligo nasce dalla gestione di una fonte di pericolo (o di un'attività rischiosa) da parte del soggetto, il quale deve impedire che da essa derivino eventi lesivi. Viceversa, nella garanzia di protezione, la ratio risiede nell'insufficienza dei poteri di autotutela del bene protetto: in tale scenario, il vincolo impone al garante di preservare l'integrità dell'interesse affidatogli da qualunque tipologia di pericolo lo minacci

³⁷ Come riporta F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, p. 339, occorrerebbe distinguere la teoria sostanzialistico-funzionale e la teoria formale-sostanziale. La prima, sorta negli anni Trenta del Novecento comprometterebbe il principio di tassatività per via della difficoltà di delimitare la responsabilità per omissione entro parametri generali e predeterminati. La posizione di garanzia, infatti, viene spesso individuata caso per caso sulla base delle specificità della situazione concreta, con il rischio di ampliare in modo non sufficientemente prevedibile l'ambito dell'imputazione omissiva. La teoria formale e funzionale necessita di reciproca integrazione, una concezione mista, ed è possibile affermare che, per quanto siano molteplici le opinioni espresse, per il diritto penale ciò che rileva è il contenuto materiale dell'obbligo giuridicamente fondato ovvero l'effettivo potere concreto conferito al soggetto agente per proteggere determinati beni giuridici.

³⁸ La posizione di garanzia ha *carattere specifico* quando il garante assume questa posizione in relazione a specifici beni di specifici soggetti. Da ciò deriva il divieto di ammissibilità di posizioni di garanzia generali (C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 234).

Gli obblighi di impedimento devono essere vagliati anche alla luce delle "esigenze proprie" della responsabilità omissiva; occorre valutare se sussistono le condizioni tali da attribuire all'obbligo di impedimento la consistenza di un obbligo di garanzia. L'Autore individua una serie di caratteristiche: l'incapacità totale o parziale del titolare del bene giuridico di attendere efficacemente alla protezione del bene; il soggetto concretamente si pone in una posizione di protezione del bene e di controllo su una determinata fonte di pericolo. (L. BISORI, *L'omesso impedimento*, p. 1365)

³⁹ M. ROMANO, *Commentario*, 1995, p. 193;

⁴⁰ C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 235.

⁴¹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 40.

non consiste nell'impedire direttamente l'evento dannoso, bensì nel monitorare la situazione di rischio e segnalarla. Il suo ruolo, quindi, è solo strumentale e preparatorio rispetto all'intervento di chi detiene i veri poteri impeditivi⁴², ossia il titolare del bene o il garante, che possono agire efficacemente una volta informati.

La dottrina contemporanea, in tema di reato omissivo improprio, manifesta una netta preferenza per l'approccio che integra i contributi delle tradizionali teorie formale e funzionale, dando vita a un modello misto. Questa impostazione riconosce che l'effettiva sussistenza della posizione di garanzia richiede una duplice validazione: da un lato, essa accoglie la pretesa avanzata dalla corrente formalista circa l'inderogabile necessità di individuare un fondamento giuridico positivo per l'obbligo impeditivo. Dall'altro lato, fa proprio l'intuizione della prospettiva funzionale, la quale ha correttamente evidenziato che l'essenza di tale obbligo risiede nella sua funzione protettiva, destinata a operare in circostanze in cui un determinato bene giuridico necessita di una salvaguardia attiva che va oltre l'autotutela del titolare, conferendo così al garante un ruolo essenziale di custode. La teoria mista definisce la selezione degli obblighi impeditivi attraverso un rigoroso processo di doppia validazione. Questo meccanismo di *filtro* richiede, in prima istanza, la sussistenza di un fondamento formale, che si concretizza nell'inderogabile previsione del garante originario all'interno di una fonte giuridica specifica: sia essa la legge, la fonte contrattuale o la *negotiorum gestio*. A questo requisito si affianca, in seconda battuta, l'integrazione dei postulati funzionali, i quali esigono la specificità e la precostituzione della posizione di garanzia in relazione al rischio e al bene tutelato. Tuttavia, la dottrina ha acutamente rilevato come, nonostante la solidità delle premesse, questa concezione rischi talora di ricalcare i difetti delle teorie che intende superare, anziché realizzare una vera sintesi. Tale criticità si manifesta quando i criteri formale e funzionale vengono impiegati in maniera alternativa e disgiunta, perdendo l'opportunità di una reciproca e armonica integrazione che ne costituisce il vero punto di forza teorico.⁴³ È in questo contesto che si ritiene pienamente condivisibile la teoria mista, la quale supera il mero accostamento dei criteri formale e funzionale impiegandoli in una sintesi operativa. Tale integrazione impone l'attribuzione al garante di poteri concreti ed effettivi di neutralizzazione o impedimento dell'evento, requisito essenziale che lo qualifica come soggetto attivo del reato omissivo.

Osservati i limiti delle impostazioni tradizionali e della carenza di determinatezza della formulazione normativa, diviene necessario il tentativo, operato da autorevole dottrina, di

⁴² F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 164.

⁴³ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 192.

ancorare la ricostruzione delle posizioni di garanzia ai fondamentali principi costituzionali di legalità, solidarietà, offensività e personalità della responsabilità penale.⁴⁴ A tal proposito, eppure, se da un lato l'intrinseca generalità ed ampiezza dei valori costituzionali impedisce di fondare la posizione di garanzia esclusivamente su di essi, dall'altro è innegabile che il processo di ricostruzione dell'obbligo impeditivo non possa prescindere dalle coordinate offerte dalla Carta. I principi costituzionali, dunque, pur non potendo fungere da unica fonte costitutiva diretta, rappresentano il perimetro interpretativo e il parametro di legittimità entro cui deve svolgersi l'individuazione del dovere di agire.

La legittimazione e la necessaria delimitazione dell'obbligo impeditivo sono inscindibilmente legate ai principi fondamentali della Costituzione.⁴⁵ Innanzitutto, il principio di legalità, sancito dall'art. 25 Cost., funge da referente formale, stabilendo un duplice ordine di requisiti. In base alla riserva di legge, l'obbligo di garanzia deve possedere in via primaria il requisito della giuridicità e della determinatezza. Ne consegue l'esclusione categorica di fonti basate su mere norme morali, poiché l'omissione di doveri impeditivi di natura etica, non può in alcun modo fondare la responsabilità penale per mancato impedimento. Analogamente, non sono sufficienti le mere situazioni fattuali, bensì l'obbligo deve derivare sempre e solo da fonti giuridiche formali, circoscritte alla legge e al contratto. Inoltre, in base al principio di tassatività, si richiede la sufficiente specificità dell'obbligo, con la conseguente non idoneità degli obblighi indeterminati; le norme non si limitano a imporre un divieto, ma devono configurare veri e propri doveri di comando positivi. Per tale ragione, gli stessi doveri inderogabili di solidarietà genericamente espressi in Costituzione all'art. 2 devono essere intesi come mero fondamento legittimante per la legislazione in materia di responsabilità omissiva, ma non possono mai costituire la fonte diretta e sufficiente per la punibilità del singolo per omesso impedimento. Il principio solidaristico detta il terzo requisito, orientato ai soggetti: la specificità dei beneficiari della tutela. Tale vincolo trova giustificazione nell'essenza stessa dell'obbligo di garanzia, poiché la tutela rafforzata e solidale deve essere limitata ai soli soggetti che si trovano in una condizione di incapacità di adeguata autotutela dei propri beni.⁴⁶

⁴⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, pp 164 ss.

⁴⁵ Sulla distinzione tra obbligo giuridico e obbligo morale: Per scongiurare il rischio di incontrollabili dilatazioni della responsabilità penale omissiva, permane imprescindibile l'assoluta distinzione tra l'obbligo giuridico e quello meramente morale. Tale principio esclude, ad esempio, la responsabilità penale per omicidio del medico libero professionista che ometta di accorrere alla chiamata di un malato (a differenza del sanitario del servizio pubblico di emergenza), così come l'irresponsabilità per mancato soccorso dei membri delle associazioni volontarie (es. donatori, salvataggio alpino) a fronte di eventi lesivi es. morte, infortunio, incendio (F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, pp. 340 ss.)

⁴⁶ *Ibi*, p. 342 ss.

Il principio di libertà sancito dall'art. 13 Cost. modella ulteriormente l'obbligo di garanzia, questa volta riguardo ai destinatari. Il quarto requisito esige la specificità dei soggetti destinatari, con l'assoluta esclusione che l'obbligo possa gravare sulla generalità dei consociati. Il reato omissivo per mancato impedimento è, dunque, per sua natura, un reato proprio, realizzabile soltanto da specifiche categorie predeterminate di individui che sono legati al bene da proteggere (es. genitori, medici) o alla fonte del pericolo da controllare (es. custode della cosa) da un particolare rapporto giuridico che definisce la posizione di garanzia.

Sebbene una certa corrente dottrinale abbia tentato di limitare l'obbligo di garanzia alla tutela esclusiva dei beni della vita e dell'incolumità individuale, adducendo motivazioni legate al principio di libertà e all'eccezionalità dell'obbligo, tale tesi non appare condivisibile, in quanto condurrebbe all'inaccettabile risultato di escludere dalla protezione beni fondamentali personali di natura diversa (come la libertà o l'intangibilità sessuale) e beni patrimoniali, oltre a rendere inapplicabile l'istituto a obblighi derivanti sia dalla legge che dal contratto.⁴⁷

Infine, l'obbligo di garanzia è soggetto a un ulteriore filtro imposto dal principio di responsabilità penale personale (art. 27 Cost.), il quale richiede che il garante sia sempre in una condizione materiale di poter eseguire l'azione impeditiva idonea. Sotto tale profilo, l'obbligo di garanzia non è concepibile senza la presenza imprescindibile di poteri giuridici impeditivi speculari al dovere. Questi poteri consistono nella facoltà di vigilare sull'insorgere delle situazioni di pericolo e di intervenire su di esse, sia personalmente sia delegando. L'affidamento della tutela dei beni al garante esiste, in definitiva, solo nei limiti in cui vi sia una compresenza di doveri e poteri giuridici impeditivi conferiti specificamente dalla fonte normativa.⁴⁸ Tali poteri rappresentano l'elemento distintivo che caratterizza l'obbligo di garanzia rispetto a qualsiasi altro obbligo di agire; perciò, un accertamento giudiziale è necessario per stabilire se l'evento lesivo verificatosi rientri effettivamente nel raggio d'azione dei poteri impeditivi del soggetto.

Un ulteriore requisito, sempre dettato dal principio di responsabilità personale, è la preesistenza del potere-dovere rispetto alla situazione di pericolo. Solo in questo modo il garante è posto nelle condizioni di esercitare un'efficace tutela, anche di natura preventiva, sul bene affidatogli. Infine, l'obbligo di garanzia viene meno se il garante si trova nell'impossibilità materiale di compiere l'azione impeditiva idonea. In assenza di una descrizione specifica dell'azione

⁴⁷ F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, p. 995.

⁴⁸ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, p. 343 ss.; siano essi poteri generali, come l'affidamento dei beni dei minori ai genitori, o particolari, come l'affidamento dell'incolumità dei lavoratori al datore di lavoro.

richiesta da parte della fonte (la c.d. azione *libera*), occorre distinguere l'impossibilità assoluta, che preclude ogni possibilità di intervento e libera totalmente il garante dall'obbligo, dall'impossibilità relativa, che invece limita l'azione solo ad alcune condotte. In questo secondo caso, il garante è pur sempre tenuto a realizzare le azioni possibili.⁴⁹

Il potere giuridico impeditivo, già individuato dai primi teorici della concezione mista, assume nella rilettura costituzionale un ruolo decisivo⁵⁰: esso diviene il criterio costitutivo della posizione di garanzia, tracciando i confini dell'obbligo ex art. 40, comma 2 c.p. In questa prospettiva, la pretesa punitiva dello Stato incontra un limite invalicabile nelle effettive capacità dell'omittente: può essere soggetto a sanzione penale soltanto colui che si trova, sia materialmente sia giuridicamente, nelle condizioni di impedire l'evento. Alla luce di tale principio, la posizione di garanzia si ridefinisce strutturalmente come un complesso di poteri-doveri finalizzati all'impedimento di eventi lesivi. Tale vincolo si manifesta in due forme: come relazione diretta tra il soggetto e il bene (garanzia di protezione) oppure come relazione mediata attraverso la fonte di pericolo (garanzia di controllo). In entrambe le configurazioni il ruolo del garante si sostanzia in una specifica funzione di tutela rinforzata degli interessi giuridici coinvolti.

Alla luce dell'evoluzione storica, normativa e interpretativa della responsabilità per omissione, emerge con chiarezza come il fondamento e i presupposti della posizione di garanzia siano caratterizzati da tratti fortemente elastici e contestuali. Il passaggio da un diritto penale repressivo-conservativo ad un sistema ispirato alla tutela solidaristica dei beni giuridici, le diverse interpretazioni dottrinali, le influenze extraterritoriali, nonché l'evoluzione tecnologica e industriale con le relative nuove esigenze normative, hanno contribuito a rendere sempre meno netti i confini dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Tale fluidità è, in larga parte, il risultato della tensione dialettica tra due opposte concezioni che hanno segnato la materia. Da un lato, la concezione formalistica ha tentato di ancorare l'obbligo di garanzia a fonti giuridiche formali (legge e contratto) per soddisfare l'imprescindibile esigenza di legalità. Tuttavia, tale approccio ha mostrato il duplice limite: per eccesso, non riuscendo a selezionare, tra i vari obblighi, quelli con autentica funzione di garanzia; per difetto, escludendo la responsabilità in assenza di un valido vincolo contrattuale formale, anche a fronte di un'effettiva presa in carico

⁴⁹ Nelle ipotesi in cui la fonte dell'obbligo non descriva l'azione impeditiva richiesta (azione "libera"), si impone la distinzione tra l'impossibilità assoluta, la quale preclude ogni intervento e libera integralmente il garante dal dovere, come nel caso del bagnino colto da improvviso svenimento, e l'impossibilità relativa, che limita l'azione solo ad alcune condotte possibili. In quest'ultimo caso, il garante è tenuto ad attivare le residuali azioni esigibili: si pensi alla madre, incapace di nuotare, che è comunque obbligata a invocare il soccorso altrui per salvare il figlio caduto in acqua.

⁵⁰ F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, pp. 140 ss.

del bene⁵¹. Dall'altro lato, la concezione sostanzialistico-funzionale ha cercato di superare il formalismo individuando la fonte dell'obbligo nella situazione fattuale di garanzia e nell'esigenza solidaristica di tutela rafforzata dei beni. Sebbene abbia avuto il merito di offrire un criterio materiale per distinguere gli autentici obblighi di garanzia, anche questa prospettiva è esposta a critiche: fondando la responsabilità su situazioni di fatto o sulla precedente azione pericolosa, essa rischia di entrare in conflitto con i principi di riserva di legge e di tassatività, finendo paradossalmente per estendere l'area della punibilità oltre i confini tracciati dai criteri formali e generando confusione tra causalità attiva e omissiva. In definitiva, l'incapacità di entrambe le teorie, quella formale e quella funzionale, di fornire una sistematizzazione priva di contraddizioni conferma la complessità della materia, spingendo parte della dottrina a cercare un ancoraggio più sicuro direttamente nei principi costituzionali, nel tentativo di arginare l'incertezza che ancora oggi grava sulla definizione dei garanti.

1.2 La fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento secondo la giurisprudenza.

«La nascita del reato omissivo avviene di pari passo con i tentativi di delimitarlo»⁵². L'utilizzo della clausola generale di equiparazione in lettura combinata con le fattispecie incriminatrici di parte speciale genera una moltitudine di nuove incriminazioni. Muovendo dall'assunto che non vi è una serie di ipotesi di reato tipizzate, è facilmente intuibile che la giurisprudenza abbia avuto un ruolo fondamentale nella delineazione dei confini applicativi dell'art. 40 c.p., comma 2. Quest'ultima, in linea con la dottrina, ha sottolineato come la mera esistenza di una posizione di garanzia non comporti automaticamente un *addebito di responsabilità*,⁵³ ma che occorre correlarla ai principi solidaristici di matrice costituzionale.⁵⁴

⁵¹ F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, p. 995; si pensi al caso dell'invalidità del contratto pur in presenza di un affidamento concreto.

⁵² G. EBNER, *Il reato omissivo improprio, la compartecipazione omissiva e la connivenza non punibile*, «Cassazione Penale», 1997, p. 2246.

⁵³ Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899; Si legge a p. 292: «la titolarità di una posizione di garanzia non comporta, in presenza del verificarsi dell'evento, un automatico addebito di responsabilità colposa a carico del garante, imponendo il principio di colpevolezza la verifica in concreto sia della sussistenza della violazione - da parte del garante - di una regola cautelare (generica o specifica), sia della prevedibilità ed evitabilità dell'evento dannoso che la regola cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio), sia della sussistenza del nesso causale tra la condotta ascrivibile al garante e l'evento dannoso».

⁵⁴ In questa prospettiva, lo Stato moderno non si limita a un ruolo meramente negativo di composizione dei conflitti tra individui, ma svolge un'attività positiva e trasformativa, volta a incidere sulle condizioni di vita collettive e a

Con riferimento all'obbligo giuridico di impedire l'evento, nell'ambito della giurisprudenza di merito si delineano due principali orientamenti interpretativi: da un lato, quello che privilegia una concezione di tipo *formale*, la quale ancora il fondamento dell'obbligo a specifiche fonti di produzione normativa⁵⁵; dall'altro, quello che adotta una prospettiva più *sostanzialistica*, volta a valorizzare le concrete situazioni di fatto idonee a far sorgere in capo al soggetto un dovere giuridico di impedimento.⁵⁶ Analoga prospettiva interpretativa si riscontra anche in dottrina, dove il confronto tra approcci formali e sostanzialistici continua a rappresentare uno degli aspetti centrali nella definizione dei presupposti della responsabilità omissiva impropria.

La cosiddetta *teoria del trifoglio*, che individua nelle fonti formali la principale base dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, ha suscitato rilievi critici anche nella giurisprudenza di legittimità. Particolarmente problematico risulta l'obbligo fondato sulla precedente attività pericolosa, in quanto il soggetto agente risulterebbe già penalmente responsabile per la condotta attiva e pericolosa posta in essere, rendendo in tal caso superflua l'applicazione della disciplina del reato omissivo improprio.⁵⁷

La teoria funzionale, invece, individua i soggetti obbligati attraverso la posizione di garanzia, conferendo a determinati beni giuridici, non adeguatamente tutelati, una protezione rafforzata. Il fondamento della responsabilità è correlato all'esistenza di un dovere giuridico di intervento ed è il titolare di tale obbligo ad assumere la posizione di garanzia. Essa è costituita: dal dovere di intervento, il quale deve essere prescritto in una fonte normativa di diritto privato o pubblico,

orientare il progresso sociale verso determinate finalità (F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003, p. 5 ss.).

⁵⁵ Cass. pen., Sez. III, 22 novembre 2007, n. 47083 nell'ambito di reati edilizi-urbanistici. Si determina che, al fine di individuare la responsabilità penale in capo ad un soggetto, non è sufficiente la qualità di proprietario in quanto trattasi di mera titolarità di situazioni giuridiche attive sul bene; così come nel 2006 (Cass. Pen., Sez. IV, 12 aprile 2005, n. 13241) la Corte riconduce la posizione di garanzia a carico dei medici della struttura ospedaliera nei confronti del paziente ricoverato, all'art. 34 comma 4 della legge 833/78 e sempre nell'ambito della responsabilità medica, nel 2005, quando l'intervento chirurgico è effettuato in equipe, il chirurgo riveste una posizione di garanzia nei confronti del paziente, che non si esaurisce nell'ambito strettamente operatorio, ma si estende anche al successivo decorso post-operatorio (Cass. pen., Sez. IV, 8 febbraio 2005, n. 12275).

⁵⁶ Così come (Cass. pen., Sez. IV, 9 novembre 2004, n. 3458) si dichiara che in tema di incendio colposo, il legale rappresentante della ditta incaricata dello spettacolo pirotecnico assume una posizione di garanzia che si sostanzia nell'obbligo di assicurarsi, con uno sforzo di diligenza e di attenzione maggiore, trattandosi dello svolgimento di un'attività pericolosa; Cass. pen., Sez. III, 9 novembre 2013, n. 49327 nei casi di reati ambientali commessi da terzi, la Corte esclude la sussistenza di una posizione di garanzia in capo al terzo proprietario incolpevole; Sul fondamento solidaristico della responsabilità omissiva impropria, la giurisprudenza si è pronunciata più volte: Cass. pen., Sez. III, 12 dicembre 2005, n. 2206; Cass. pen., Sez. III, 6 giugno 2014, n. 23911.

⁵⁷ Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761; in particolare, centrale risulta essere nella fattispecie l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito e della responsabilità dell'imputato per la violazione di regole cautelari la cui osservanza avrebbe evitato almeno conseguenze (*La prevedibilità e l'evitabilità dell'evento nel caso di calamità naturali*, in «Cassazione Penale», 2011, p. 82 s.s.).

anche non scritta o una situazione di fatto per precedente condotta illegittima e dall'esistenza di poteri tali da arrestare l'evento lesivo.⁵⁸

In tale prospettiva, il garante deve essere titolare di specifici poteri impeditivi. La Corte di Cassazione ha precisato che non è necessario che al garante siano forniti poteri impeditivi assoluti, purché egli disponga di mezzi sollecitatori idonei a prevenire il verificarsi dell'evento. Ne consegue che, affinché un soggetto possa definirsi garante, sia sufficiente che abbia la possibilità di influenzare il corso degli eventi; al contrario, chi dispone di tale capacità non risponde penalmente in assenza di un obbligo giuridico di intervento per modificare il decorso degli avvenimenti.⁵⁹

Il termine *posizione di garanzia*, elaborata dall'orientamento funzionalistico, ha trovato un esplicito riconoscimento nell'ordinamento. Ne è un esempio significativo l'art. 299 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di sicurezza sul lavoro.⁶⁰ Tale disposizione stabilisce, infatti, che le figure chiave del sistema prevenzionistico, il datore di lavoro, il dirigente e il preposto, sono titolari di una posizione di garanzia anche nelle ipotesi in cui risultino sprovvisti di una regolare investitura.⁶¹ In tal senso, il legislatore ha inteso chiarire che la fonte dell'obbligo di impedire l'evento risiede nell'«ordinamento di impresa» stesso⁶². Le posizioni di garanzia scaturiscono

⁵⁸ Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 1988, n. 8217; il titolare dell'obbligo giuridico versa in una posizione di garanzia nei casi in cui vi siano gli elementi essenziali per costituirla, ovvero: una fonte normativa, anche non scritta o una situazione di fatto per precedente condotta illegittima e l'esistenza di un potere giuridico (anche di fatto) di intervento.

⁵⁹ Cass. pen., sez. IV, 11 marzo 2010; in particolare «L'agente non può rispondere del verificarsi dell'evento se, pur titolare di una posizione di garanzia, non dispone della possibilità di influenzare il corso degli eventi. Per converso chi ha questa possibilità non risponde se non ha un obbligo giuridico di intervenire per operare la modifica del decorso degli avvenimenti».

⁶⁰ La norma in esame omette, tuttavia, di fornire i «criteri diagnostici» necessari a riconoscere il garante di fatto, né si rinviengono altre disposizioni nell'ordinamento penale che offrano indicazioni adeguate in materia. Di fronte a tale carenza legislativa, è spettato alla giurisprudenza il compito di colmare la lacuna. I giudici hanno precisato che un obbligo di impedimento si configura allorché un bene giuridico, che il suo titolare non è in grado di proteggere, venga affidato per fonte giuridica (anche negoziale) alla tutela di una o più persone specificamente individuate. Queste ultime, inoltre, devono essere dotate di effettivi poteri atti a impedire la lesione o, quantomeno, dei mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari; Cass. pen., Sez. IV, 7 Febbraio 2007, n. 12800 in «Guida al diritto», 2007, p. 107. In materia di infortuni sul lavoro, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare i requisiti di validità della delega di funzioni, attraverso la quale il datore di lavoro trasferisce gli obblighi di prevenzione e sorveglianza, determinando il subentro del delegato nella posizione di garanzia. Con una significativa pronuncia, è stato chiarito che, ai fini della validità di tale trasferimento, la forma scritta non costituisce un requisito essenziale, né è richiesta *ad probationem*. L'assenza di un requisito formale non è, tuttavia, priva di conseguenze sul piano probatorio. Gli stessi giudici di legittimità hanno, infatti, osservato come un atto non documentato per iscritto possa difficilmente risultare sufficientemente specifico e preciso nell'individuare sia il soggetto delegato sia le funzioni attribuite, rendendo ardua la puntuale ricostruzione dei relativi poteri, doveri e limiti. Sebbene, quindi, il trasferimento delle funzioni sia dimostrabile con qualsiasi mezzo di prova previsto che non ammette presunzioni di maggiore efficacia di un mezzo rispetto a un altro, l'onere della prova circa l'avvenuto conferimento, nonché circa i suoi esatti contenuti e limiti, grava in ogni caso sul datore di lavoro.

⁶¹ Sul punto, I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, pp. 192 ss., evidenzia il rischio che tale concezione, anziché superare i difetti delle tesi precedenti, finisca per cumularli. Secondo l'Autrice, ciò avviene qualora i criteri formale e funzionale siano impiegati in via meramente alternativa, anziché in una prospettiva di reciproca integrazione.

⁶² A. GARGANI, *Posizioni di garanzia*, p. 520.

direttamente dal conferimento di poteri d'intervento su un determinato settore nell'ambito dell'assetto organizzativo. Di conseguenza, è la stessa struttura creata discrezionalmente dall'imprenditore, attraverso le sue scelte organizzative, a conferire a tali poteri la loro specifica rilevanza giuridica.⁶³ Del resto, sul piano giudiziario, la disposizione in commento riceve un'interpretazione estensiva, in quanto la giurisprudenza vi ravvisa un'espressa affermazione del principio di effettività: ai fini della configurazione di un obbligo rilevante in chiave omissiva, di dare prevalenza alle mansioni in concreto, piuttosto che alla mera qualificazione astratta del rapporto.⁶⁴

Tra i poteri di natura sollecitatoria, prescrive la Corte, è possibile individuare «anche i rimedi estremi, quali la denuncia dell'autore del reato»; nei casi di reati di violenza domestica la posizione di garanzia del genitore impone azioni concrete al fine di far cessare l'attività delittuosa mettendo in atto «meccanismi idonei ad evitare il verificarsi dell'evento».⁶⁵

La distinzione tra obblighi impeditivi e obblighi di mera sorveglianza, però, non pare del tutto netta. In particolare, codesta distinzione rileva ai fini della sussistenza della responsabilità penale di amministratori e di sindaci all'interno della società per il mancato impedimento di reati compiuti dagli amministratori esecutivi facenti parte del consiglio di amministrazione.⁶⁶

Come chiarito dalla dottrina e confermato dalla giurisprudenza, la posizione di garanzia può essere generalmente distinta in posizioni di protezione e posizioni di controllo, a seconda della natura del bene tutelato e del tipo di obbligo giuridico gravante sul garante. La posizione di protezione ricorre quando il garante è tenuto a salvaguardare un determinato bene giuridico contro il pericolo che derivi da fattori esterni.⁶⁷

La posizione di protezione è assunta, ad esempio, dal genitore che ometta di impedire il protrarsi di maltrattamenti o di violenze sessuali ai danni della figlia minore: su questo grava l'obbligo giuridico di impedire «se non il verificarsi, quantomeno il protrarsi di fatti delittuosi in danno dei minori», in quanto titolare di una posizione di garanzia strettamente connessa ai

⁶³ T. PADOVANI, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, in *Cassazione penale*, 2011, p. 1588.

⁶⁴ Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 10704, in «Ced Cass.»; Sul punto, si veda la fondamentale pronuncia che ha enucleato il principio di effettività, Cass., Sez. Un., 1° luglio 1992, n. 9874, in «Ced Cass.», Rv. 191185. Le Sezioni Unite, con specifico riguardo alla materia infortunistica, hanno stabilito che l'individuazione dei destinatari degli obblighi di prevenzione debba fondarsi non sulla qualifica formale rivestita, bensì sulle funzioni in concreto esercitate, le quali prevalgono sulla carica attribuita al soggetto.

⁶⁵ Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2007, in «Cassazione penale», 2008, 3231.

⁶⁶ Cass. pen., Sez. III, 17 giugno 2015, n. 33397; Nell'ambito di reati, anche omissivi, commessi in nome e per conto della società, il soggetto attivo del reato va individuato nell'amministratore di fatto, mentre il prestatore assume il ruolo di concorrente per non avere impedito l'evento che aveva il dovere di impedire.

⁶⁷ Sul piano pratico-applicativo, tuttavia, si fatica a distinguere le ipotesi in cui ricorre un potere autenticamente impeditivo da quelle caratterizzate da un potere di sorveglianza o da un mero potere di attivarsi. Può accadere, perciò, che essi vengano assimilati erroneamente ai poteri di controllo o a quelli di protezione.

doveri di tutela, cura e sorveglianza derivanti dal rapporto genitoriale.⁶⁸ Analoga posizione assume il medico psichiatra, chiamato a rispondere per non aver impedito la morte del paziente, qualora l'evento sia riconducibile a una violazione dei suoi doveri professionali di vigilanza e protezione.⁶⁹

Di particolare rilievo è, inoltre, la configurazione della posizione di garanzia nell'ambito delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. La legge 20 maggio 2016, n. 76, recependo il contenuto dell'art. 143 c.c.,⁷⁰ sancisce infatti l'equiparazione tra matrimonio e unione civile, stabilendo che da quest'ultima scaturisce un reciproco dovere di assistenza morale e materiale. Tale previsione estende, dunque, anche ai partner uniti civilmente un obbligo giuridico di protezione fondato sul legame affettivo e sulla solidarietà familiare.

Diversa è la posizione di controllo, che si caratterizza per l'obbligo di prevenire o neutralizzare situazioni di pericolo derivanti da fonti che minacciano l'integrità del bene protetto. È il caso, ad esempio, del gestore di un centro sportivo, responsabile per l'erronea o negligente manutenzione delle strutture e delle attrezzature che abbia cagionato lesioni gravi ad un calciatore.⁷¹ Analoga responsabilità sorge in capo al proprietario di un animale, tenuto a rispondere per la violazione dell'obbligo di custodia derivante dal rapporto di detenzione e dalla possibilità di controllo effettivo sul comportamento dell'animale stesso.⁷²

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che la posizione di garanzia si possa configurare in virtù di una assunzione volontaria di compiti di tutela anche in assenza di un obbligo giuridico.

⁶⁸ Cass. pen., Sez. III, 13 marzo 2014, n. 15109, p. 6; così come Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2006, n. 4331; Si possono così distinguere gli obblighi di protezione, i quali sorgono tipicamente da un vincolo personale qualificato, come quelli che gravano sui genitori per la tutela dei figli minori (ex art. 147 c.c.) o tra i coniugi per la reciproca incolumità (ex art. 143 c.c.). Rientrano in quest'alveo anche gli obblighi derivanti da un affidamento istituzionale, come quelli del personale sanitario verso la salute dei pazienti o quelli dell'Amministrazione penitenziaria a tutela della vita dei detenuti. Più problematica e variegata, invece, appare la definizione degli obblighi di controllo. In tale categoria si tende a ricondurre i doveri scaturenti dalla signoria su cose o animali pericolosi (artt. 2051 ss. c.c.), quelli connessi all'esercizio di attività intrinsecamente rischiose (come previsto dall'art. 2054 c.c.), nonché i doveri di sorveglianza volti a impedire azioni illecite da parte di terzi (artt. 2047 ss. c.c.).

⁶⁹ Cass. pan., Sez. IV, 14 giugno 2016, n. 33609; Al punto 4 viene riportato «il medico psichiatra deve ritenersi titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente con la conseguenza che lo stesso, quando sussista il concreto rischio di condotte autolesive, anche suicide, è tenuto ad apprestare specifiche cautele»; Così come Cass. pen., Sez. IV, 27 novembre 2008, n. 48292;

⁷⁰ Art. 143, comma 2, c.c.: «Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione».

⁷¹ Cass. pen., Sez. IV, 20 settembre 2011, n. 18798; Al punto 5 si legge: «l'imputato era titolare di una posizione di garanzia in quanto, quale Presidente della squadra di calcio, avrebbe comunque dovuto verificare l'idoneità delle condizioni di sicurezza dell'impianto, nonostante la avvenuta omologazione del campo di calcio».

⁷² Cass. pen., Sez. IV, 20 novembre 2018, n. 52122; determina che «benché la giurisprudenza in materia di posizione di garanzia abbia avuto modo di svilupparsi soprattutto con riferimento all'ambito della prevenzione degli infortuni sul lavoro, nondimeno, in tema di custodia di animali, si afferma che l'obbligo di custodia di un animale sorge ogni qualvolta sussista una relazione anche di semplice detenzione dell'animale»; così come Cass. pen., Sez. IV, del 17 ottobre 2017 n. 51448.

Tale orientamento, fondato sul *principio della materiale presa in carico*⁷³ del bene protetto, manifesta una chiara apertura verso la dottrina tedesca delle posizioni di garanzia la quale individua il garante sulla base di una assunzione di responsabilità in concreto.

In questa linea interpretativa, la posizione di garanzia si configura non soltanto in virtù di una formale investitura, ma anche quale effetto dell'assunzione di fatto delle funzioni proprie del garante, desumibile da un *comportamento concludente* dell'agente il quale implichi la presa in carico del bene giuridico da tutelare; essa, per contro, non può essere ricondotta al semplice comportamento illecito posto in essere da terzi.⁷⁴

L'approccio della giurisprudenza ai casi ibridi è piuttosto combattuto tra due diverse soluzioni dogmatiche: da un lato, vi è la tendenza a ricondurre tali ipotesi all'assunzione volontaria dei compiti di tutela. Per raggiungere tale risultato, i giudici arrivano a presumere l'esistenza di un incontro di volontà, superando così l'ostacolo della formale assenza di un negozio giuridico presumendone la sussistenza. Dall'altro lato, un diverso orientamento giurisprudenziale, predilige inquadrare le medesime fattispecie nella categoria dell'assunzione unilaterale degli obblighi di tutela⁷⁵. Tali obblighi ricadono sul soggetto che assume, di propria iniziativa, il

⁷³ Cass. pen., Sez. IV, 18 aprile 2019, n. 39261: la Corte è chiamata a decidere su un caso di decesso di un uomo costretto sulla sedia a rotelle a seguito dell'uso scorretto di una chiave di emergenza in possesso del figlio. Nella fattispecie, i manutentori dell'ascensore avevano disposto all'uomo tre chiavi. La chiave di emergenza, in grado di aprire l'elevatore anche senza che il vado fosse al piano, era in possesso del figlio. Quest'ultimo, dopo aver aperto la porta, trascina con sé la sedia a rotelle del padre ed entrambi precipitano riportando lesioni e la morte del padre. La Corte determina l'assoluta esistenza di una posizione di assistenza generica in capo al figlio, ma ha escluso la responsabilità ex art. 40 c.p., in quanto non essendo stato istruito dal manutentore, la posizione di garanzia rispetto all'elevatore ricade sul manutentore stesso; A. CONTE, L. CORAN, *Riflessioni in materia di reato omissivo improprio: le posizioni di garanzia "di fatto" alla luce delle più recenti applicazioni giurisprudenziali*, in «Giurisprudenza Penale», 2022, p. 13.

⁷⁴ Cass. pen., Sez. IV, 26 settembre 2019, n. 42867; Cass. pen., Sez. IV, 25 maggio 2022, n. 21869, la quale sempre in merito all'assunzione de facto di una posizione di garanzia; Cass. pen., sez. IV, 17 giugno 2024, n. 35016, p. 9, in particolare nei fatti di Piazza San Carlo a Torino, la giurisprudenza di legittimità ha individuato la posizione di garanzia sia in specifiche fonti normative (ad es. per la sindaca, ai sensi degli artt. 50 e 54 TUEL), sia nell'esercizio di mere funzioni di fatto (come nel caso del capo di gabinetto). In proposito, la Corte ha precisato che «in base a un principio generale in tema di reati omissivi impropri, l'assunzione della posizione di garanzia non deve necessariamente discendere da una formale investitura, potendo anche derivare, come nella specie, dall'esercizio di fatto di funzioni proprie del garante, con conseguente assunzione della gestione del rischio specifico e presa in carico del bene giuridico protetto».

⁷⁵ A. ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2013; La configurabilità dei reati omissivi, data la loro natura eccezionale, è subordinata al riconoscimento di uno specifico dovere di agire. A tale proposito, con riferimento alla nozione di assunzione unilaterale dei compiti di tutela, occorre distinguere la mera «obbligazione contratta volontariamente» (*voluntary incurred obligation*) dalla «volontaria assunzione della cura» di un terzo (*voluntary assumption of care*). Si ritiene, infatti, che solo quest'ultima presupponga un chiaro «dovere di garanzia», concretizzato in un «obbligo di impedimento», in capo al soggetto che assume di propria iniziativa la tutela di un bene altrimenti privo di protezione. Sebbene tali omissioni qualificate possano soddisfare il requisito della volontarietà ed essere considerate «cause» dell'evento, la loro gestione dogmatica rimane complessa. I normali principi di causalità, infatti, non paiono direttamente applicabili: si osserva, ad esempio, che il mancato impedimento di un atto potrebbe non costituire un *novus actus interveniens* idoneo a interrompere la catena causale; inoltre, sul piano probatorio, potrebbe risultare più agevole dimostrare che l'omissione sia stata una causa concorrente, piuttosto che la causa esclusiva dell'evento.

compito di tutelare un determinato bene giuridico che altrimenti rimarrebbe privo di protezione. Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza ha enucleato criteri piuttosto chiari. Si richiede, in primo luogo, di valutare la particolare vulnerabilità del bene, derivante dall'incapacità del titolare di proteggerlo autonomamente. È inoltre necessario che la tutela del bene sia stata affidata al garante anteriormente al verificarsi della situazione di pericolo. Infine, il garante deve essere concretamente in grado di intervenire sullo svolgimento dei decorsi causali per impedire l'evento, e, in modo particolare, si valuta se sia stato il comportamento del garante stesso a determinare un aumento del rischio per il bene da proteggere.⁷⁶

Di particolare interesse, anche per la sua costante evoluzione sul piano giurisprudenziale, è la dimensione della posizione di garanzia di fatto, ossia quelle situazioni nelle quali l'obbligo giuridico non sorge da una fonte strettamente formale, ma dal contesto sociale il quale impone doveri di solidarietà. All'interno di questa peculiare posizione di garanzia è possibile compiere una distinzione tra posizioni di fatto *apparenti* e posizioni di fatto *reali*. Le prime acquistano rilevanza giuridica in virtù di una norma giuridica che ne riconosce l'efficacia, in piena osservanza del principio di legalità, fondamento del diritto penale; le posizioni reali, al contrario, si formano esclusivamente sulla base del fatto concreto.⁷⁷ Le fattispecie riconducibili a tale peculiare formulazione sono numerose⁷⁸; per comprendere appieno la complessa configurazione della responsabilità connessa alla posizione di garanzia di fatto, appare opportuno soffermarsi sul caso Vannini in quanto traccia una nuova realtà del reato omissivo.⁷⁹ Nella giurisprudenza di merito, la pronuncia in esame attribuisce agli imputati la responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento, fondando tale decisione sul principio solidaristico che caratterizza la normativa in materia. In particolare, i giudici individuano come garanti della vita della persona in pericolo coloro che, per la posizione effettivamente assunta e per la concreta possibilità di prevenire l'evento, avrebbero potuto attivare i soccorsi in tempo, seguendo il comune senso della responsabilità.⁸⁰ Nel caso di specie, A.C. ferisce

⁷⁶ Cass. pen., Sez. V, 19.7.2021, n. 27905.

⁷⁷ A. PROVERA, *L'intreccio e le successioni delle posizioni di garanzia*, Torino, Giappichelli Editore, 2025, p. 171. Si riporta che nelle posizioni di garanzia di fatto apparenti viene comunque riconosciuta e resa giuridicamente rilevante da una disposizione di legge, basti pensare all'amministratore di fatto previsto dall'art. 2639 c.c.

⁷⁸ Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527, nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno confermato la responsabilità per omicidio colposo dell'imputato il quale aveva assunto l'incarico di vegliare sul rientro notturno di ospiti di un rifugio di montagna. La S.C. determina la colpevolezza ex art. 40 in forza di un contratto atipico, individuando così la base normativa dalla quale far derivare la posizione di garanzia.

⁷⁹ Cass. pen., Sez. I, 6 marzo 2020, n. 9049; R. COPPOLA, *La posizione di garanzia nel rapporto di ospitalità, il caso Vannini*, in «Archivio Penale», 2021, p. 1.

⁸⁰ A. GARGANI, *Lo strano caso dell'azione colposa seguita da omissione dolosa. Uno sguardo critico alla sentenza Vannini*, in «disCrimen», 2020, p. 2.

involontariamente M.V. con l'arma di servizio e, volontariamente, comunica false informazioni agli operatori sanitari intervenuti non permettendo a questi di soccorrere la vittima adeguatamente. Per la Suprema Corte, l'evento morte sarebbe la conseguenza delle lesioni provocate dal colpo di pistola e dell'inefficace soccorso il quale, se fosse stato corretto, avrebbe evitato il triste epilogo. La tutela della vittima, poteva realizzarsi solo con l'effettivo intervento degli imputati i quali erano gli unici in grado di rendersi conto della gravità della situazione. La particolarità di questa pronuncia risiede nel fatto che la S.C. non riconduce la circostanza al reato di omissione di soccorso ex art. 593 c.p., bensì dichiara la sussistenza di un obbligo di garanzia ben diversa dal mero obbligo di soccorso scaturito nei confronti di chiunque trovi una persona ferita. Sui quattro imputati, A.C. e i suoi famigliari, ricade quindi un obbligo di protezione della vita della vittima ex art. 40 c. 2; ciò, però, non si poggerebbe sulla mera violazione del dovere di non ledere l'altrui sfera giuridica, ma sul particolare rapporto di *tipo sostanzialmente familiare*⁸¹ che intercorre tra loro e M.V. Le azioni dei quattro imputati, come ad esempio il lavaggio della ferita o la vestizione, hanno determinato una «assunzione volontaria di un dovere di protezione e quindi di un obbligo di impedire conseguenze dannose per i suoi beni, anzitutto la vita».⁸² Da tale ricostruzione emerge che l'obbligo giuridico del *neminem laedere* si concretizzi in un dovere di protezione rispetto al pericolo effettivamente prevedibile e, nel caso di specie, ciò è contestualizzato all'ambiente familiare e domestico.⁸³ L'obbligo di impedire l'evento viene così ricondotto a criteri di ordinaria esperienza (di senso comune), individuando il suo fondamento giuridico del dovere in un atto negoziale atipico: il c.d. contratto sociale⁸⁴. Tale impostazione, assunta dalla Suprema Corte, si pone in frizione con

⁸¹ Non rileva il rapporto di temporanea convivenza familiare, ma la relazione di ospitalità qualificata nel contesto sostanzialmente familiare. L'obbligo di impedimento si vincola a clausole generiche e indefinite ricollegabili al buon senso e alla comune esperienza (A. GARGANI, *Lo strano caso dell'azione colposa*, p. 12).

⁸² A. GARGANI, *Lo strano caso dell'azione colposa*, p. 7.; Cass. pen., Sez. I, 6 marzo 2020, p. 25. Tra i cinque soggetti si instaura un rapporto di confidenza strutturando, nel nucleo familiare ospitante, una posizione di garanzia. È la stessa Cassazione a determinare che l'ospitalità sia fonte di affidamenti individualizzati, resta oggettivamente delimitato l'obbligo di soccorso dalla condizione di presenza nella stessa abitazione.

⁸³ *Ibi*, p. 8 ss, così riporta l'Autore come la S.C. abbia dimostrato l'esistenza dei requisiti necessari per la costituzione della posizione di garanzia: un bene giuridico bisognoso di protezione, una fonte giuridica (obbligazione solidale assunta con un atto negoziale atipico), un obbligo gravante su più persone (obbligo impeditivo) e soggetti dotati di poteri impeditivi. È esclusa l'applicabilità del reato di omissione di soccorso ex art. 593 c.p. data la gravità della fattispecie.

⁸⁴ Anche altre pronunce hanno valorizzato il principio del contratto sociale quale fondamento della posizione di garanzia. Emblematico è il caso del crollo di un edificio scolastico a seguito di un evento sismico, in cui la Corte di Cassazione ha riconosciuto la responsabilità per omicidio colposo del dirigente scolastico. Questi, pur non essendo l'autore materiale dell'evento, era gravato da una posizione di garanzia derivante dal contratto sociale e, consapevole delle gravi carenze strutturali dell'edificio, aveva omesso di adottare le misure necessarie a tutelare l'incolumità degli alunni (Cass. pen., Sez. IV, 23 ottobre 2015, n. 2536); Analoga impostazione è stata seguita nel caso riguardante i medici sportivi di due squadre di calcio, chiamati a rispondere per la condotta omissiva tenuta durante una partita: pur non facendo parte del servizio di primo soccorso ufficialmente predisposto, essi erano

il principio di legalità in quanto determina una trasformazione del reato di mera condotta in una fattispecie commissiva mediante omissione; l'intervento interpretativo della Corte mira a sopperire la percepita inadeguatezza della risposta punitiva prevista dalle fattispecie incriminatrici "ordinariamente" applicabile (l'omissione di soccorso), ritenuta non idonea a rappresentare in modo proporzionato il disvalore etico-sociale della condotta concreta.⁸⁵ Risulta assai problematico individuare un contratto, importato dal diritto civile, per instaurare un nuovo vincolo di garanzia soprattutto perché esso deve essere armonizzato all'interno del diritto penale e sottostare ai suoi vincoli e principi. Il contratto sociale civile presuppone una serie di requisiti, tra questi: un soggetto in possesso di uno status qualificato di esercizio di una professione di rilievo pubblico, l'instaurazione del contratto come ingerenza nella sfera giuridica altrui e il legittimo affidamento.⁸⁶ Occorre sottolineare che questa operazione svolta dalla Corte finalizzata a generare nuovi soggetti titolari di posizioni di garanzia sulla base di categorie ibride come il contratto sociale, il comportamento concludente o l'assunzione unilaterale dei compiti di tutela, comporta una «proliferazione incontrollata di soggetti garanti»⁸⁷. Con l'intento di irrogare sanzioni più severe rispetto a quelle previste dai reati omissivi propri, come per l'omissione di soccorso nella sentenza Vannini, la Corte finisce con ampliare in modo estremo la platea dei soggetti riconoscibili come garanti in modo esponenziale e ciò mina il principio di legalità, fondamento imprescindibile del diritto penale, alternando l'intero sistema.⁸⁸

Si ritiene di particolare interesse analizzare un altro tragico caso giurisprudenziale definito dalla Corte d'Assise di Alessandria. La vicenda processuale trae origine dalla condotta dei due coniugi, G.V. e A.P., i quali, al fine di ottenere un premio assicurativo, predispongono

comunque intervenuti al fine di prestare assistenza a un giocatore colpito da malore, assumendo così una posizione di garanzia fondata sull'iniziativa spontanea di tutela del bene vita (Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2019, n. 24372);

⁸⁵ A. GARGANI, *Lo strano caso dell'azione*, p. 12. Ciò può comportare l'abbandono dell'utilizzo del reato di omissione di soccorso e l'accoglimento dell'esistenza di una posizione giuridica anche priva di un fondamento giuridico effettivo.

⁸⁶ M. F. CARRIERO, *L'Ingerenz-Theorie alla luce di nuove (e più sofisticate) derive giurisprudenziali*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», fasc. 3, 2023, p. 3.3.1

⁸⁷ Cass. pen., Sez. I, 6 marzo 2020.

⁸⁸ M. F. CARRIERO, *L'Ingerenz-Theorie*; l'esempio giurisprudenziale riportato dall'Autrice nell'ambito del comportamento concludente e alla posizione di garanzia unilaterale è riconducibile alla sentenza Cass. pen., Sez. IV, 16 dicembre 2013, n. 50606; Si pensi alla fattispecie in cui Tizio, vicina di casa di Caia, acconsente ad accogliere presso la propria abitazione il minore Sempronio (figlio di Caia) per attività ludiche con il proprio congiunto. A seguito di un allontanamento temporaneo e di un successivo infortunio che cagiona la morte di Sempronio, si pone il quesito della responsabilità omissiva impropria (ex Art. 40, co. 2 c.p.) di Tizio. L'interrogativo dogmatico risiede nella possibilità di configurare una posizione di garanzia assunta di fatto da Tizio – per previa assunzione unilaterale dei compiti di tutela o per deterrenza del controllo della madre legittima (Caia) – tale da rendere penalmente rilevante il mancato impedimento dell'evento morte. Tale fattispecie è dirimente per l'analisi dei limiti e dei fondamenti della posizione di garanzia di controllo (o di protezione) non espressamente prevista dalla legge.

l'esplosione di due distinte unità abitative, collegando degli esplosivi a timer a bombole di gas. A causa di un errore di impostazione, una prima deflagrazione si verifica a mezzanotte, determinando l'intervento dei vigili del fuoco. I coniugi, pur essendo immediatamente avvertiti dell'accaduto, decidono coscientemente di non informare i soccorritori della presenza di un secondo ordigno. Proprio durante l'ispezione, i vigili del fuoco, totalmente ignari del pericolo, vengono investiti dalla seconda esplosione, che cagiona la morte di tre di loro.⁸⁹ La Corte d'Assise d'Alessandria ha ritenuto gli imputati responsabili a titolo di omicidio omissivo doloso. Tale qualificazione giuridica, però, si espone a plurime censure, in quanto pare poggiare su una problematica commistione concettuale. Per comprendere appieno la criticità, è necessario richiamare la distinzione fondamentale degli obblighi di tutela, che si articola su due diverse logiche di garanzia: da un lato, una "tutela a tutto tondo" di un determinato bene giuridico; dall'altro, la "supervisione di una specifica fonte di pericolo", la quale prescinde dagli interessi giuridici minacciati. In quest'ultima categoria di ipotesi, esemplificabile con gli artt. 2050 c.c. (attività pericolose) o 2053 c.c. (rovina di edificio), il compito del garante non è la protezione diretta dei beni, ma il controllo della fonte di pericolo. La tutela dei terzi, di conseguenza, non è l'oggetto originario dell'obbligo, ma un mero effetto secondario e riflesso. È proprio questa distinzione che la sentenza pare ignorare. La Corte, infatti, fonda la responsabilità su un criterio cumulativo: valorizza l'originaria attività pericolosa dolosa e la combina con la presunta violazione di un obbligo giuridico di protezione nei confronti dei soccorritori. Così operando, la pronuncia sovrappone indebitamente l'obbligo di controllo (derivante dall'aver creato la fonte di pericolo) con quello, ben distinto, di protezione (che richiederebbe un diverso fondamento). Nello specifico, i giudici individuano il momento della trasformazione dell'obbligo nella telefonata ricevuta dagli imputati alle ore 01.01. Secondo la Corte, quell'istante, in cui la creazione del pericolo si combina con la conoscenza della contemporanea minaccia e della presenza dei soccorritori, radica in capo ai coniugi la posizione di garanzia. Questa costruzione, oltre a essere viziata dalla confusione tra le due categorie, finisce per realizzare una sorta di *interpretatio abrogans* dell'art. 586 c.p.⁹⁰ La causazione di un evento ulteriore e diverso (la morte) rispetto a quello originariamente voluto (il danneggiamento), verificatosi per un errore nell'esecuzione, viene infatti imputata dalla legge a titolo colposo-commissivo, e non già doloso-omissivo come statuito dalla Corte. Inoltre, sul

⁸⁹ C. Ass. Alessandria - Ud. 8 febbraio 2021 Ud. 8 febbraio 2021.

⁹⁰ C. Ass., ud. 8.2.2021, con nota di A. COSTANTINI, *Un caso di omicidio volontario per omissione dolosa "intermedia" tra azione colposa ed evento-morte: brevi note su "ingerenza" e dolo successivo*, in Cassazione penale, 2022, pp. 4359 ss; G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, pp. 133 ss.

piano soggettivo, per fondare un dolo omissivo, non è sufficiente la mera conoscenza del pericolo e l'inerzia, ma occorrerebbe un *quid pluris*: la prova di una chiara adesione psicologica e accettazione da parte degli autori del nuovo, tragico evento.⁹¹

Da quanto in precedenza evidenziato, l'individuazione della posizione di garanzia risulta essere un difficoltoso accordo tra l'esigenza di tutela effettiva dei beni giuridici e il rispetto dei principi costituzionali della responsabilità penale. La sua configurazione, infatti, non si limita più alla mera situazione formalmente delineata nella norma, ma si estende a contesti di fatto, comportamenti concludenti e legami affettivi, dove l'obbligo di solidarietà si traduce in un vero vincolo di protezione. Questo superamento del formalismo non opera solo in senso espansivo. L'esigenza di rispettare il principio di personalità (art. 27 Cost.) è stata avvertita con forza anche dalla giurisprudenza, chiamata a porre un argine simmetrico all'automatismo dell'ascrizione oggettiva, limitando gli effetti di una responsabilità da mera "posizione". Emblematica, in tal senso, è la pronuncia relativa alla gestione dei rifiuti.⁹² È stato infatti chiarito che la mera titolarità del diritto di proprietà non sia sufficiente a fondare una responsabilità omissiva. Sia nel caso di un terreno abbandonato oggetto di sversamenti da parte di terzi, sia in quello di un soggetto che subentri nella proprietà di un'area già adibita a discarica, l'incriminazione per mancata rimozione è esclusa. La giurisprudenza, in linea con la ricerca di un fondamento sostanziale e fattuale, richiede infatti un *quid pluris* rispetto al mero titolo formale: in assenza di un concreto atto di gestione o movimentazione dei rifiuti, non si può configurare il reato di realizzazione e gestione di discarica non autorizzata. Tale approccio dimostra come il pur meritorio sforzo di rendere più agevole il riconoscimento del responsabile debba sempre cedere il passo alle garanzie costituzionali.

L'adozione di criteri sostanziali, come l'assunzione unilaterale o il comportamento concludente, esige però un'attenta opera di "concretizzazione" e "perimetrazione", non potendosi ammettere il ricorso ad alcun tipo di automatismo. Non si può, ad esempio, far discendere una posizione di garanzia dalla mera accettazione di un dovere di ospitalità, anche se questo dovesse comportare un oggettivo aumento del rischio. Allo stesso modo, la semplice assunzione di un'obbligazione civilistica non si traduce automaticamente in un obbligo di tutela incondizionata. In entrambe le ipotesi, si esige qualcosa di più. Questo elemento ulteriore deve palesare non solo la consapevolezza e la prevedibilità dell'evento, ma anche, e in modo

⁹¹ M. F. CARRIERO, *L'ingerenz-theorie alla luce di nuove*, pp. 979 ss.

⁹² Cass. pen., Sez. III, n. 2206 del 2006; Il nucleo della sentenza riguarda la natura dell'obbligo di garanzia. La Corte di Cassazione ha stabilito che, affinché una condotta omissiva sia penalmente rilevante (ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p.), è necessario che l'obbligo giuridico violato sia stato stabilito specificamente per impedire eventi dello stesso genere di quello che si è verificato.

inequivocabile, la volontà e la capacità del soggetto di accollarsi gli specifici poteri e doveri di tutela. La rigorosa verifica di tali presupposti, infine, non può avvenire ex post.

L'evoluzione giurisprudenziale, pur offrendo strumenti flessibili e adattabili alla complessità delle relazioni sociali contemporanee, richiede una costante attenzione affinché l'ampliamento delle categorie di garanti non eroda la certezza del diritto né il principio di tipicità delle fattispecie penali. Questa espansione, se non attentamente circoscritta, può compromettere il principio di legalità e la prevedibilità della responsabilità penale, pilastri imprescindibili del nostro sistema.

1.3 La fonte dell'obbligo secondo l'interpretazione dottrinale tedesca.

Il recepimento del nuovo impianto normativo penalistico tedesco non si è configurato come una mera operazione di revisione legislativa successiva all'avvio dei lavori di riforma nel 1952, bensì come la manifestazione di una profonda trasformazione concettuale nella comprensione del fenomeno criminale e della funzione del diritto punitivo statale. Tale accettazione, pressoché naturale nella prassi e nella collettività, è stata anticipata dal mutamento delle tradizionali coordinate dogmatiche che avevano governato la materia. Il carattere più pregnante della riforma è rappresentato dalla ferma riaffermazione del principio di colpevolezza come fondamento inscindibile della sanzione penale. In un contesto di dibattito ideologico e di critica alle istituzioni repressive, è maturata la convinzione che un diritto penale autenticamente orientato al *Schuldprinzip*⁹³ costituisca l'unica garanzia per una tutela della collettività in regime di libertà. Tale orientamento postula la concezione dell'autore del reato come un consociato responsabile, in grado di autodeterminazione e discernimento. L'esigenza di superare le ambiguità preesistenti e di garantire la certezza del diritto ha costituito uno dei motori fondamentali nella redazione del nuovo Codice penale tedesco. Tale sforzo si è manifestato nell'impegno a formalizzare il principio di determinatezza (*Bestimmtheitsgebot*), elemento essenziale per la legittimità del sistema sanzionatorio in uno Stato di Diritto.⁹⁴ Questo meccanismo risponde all'obiettivo di eliminare disposizioni penali la cui delimitazione e precisione dipendevano eccessivamente dall'interpretazione casistica dei tribunali, minando la prevedibilità dell'applicazione della legge. L'esempio tangibile di tale intervento è riscontrabile nella disciplina del reato omissivo improprio (*unechtes Unterlassungsdelikt*). Resta evidente

⁹³ Il principio di colpevolezza.

⁹⁴ H.H. JESCHECK, *Il Codice Penale Tedesco*, p. 11 ss.

come alla scelta dogmatica di differenziazione e codificazione corrisponda in ogni caso una opzione politico-criminale. La configurazione strutturale del codice non è mai un atto neutro, ma riflette orientamenti sostanziali sulla gerarchia dei beni e sull'intensità della tutela.

Tanto è vero che, in una fase iniziale dei lavori preparatori del Progetto di Riforma dello StGB, fu avanzata la proposta di disciplinare i reati omissivi impropri direttamente nella parte speciale del codice, e non solo in quella generale.⁹⁵

La commissione mediante omissione, regolata dal § 13, comma 1, del Codice penale tedesco, presuppone che colui che omette di impedire un evento previsto dalla fattispecie di una norma penale è punibile secondo questa norma solo se è giuridicamente obbligato ad impedire il verificarsi dell'evento e se l'omissione corrisponde alla realizzazione della fattispecie legale mediante una condotta attiva.⁹⁶ In questa disposizione si concretizza la cosiddetta *clausola di equivalenza*, la *Gleichstellung*, la quale mira a equiparare l'omissione alla commissione. Del resto, il dibattito su tale clausola ha radici profonde nella dottrina tedesca: già a partire dagli anni Quaranta, dunque ancora prima dell'introduzione formale del § 13 StGB, gli studiosi si sono interrogati sul problema delle fattispecie risultanti dall'operatività di una *clausola di equivalenza* di fonte dottrinale. Si ricerca, in particolare, di comprendere la *specialità* dell'omissione impropria, quella non espressamente tipizzata, rispetto a quella propria.⁹⁷

Nel dibattito dottrinale relativo all'omissione impropria, sono emerse due tesi principali. La prima inquadra il fenomeno definendolo un "reato commissivo mediante omissione". La seconda, sostenuta tra gli altri da Nagler⁹⁸, la configura invece come un "reato commissivo modificato". Eppure, il limite di entrambe le impostazioni risiede nella difficoltà di stabilire un chiaro criterio distintivo, lasciando irrisolta la questione se, e in che modo, l'omissione impropria si differenzia sostanzialmente dalla condotta commissiva attiva.

L'inquadramento dogmatico del reato omissivo improprio ha generato un articolato dibattito dottrinale, incentrato sulla corretta collocazione sistematica dell'equivalenza tra il non impedire un evento e il cagionarlo attivamente.

Un primo e variegato filone di pensiero, riconducibile alla cosiddetta *soluzione della fattispecie* (*Tatbestandslösung*), ha tentato di risolvere la questione sul piano della tipicità. Secondo tale impostazione, pur nelle sue differenziazioni interne, la clausola di equivalenza opererebbe in

⁹⁵ H.H. JESCHECK, *Il Codice Penale Tedesco*, p. 32 ss.

⁹⁶ *Il Codice Penale tedesco*, Milano, CEDAM, 2003, a cura di S. VINCIGUERRA.

⁹⁷ A. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, p. 239 ss.; F. ANTOLISEI, *L'obbligo giuridico di impedire l'evento*; F. LISZT, E. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, 1927, 163 ss.

⁹⁸ J. NAGLER, *Reichs-Strafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung: Leipziger Kommentar*, Berlino, Gruyter, 1994, p. 53 ss.

senso estensivo, ampliando la portata della norma incriminatrice di parte speciale fino a includere le condotte omissive.⁹⁹ Il risultato di tale operazione ermeneutica è stata l'assimilazione delle fattispecie omissive improprie a quelle commissive, giustificata da un'omogeneità di fine politico-criminale o da una comunanza di struttura ontologica e di orientamento causale. L'inquadramento dogmatico dell'obbligo giuridico di impedire l'evento subisce un'inevitabile torsione a causa di tale approccio. Detto obbligo, infatti, acquisisce la fisionomia di suo elemento costitutivo. Si tratta di una collocazione sistematica non neutra, i cui effetti si riverberano su istituti cardine, quali la teoria dell'errore e la configurabilità del concorso di persone nel reato. La criticità fondamentale di tale costruzione risiede, nella difficoltà di ricondurre l'omissione all'interno della nozione di azione.

Il superamento di questo impasse ha condotto all'elaborazione di una teoria alternativa, nota come *soluzione dell'antigiuridicità*¹⁰⁰. Secondo questa diversa prospettiva, il problema qualificatorio del reato omissivo improprio non atterrebbe al piano della tipicità, bensì a quello dell'illiceità; la fattispecie omissiva richiederebbe, quale elemento costitutivo ulteriore, l'obbligo giuridico di impedire l'evento. All'interno del medesimo orientamento, si sono sviluppate posizioni alternative. Taluni ritengono che ogni omissione idonea a impedire l'evento integrasse la fattispecie tipica del reato commissivo come componente autonoma; tale omissione, però, veniva considerata antigiuridica soltanto qualora, oltre all'assenza di cause di giustificazione, coesistesse uno specifico obbligo giuridico di impedire l'evento. Altri, invece, riconducono il problema alla categoria della cosiddetta antigiuridicità materiale.¹⁰¹ La *soluzione dell'antigiuridicità* non risulta essere, però, appieno convincente. Ciò che pare non condivisibile risiede nel collocare l'obbligo giuridico di impedire l'evento al di fuori della fattispecie, relegandolo al piano dell'antigiuridicità. Ciò presuppone che il fatto omissivo sia "tipico" a prescindere dalla presenza di tale obbligo. È rilevante sottolineare che va riconosciuto a questa teoria il merito di aver posto in luce la centralità dell'obbligo giuridico quale fondamento della responsabilità per omesso impedimento.

⁹⁹ Secondo tale impostazione (*Rechtswidrigkeitslösung*), l'ampliamento della portata incriminatrice della norma di parte speciale, volto a includere le condotte omissive attraverso la clausola di equivalenza, non era da intendersi come assoluto; tale operazione estensiva incontrava infatti un limite invalicabile, rappresentato dalla necessità che la struttura stessa del reato commissivo non vi ostasse. (A. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, p. 241 ss).

¹⁰⁰ Riferimento all'antigiuridicità quale elemento fondante della rilevanza penale dell'omissione si legge in R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Nebst dem Einführungsgesetze*, Tübingen, Mohr, 1931 secondo cui penalmente rilevante è il mancato impedimento di un evento connotato da antigiuridicità a sua volta consistente nella violazione di un obbligo giuridico dal contenuto impeditivo.

¹⁰¹ Tale costruzione, infatti, postula una duplicità di piani: pur ravvisando un'antigiuridicità formale (comune sia alla condotta attiva sia a quella omissiva, stante la presenza di un obbligo d'impedimento), essa subordina la punibilità all'antigiuridicità materiale. Quest'ultima si riterrebbe integrata solo laddove la violazione dello specifico dovere di garanzia assuma, sul piano sostanziale, un disvalore analogo a quello della commissione.

Una terza via interpretativa, alternativa alle precedenti, pone la posizione di garanzia (*Garantenstellung*) al centro dell'intera operazione. In questa ricostruzione, essa non è un elemento che si aggiunge a una fattispecie già esistente, ma è il fattore che, combinandosi con la clausola di equivalenza, produce una duplicazione della fattispecie, del *Tatbestand*. Questa teoria, in altri termini, concepisce la fattispecie omissiva impropria come un'aggiunta tacita al sistema penale, costituita proprio dalla coesione tra tre elementi: fattispecie commissiva, garanzia e clausola di equivalenza. Si comprende, quindi, perché in un modello simile la sussistenza di un obbligo comportamentale specifico assuma un ruolo fondante. La figura del garante, definito come colui che protegge l'integrità del valore tutelato, non è solo un dettaglio, ma diventava elemento indispensabile per la costruzione stessa della punibilità per omissione¹⁰²: senza un garante, la "nuova" fattispecie omissiva non può affatto costituirsi. Il garante non è un soggetto qualsiasi: è titolare di un complesso specifico di poteri e doveri. La responsabilità penale sorge, solo in presenza di un dovere giuridico particolare, il cui scopo è l'impedimento dell'evento. Questo accade in quanto il bene giuridico in pericolo è stato, in una certa misura, affidato alla sfera di custodia del garante. Se manca questa specifica posizione di garanzia, l'omissione è penalmente irrilevante.¹⁰³

Proprio questa premessa schiude il nodo dogmatico di maggiore complessità: la perimetrazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento. Tale compito si rivela particolarmente difficile, poiché il legislatore non ha provveduto a un'esplicita tipizzazione degli obblighi d'azione penalmente sanzionati, affidando, di fatto, all'interprete la difficile opera di individuazione della loro fonte e dimensione. Numerosi autori si sono confrontati con l'obiettivo di elaborare principi generali volti a chiarire tale aspetto. Taluni hanno tentato di ricondurre tutte le ipotesi legittime di obblighi di garanzia a un'unica fonte normativa o concettuale. Un'altra parte della dottrina, comunque, ha preferito affiancare tra loro principi fondamentali e autonomi, capaci di giustificare la posizione di garanzia.

Occorre ora, individuare le diverse risposte fornite dalla dottrina al medesimo quesito: quale è la fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento?

¹⁰² J. NAGLER, *Reichs-Strafgesetzbuch*, p. 60 ss.

¹⁰³ Tuttavia, anche tale costruzione lascia irrisolto il problema di fondo relativo al rispetto della stretta legalità nella definizione dei delitti omissivi impropri. Nonostante gli sforzi profusi sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza per elaborare criteri di punibilità, autorevoli voci (come Kaufmann) hanno sottolineato come tale operazione configuri una palese violazione delle esigenze primarie dello Stato di diritto. Si è evidenziato, infatti, come una totale equiparazione tra non impedire e cagionare che poggia su fondamenti meramente extralegali, risulti non soltanto dogmaticamente illegittima, ma anche gravida di pericoli per le garanzie individuali.

Di regola la sanzione deriva da condotte attive, intese come illegittime intromissioni nella sfera giuridica altrui e perciò, in un sistema liberale, i reati omissivi non possono che rappresentare un'eccezione. Affinché tale eccezione possa operare e si possa esigere un intervento positivo, occorre che sussista un *particolare motivo giuridico* idoneo a contrastare la realizzazione dell'evento.

È proprio nell'individuazione di questo "particolare motivo" che la dottrina ha trovato il suo punto di partenza condiviso nella fondamentale intuizione di Anselm Feuerbach¹⁰⁴: la punibilità dell'omissione presuppone che un soggetto possa acquisire la qualifica di garante e ciò accade soltanto laddove esista una relazione giuridicamente rilevante tra lo stesso e l'evento lesivo da prevenire. Secondo l'Autore, ottiene rilevanza ai fini della responsabilità penale, la violazione di obblighi di agire prescritti da uno specifico fondamento giuridico qualificato: la legge o il contratto. La soluzione di attribuire un ruolo centrale alla fonte dell'obbligo giuridico comportamentale al fine di ricostruire le fattispecie omissive, trova la sua consacrazione nella *formelle Rechtspflichttheorie*.¹⁰⁵ Come precedentemente illustrato, questa teoria *formale* dell'obbligo giuridico, elaborata dal pensiero tedesco tra la fine del XIX e i primi decenni del XX secolo, ha ampiamente influenzato la dottrina italiana.

Sebbene i sostenitori della *formelle Rechtspflichttheorie* pongano quale nucleo del reato omissivo la sussistenza di una fonte giuridica formale (di legge o di altra fonte subordinata, atto contrattuale o negoziale, di diritto pubblico o privato), essi si sono trovati costretti a dover immediatamente attenuare tale rigidità. L'esigenza di ricomprendere ipotesi concrete di responsabilità ha determinato l'individuazione di altre fonti fattuali quali, ad esempio: la *negotiorum gestio* (l'assunzione di fatto di obblighi di agire), rapporti giuridici tali da determinare un forte vincolo tra i soggetti (come il matrimonio)¹⁰⁶ e il precedente

¹⁰⁴ A. FEUERBECH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1803. L'Autore chiarisce tale posizione muovendo dalla concezione liberale dei rapporti tra Stato ed individuo. Si postula, infatti, che l'originario vincolo (*ursprüngliche Verbindlichkeit*) dei cittadini possa consistere esclusivamente in un dovere di astensione da una determinata attività. Di conseguenza, il generico dovere del *neminem laedere* non è, di per sé, sufficiente a fondare la rilevanza penale dell'omissione. Per superare tale limite e comprimere legittimamente la libertà individuale, l'obbligo di tenere una determinata azione presuppone un "besonderer Rechtsgrund", ossia un fondamento giuridico qualificato. Tale fondamento viene dall'Autore rigorosamente identificato in fonti che siano diretta manifestazione della volontà dei consociati: la legge o il contratto, appunto. Solo in tal caso, pertanto, la relativa trasgressione può integrare un reato omissivo (*Unterlassungsverbrechen*).

¹⁰⁵ La *formelle Rechtspflichttheorie* (teoria formale dell'obbligo giuridico) si è sviluppata in evidente contrapposizione ai precedenti tentativi dogmatici di giustificare la punibilità dell'omissione impropria sul solo piano causale e naturalistico. Queste "teorie causali" si fondavano sull'assunto di un'identità strutturale tra l'agire e l'omettere. Nello specifico, esse affermavano la punibilità dell'omissione rintracciando il nesso eziologico tra l'evento e un momento "attivo" precedente. Alcuni autori, come Krug, hanno identificato tale azione nell'assunzione di uno specifico impegno (pubblico o privato) a proteggere un bene; tale impegno induceva il titolare ad affidarsi al garante, esponendo così il bene al rischio (A.O. KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen v. 11 Aug. 1855 u. den damit in Verbindung stehenden Gesetzen*, Leipzig, 1855)

¹⁰⁶ A. PROVERA, *L'intreccio e le successioni delle posizioni di garanzia*, p. 147.

comportamento pericoloso in quanto vi è una assunzione di fatto dell'obbligo di impedire il verificarsi di un evento lesivo.¹⁰⁷

Tale contraddizione non è certo passata inosservata: l'incapacità delle sole fonti formali di esaurire il novero delle ipotesi penalmente rilevanti, e la conseguente necessità di ricorrere a elementi fattuali, ha attirato nei confronti della teoria critiche di incoerenza, provenienti talvolta dai suoi stessi fautori. L'evoluzione della dogmatica tedesca sul reato omissivo muove proprio dai limiti della teoria formale dell'obbligo giuridico, *formelle Rechtspflichttheorie*. Sebbene a tale teoria si riconosca il merito fondamentale di escludere in radice la rilevanza penale della violazione di meri obblighi morali, essa mostra presto gravi inconvenienti. Il suo limite principale risiede in un eccessivo formalismo: l'accentuazione posta sull'origine legale dell'obbligo porta a valorizzare la validità formale della fonte (ad esempio, un contratto valido ed efficace), trascurando il contenuto materiale del dovere di impedire l'evento e gli scopi più sostanziali della repressione penale. Tale rigore, inoltre, viene contraddetto dall'affermarsi, prima nella prassi e poi in dottrina, della cosiddetta *Ingerenz-Gedanke Theorie*. Secondo tale impostazione, la responsabilità per l'evento si radica nel non aver impedito le conseguenze dannose di una propria precedente azione pericolosa. Il fondamento di tale responsabilità viene individuato da alcuni, come Binding, nel c.d. *Involvierung Prinzip*: essa non riposerebbe tanto sull'agire pericoloso in sé, quanto sul principio generale per cui il divieto di cagionare una lesione implicherebbe anche il comando di neutralizzarne le cause.¹⁰⁸ L'omissione può divenire quindi causa di un evento, nel caso in cui essa venga considerata parte di una forma comportamentale complessa, composta da una prima azione pericolosa commissiva (la quale produce un rischio) e una seconda attività omissiva cioè il mancato impedimento delle conseguenze derivante dal primo agire pericoloso.¹⁰⁹ L'adozione indiscriminata della teoria dell'*Ingerenz*, utilizzata per fondare nuovi obblighi di garanzia, cela un pericolo. Il rischio è quello di assegnare un valore determinante a una sorta di causa prossima all'evento,

¹⁰⁷ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, p. 20 ss.; come precedentemente illustrato nella dottrina italiana, l'inadeguatezza di tale soluzione emerge su un duplice piano. Da un lato, essa fonda la responsabilità sulla "precedente attività pericolosa", un criterio assai contestabile, stante l'assenza di una norma formale che trasformi un'azione rischiosa in fonte di obbligazione. Dall'altro, la teoria elude completamente la questione, parimenti rilevante, dell'assunzione di obblighi in caso di invalidità contrattuale (F. ANTOLISEI, *L'obbligo giuridico di impedire l'evento*, p. 135 ss).

¹⁰⁸ Il c.d. *principio di implicazione*; A. PROVERA, *L'intreccio e le successioni delle posizioni di garanzia*, p. 148; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *L'Indice Penale*, 2000, p. 625.

¹⁰⁹ B. SCHUNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz, 1971, pp. 320 ss.; Sulle origini di tale teoria, ne critica l'impostazione, definendola una visione rigidamente causalistica diffusasi a partire dal XIX secolo; l'Autore ne rintraccia le prime formulazioni in Luden, Krug e Glaser, con successive riprese da parte di Binding. Nella medesima direzione, anche A. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, p. 286.

identificandola erroneamente con il mero precedente agire pericoloso del soggetto.¹¹⁰ Seguendo questa logica, l'attribuzione delle conseguenze dannose diviene quasi automatica, prescindendo da quella concreta verifica, che è invece centrale sotto il profilo dell'imputazione, circa la reale competenza dell'agente a rispondere (o a prevenire) di quel determinato evento. La dogmatica tedesca non offre una risposta univoca alla questione cruciale di quali caratteristiche debba possedere l'azione pericolosa precedente per fondare un autentico dovere di garanzia. Un primo orientamento, risalente e minoritario, adotta un'interpretazione estremamente estensiva, ritenendo sufficiente qualsiasi agire pericoloso, indipendentemente dalla sua liceità o illiceità. È evidente come una simile prospettiva assuma connotati scarsamente garantistici, poiché finisce per attribuire rilevanza penale anche a comportamenti iniziali leciti. All'estremo opposto, un'altra parte della dottrina esige una qualificazione massima, richiedendo che la condotta precedente non sia solo pericolosa, ma integri pienamente gli estremi di un fatto tipico, antigiusuridico e colpevole. La tesi intermedia, infine, si attesta su una posizione mediana, ritenendo necessario, ma anche sufficiente, che l'atto pericoloso precedente sia quantomeno connotato da antigiusuridicità, intesa in senso ampio come l'obiettivo contrasto con un qualsiasi dovere giuridico, anche di natura extra-penale.¹¹¹

È proprio la necessità di superare questo formalismo, spostando l'accento sul contenuto materiale dell'obbligo, a dare origine a una nuova sistematica. Questa svolta, che matura nella dottrina tedesca soprattutto attorno agli anni Cinquanta, muove da un presupposto differente, già anticipato da Nagler¹¹² e poi sviluppato da autori come Kaufmann, Rudolphi, Wessels e Jescheck¹¹³. Il punto di partenza diviene il seguente: ai fini dell'imputazione dell'evento non rileva tanto l'esistenza di un obbligo formale, quanto la sussistenza di una sostanziale posizione di garanzia del suo non verificarsi. La conseguenza di tale impostazione è di vasta portata: la

¹¹⁰ R. W. WRIGHT, *Causalità, responsabilità e rischio, probabilità, nude statistiche e prova: sfoltire il cespuglio di rovi chiarendo i concetti*, in «I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio», a cura di F. Stella, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 71 ss.; la causalità deve essere intesa in un'ottica di regolarità e prevede che una condizione sia stata causa di un risultato se e solo se è stata un elemento necessario di condizioni antecedenti nell'insieme sufficienti per il verificarsi dell'evento.

¹¹¹ L. HERBERTZ, *Die Ingerenz. Eine Garantienpflicht aus Gefährdungsunrecht*, Duncker & Humblot, 2020, pp. 247 ss.; F. DENCKER, *Ingerenz: Die defizitare. Tathandlung*, in «Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70», 1993, pp. 163 ss.

¹¹² Nella ricostruzione di Nagler (sul tema v. soprattutto J. NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, in «GS», III, 1938, 53 ss.) il giudizio di equivalenza tra azione ed omissione subisce uno slittamento dogmatico cruciale: abbandona il piano dell'antigiuridicità per essere attratto in quello del fatto tipico. È la posizione di garanzia, infatti, a fungere da strumento per rendere l'omissione una condotta conforme al *Tatbestand*. L'Autore, tuttavia, specifica che tale operazione non costituisce un'estensione analogica della fattispecie legale. Si tratterebbe, piuttosto, di una interpretazione correttiva della norma. Questa interpretazione mira a chiarire, in senso più aderente allo scopo del legislatore, ciò che era già implicitamente inteso ma non espresso formalmente per mere ragioni di tecnica legislativa.

¹¹³ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 356 ss.

fonte dell'obbligo giuridico diviene indifferente; che essa sia la legge, il contratto o una precedente azione pericolosa del soggetto, non muta la rilevanza penale dell'omissione. Ciò che conta, infatti, è il contenuto impeditivo dell'obbligo, inteso nella sua funzione di garanzia. È proprio la sussistenza di uno di questi obblighi specifici a fondare la responsabilità penale del soggetto che omette, di conseguenza, a legittimare la piena equivalenza tra il suo non impedire l'evento e l'agire commissivo.

Questa nuova impostazione, che sposta l'accento dalla forma alla funzione, sfocia nella cosiddetta *teoria funzionale*¹¹⁴. L'elaborazione di tale criterio è riconducibile ad Armin Kaufmann¹¹⁵, secondo il quale sussiste una *Garantenstellung* qualora colui che omette svolga una specifica funzione di difesa. Tale impostazione si fonda sull'idea che il garante detenga un *dominio* sull'evento. La distinzione fondamentale all'interno delle posizioni di garanzia attiene alla loro funzione; si delineano, così, gli obblighi di protezione, volti alla tutela completa di un bene giuridico specifico contro ogni tipo di pericolo, e gli obblighi di controllo, focalizzati sulla sorveglianza di una determinata fonte di rischio, la cui neutralizzazione protegge indirettamente i beni che ne sono minacciati.

Come precedentemente accennato, l'impatto della riforma tedesca del 1975, che ha introdotto il § 13 StGB, è stato modesto. La norma, infatti, non ha comportato particolare innovazione, essendosi il legislatore limitato a recepire e positivizzare un approdo che era già ampiamente consolidato nel patrimonio giurisprudenziale.¹¹⁶ Ciò che è stato formalizzato, in sostanza, è la

¹¹⁴ Tale locuzione, che trova origine nella *Garantenlehre* di matrice tedesca, indica tutte quelle ipotesi in cui il titolare del bene penalmente protetto, e cioè il soggetto "garantito", si trova nell'incapacità (totale o parziale) di difendersi personalmente dai pericoli che lo minacciano. Proprio a causa di tale vulnerabilità, la salvaguardia del bene in questione viene affidata al "garante" anteriormente all'insorgere della situazione di pericolo.

¹¹⁵ A. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, p. 280 ss.; In senso critico si esprime Fiandaca (G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*), il quale, pur collocando la posizione di garanzia nell'ambito del *Tatbestand*, nega che da ciò scaturisca una fattispecie autonoma.

L'Autore aderisce, piuttosto, alla qualificazione del reato omissivo improprio come una semplice *forma di manifestazione* di quella commissiva. In questa prospettiva, la *Garantenstellung* assume una funzione specifica e cruciale: essa serve a integrare il deficit di probabilità che, per sua natura ipotetica, caratterizza l'accertamento del nesso causale omissivo, consentendone così la piena corrispondenza con la causalità attiva. Sebbene, quindi, si tratti di due fatti strutturalmente distinti (l'agire e l'omettere), l'applicazione della formula di equivalenza assicura che essi siano caratterizzati dal medesimo disvalore penale. La conseguenza, secondo l'Autore, è che la fattispecie applicata resta un'unica, quella commissiva di parte speciale.

Questa visione si pone in netto contrasto con le tesi più radicali, come quella di Kaufmann. Quest'ultimo, infatti, spingendosi ben oltre, perviene all'esito di creare una fattispecie omissiva del tutto indipendente dal modello legale, autonoma finanche sotto i profili dell'antigiuridicità e della colpevolezza; K. KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Monaco di Baviera, 2014, pp. 91 ss.; W. STREE, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Monaco di Baviera, 2019, pp. 221 ss.; T. WEIGEND, *Leipziger Kommentar StGB, volume I*, Berlino, 2020, pp. 884 ss.

¹¹⁶ Occorre peraltro rammentare come l'intera costruzione dogmatica del reato omissivo improprio, prima dell'intervento legislativo che ha introdotto il § 13 StGB, fosse al centro di un aspro dibattito circa la sua compatibilità con il principio di legalità. Si ravvisava, infatti, una palese violazione del divieto di interpretazione analogica: in assenza di un'esplicita previsione, l'applicazione di una norma incriminatrice (pacificamente dettata per una fattispecie commissiva) a una condotta omissiva comportava, inevitabilmente, un'estensione in *malam partem* della sfera del penalmente rilevante a situazioni non tassativamente contemplate dal legislatore. (C.

clausola di equiparazione tra il cagionare e l'omettere. Il § 13 ha subordinato tale assimilazione a una duplice condizione: che il soggetto sia giuridicamente tenuto a garantire la non verificazione dell'evento e che l'omissione corrisponda alla realizzazione attiva della fattispecie. Quest'ultimo requisito, peraltro, viene interpretato dalla dottrina dominante come un riferimento specifico ai reati che esigono una particolare modalità di commissione.¹¹⁷

Un'evoluzione dogmatica di primario interesse è rappresentata dalle impostazioni imperniate sul concetto di signoria (*Herrschaft*), intesa come il dominio effettivo dell'autore sul decorso causale che sfocia nell'evento lesivo.¹¹⁸ In tale prospettiva, la teoria di Bernd Schünemann elegge la signoria sulla causa dell'evento a elemento fondante e unificante della responsabilità, idoneo a spiegare tanto le fattispecie commissive quanto quelle omissive.¹¹⁹

Per quanto attiene alla responsabilità per azione, l'Autore osserva come la mera sussistenza del nesso tra azione ed evento sia insufficiente a fondare l'imputazione. L'ipotesi del caso fortuito lo dimostra: benché un movimento corporeo inneschi la causalità, l'evento non è imputato all'autore, proprio perché manca una relazione di dominio tra la persona e la causa dell'evento.¹²⁰ Questo stesso principio di *Herrschaft* viene quindi individuato quale fondamento della posizione di garanzia. Nell'omissione, infatti, il *dominio* non si esercita più sul proprio movimento corporeo, il quale comunque assente, ma su un fattore causale esterno. L'evento determinato da tale fattore può essere imputato al soggetto proprio perché egli, dominando quel decorso causale, non è intervenuto per impedirne la realizzazione. È proprio la signoria sulla causa dell'evento ad essere elemento comune che permette di equiparare l'omissione alla commissione. Di conseguenza, è questa signoria a costituire il fondamento ultimo della

ROXIN, *Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen*, in «GA» 2009, S. 73-85; H. OTTO, *Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung*, in «NJW», 1974, pp. 528 ss.). Numerosi autori si sono confrontati con l'obiettivo di elaborare principi generali volti a chiarire tale aspetto. In questo ambito, taluni hanno tentato, mediante l'adozione di approcci monistici, di ricondurre tutte le ipotesi legittime di obblighi di garanzia a un'unica fonte normativa o concettuale. La maggior parte della dottrina, tuttavia, preferisce affiancare tra loro due o tre principi fondamentali e autonomi, capaci di giustificare la posizione di garanzia in modo indipendente.

Un'impostazione più formale è quella proposta da Brammsen e Otto, secondo cui tutte le situazioni di garanzia sarebbero riconducibili a un rapporto di reciproca aspettativa tra individui all'interno della società, fondato su obblighi impliciti di tutela derivanti dalla convivenza civile.

¹¹⁷ A. PROVERA, *L'intreccio e le successioni delle posizioni di garanzia*, p. 150.

¹¹⁸ B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971.

¹¹⁹ *Ibi*, *Herrschaft über den Grund des Erfolgs*, pp. 230 ss.

¹²⁰ *Ibi*, p. 236. Secondo l'Autore, il fondamento dell'imputazione, in un diritto penale basato sulla personalità della responsabilità, risiede nella signoria (*Herrschaft*) che l'agente esercita sulla propria persona. Si postula, infatti, che un individuo psicosomaticamente sano sia in grado di dominare i propri movimenti corporei, mediandone le ricadute esterne. Per contro, eventi lesivi cagionati da movimenti che sfuggono a tale dominio (come spasmi epilettici o l'essere costretti da una forza invincibile) non sono attribuibili alla persona, pur sussistendo un nesso eziologico, poiché non ne rappresentano un'espressione della volontà. Ne consegue che, se nell'azione il movimento corporeo è la "causa diretta" dell'evento, il "dominio diretto su tale causa" (il corpo) funge da "causa mediata" dell'evento stesso, fondando così la responsabilità.

Garantenstellung. Garante è, dunque, colui che si trova vincolato alla tutela di un bene in ragione di questo rapporto sostanziale con l'elemento causale; un rapporto che deve essere concreto, attuale (e non meramente potenziale) e preesistente all'insorgere del pericolo, poiché il bene minacciato o la fonte del rischio devono sottostare già anticipatamente al suo effettivo controllo.¹²¹

L'analisi dell'evoluzione tedesca in materia di fonti dell'obbligo di impedire l'evento deve chiudersi con la constatazione di un sostanziale fallimento del tentativo di positivizzazione. L'introduzione nel 1975 del §13 StGB, pur disciplinando espressamente la commissione mediante omissione, non ha affatto comportato il definitivo superamento dell'applicazione di criteri puramente materiali per l'individuazione della posizione di garanzia. Al contrario, la norma stessa è stata investita da dubbi di legittimità costituzionale, per sospetto contrasto con il principio di legalità e determinatezza sancito dall'Art. 103, comma 2 GG. Autorevole dottrina ha, infatti, rilevato come il §13 StGB sia una disposizione imprecisa: la norma, non offrendo alcun parametro immediato per definire la "corrispondenza" tra il mancato impedimento e la causazione attiva, lascia di fatto l'interprete privo di una guida certa. È proprio questa indeterminatezza legislativa a costringere la prassi a ricorrere a interpretazioni integrative che attingono a fonti fattuali e principi materiali, nel tentativo di definire il contenuto della posizione di garanzia e delimitare il novero degli obblighi penalmente rilevanti. Tale esigenza, unita alla pretesa di spiegazioni dinamiche dei modelli di garanzia, non solo ha segnato l'inevitabile declino della teoria formale, ma ha impresso una decisa accelerazione verso la valorizzazione di elementi extra-penal, favorendo così l'elaborazione di una teoria a base funzionale.

1.4 La fonte dell'obbligo giuridico secondo la giurisprudenza tedesca.

Diversamente dall'esperienza italiana, caratterizzata dalla presenza dell'art. 40 cpv. nel Codice Rocco, l'ordinamento della Germania Federale¹²² è rimasto privo di una specifica clausola di equivalenza fino alla riforma del 1975. Proprio tale lacuna normativa ha spinto la dottrina e la

¹²¹ B. SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 241. L'Autore, nel concretizzare il principio della signoria applicato all'omissione, ricalca di fatto la bipartizione funzionale di Kaufmann. La "causa dell'evento" (esterna) su cui l'omittente esercita il proprio dominio viene, infatti, individuata alternativamente: o in "uno degli anelli del decorso causale", che corrisponde alla posizione di controllo sulla fonte di pericolo; ovvero nella "vulnerabilità della vittima", che corrisponde alla posizione di protezione.

¹²² G. GRASSO, *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo § 13 del codice penale della repubblica federale tedesca*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1978, pp. 880 ss.

giurisprudenza tedesca del secondo dopoguerra a compiere un approfondito sforzo ermeneutico, ricercando il fondamento dell'equiparazione tra azione e omissione non nella legge scritta, bensì nella sostanza materiale della posizione di garanzia.

La scienza penalistica ha elaborato il concetto di *Garantenstellung* in relazione alla responsabilità per omesso impedimento dell'evento; tale figura si rivela essenziale per individuare precisi centri di imputazione all'interno delle strutture organizzative. L'utilizzo, talora anche forzato, di questo strumento giuridico è strettamente legato alla moderna divisione del lavoro e all'automazione delle condotte, poiché il diritto penale deve oggi confrontarsi con un contesto sociale in cui «sempre più persone dipendono socialmente dal fatto che altre persone, non solo si astengano dal commettere ciò che è sbagliato, ma compiano anche ciò che è giusto».¹²³ È opportuno delineare preliminarmente la funzione della “posizione di garanzia” nell'ambito della responsabilità per omesso impedimento dell'evento; è presupposto ormai consolidato che tale obbligo, cristallizzato nella nozione di *Garantenstellung*, sia parte integrante del fatto tipico (*Tatbestand*).¹²⁴ Partendo da tale assunto, si osserva come la posizione di garanzia svolga un ruolo cruciale e duplice. I reati omissivi impropri appartengono, infatti, alla categoria dei “reati propri”: soggetto attivo non può essere chiunque disponga della mera possibilità materiale di impedire l'evento, ma soltanto chi vanti una specifica relazione qualificata con il bene giuridico tutelato. La peculiarità che distingue l'omissione impropria dalle altre forme di reato proprio risiede nel fatto che il legislatore non tipizza espressamente queste qualifiche soggettive; spetta dunque al giudice ricostruirle. È proprio la *Garantenstellung* lo strumento concettuale deputato ad assolvere primariamente a tale funzione selettiva e identificativa dell'autore.¹²⁵

Occorre osservare come la posizione di garanzia non nasca da un generico dovere di agire, bensì da un rapporto qualificato che lega il soggetto al bene o alla fonte del rischio. Seguendo la classificazione funzionale tracciata da Armin Kaufmann¹²⁶, tale rapporto si estrinseca in una duplice condizione: l'obbligo di protezione, inteso come difesa globale del bene (*Rundumverteidigung*) contro ogni pericolo, e l'obbligo di controllo, inteso come dovere di vigilanza su una specifica fonte di pericolo (*Überwachung*) a salvaguardia della collettività. Alla *Garantenstellung* è attribuito un compito duplice e oneroso: essa funge anzitutto da criterio

¹²³ K. SEELMANN, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin-New York, 2002, pp. 11 ss.

¹²⁴ W. SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung “unechter” Unterlassungsdelikte*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1974, pp. 240 ss.

¹²⁵ H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, undicesima ed., Berlin, 1969, pp. 207 ss.

¹²⁶ Sulla fondamentale distinzione tra obblighi di protezione (volti alla tutela di un bene determinato da una pluralità di rischi) e obblighi di controllo (finalizzati alla vigilanza su una fonte di pericolo a salvaguardia di beni terzi), si veda l'imprescindibile opera di A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 283 ss.

identificativo dei soggetti attivi, evidenziando lo speciale vincolo esistente tra questi e determinati beni giuridici; contestualmente, costituisce il fondamento sistematico che legittima l'equiparazione normativa tra l'omissione del garante e la condotta attiva tipizzata nelle singole fattispecie di reato. Tale ambivalenza fa sì che, nel tentativo di definirne l'esatto perimetro, la posizione di garanzia mostri una costante oscillazione tra la mera descrizione dell'autore e gli altri elementi costitutivi del fatto tipico.¹²⁷ In questo quadro dogmatico, il § 13 dello *Strafgesetzbuch* (StGB) assume un rilievo centrale, sancendo esplicitamente la necessità che in capo all'omittente sussista un preciso obbligo giuridico di impedimento dell'evento. Tale requisito si articola, in dottrina, secondo una duplice direttrice: da un lato, il profilo della giuridicità formale dell'obbligo e, dall'altro, una componente sostanziale-funzionale, preordinata a selezionare esclusivamente quei doveri di agire dotati di reale rilevanza penalistica. L'esegesi dottrinale e giurisprudenziale più recente ha progressivamente eroso una concezione strettamente formalistica della "giuridicità", favorendo un'interpretazione più elastica e contenutistica delle fonti dell'obbligo. Di conseguenza, il catalogo delle posizioni di garanzia non si esaurisce più nelle classiche figure legali o contrattuali, ma si estende fino a ricomprendere la responsabilità da "precedente attività pericolosa" (*Ingerenz*), il legame derivante da strette comunità di vita fondate sul reciproco affidamento, nonché l'assunzione di fatto di compiti di protezione.¹²⁸ Restano, per contro, confinati nell'irrilevanza penale i meri doveri di natura morale, così come la semplice possibilità materiale e fattuale di intervenire per scongiurare l'evento lesivo.¹²⁹ Nonostante tali sforzi definitivi, il ricorso alla clausola generale del "dovere di garanzia", priva di una rigorosa tipizzazione legislativa, lascia ancora aperto il problema relativo all'esatta determinazione dei confini della fattispecie omissiva impropria, confermando la persistente fluidità dei limiti tra la responsabilità penale e la sfera della solidarietà etico-sociale. Questa prassi di integrazione della norma penale attraverso fonti fattuali e principi materiali solleva inevitabilmente seri dubbi di legittimità costituzionale, ponendosi in potenziale attrito con il principio di legalità e di riserva di legge.¹³⁰ In particolare, parte della dottrina evidenzia come il § 13 StGB pecchi di un deficit di determinatezza: la norma, infatti, non offre parametri certi per stabilire l'equivalenza normativa tra il mancato impedimento dell'evento e la sua causazione attiva. Tale indeterminatezza si traduce in una descrizione sfumata della fattispecie omissiva impropria, delegando all'autorità giudiziaria una

¹²⁷ A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 305 ss.

¹²⁸ U. KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch, Lehrund Praxiskommentar*, Baden-Baden, 2013, pp. 142 ss.

¹²⁹ BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, 21. 11. 2002 - 2 BvR 2202/01, in NJW, 2003, p. 1030.

¹³⁰ C. ROXIN, *Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen*, in «GA», 2009, p. 73.

discrezionalità che rischia di sconfinare in un'analogia in *malam partem*, preclusa in materia penale.¹³¹ I dubbi di incostituzionalità sollevati non hanno però trovato accoglimento.¹³² Secondo la Corte Costituzionale tedesca, infatti, il principio di sufficiente determinatezza non preclude al legislatore l'utilizzo di clausole generali o concetti elastici, la cui effettiva portata necessiti di una mediazione interpretativa da parte del giudice. Nello specifico, con riferimento alle posizioni di garanzia, i Giudici hanno stabilito che la sussistenza di un obbligo giuridico unitamente a un'esegesi giurisprudenziale consolidata, sia sufficiente a garantire la prevedibilità della sanzione. In quest'ottica, l'esigenza di riconoscibilità del precetto penale risulterebbe soddisfatta qualora il tenore letterale della norma permetta di delineare l'ambito di applicazione della fattispecie, delegando all'interprete il compito di una successiva e puntuale concretizzazione.¹³³

Tuttavia, la dottrina più attenta non manca di osservare come la posizione di garanzia rimanga un concetto astratto, atto a descrivere esclusivamente una peculiare relazione tra l'omittente e lo sviluppo degli eventi lesivi. La determinazione del contenuto precettivo di tale relazione postula inevitabilmente un ulteriore sforzo ermeneutico, determinando un progressivo allontanamento dal dato normativo testuale e alimentando il dibattito sulla persistente frizione tra le necessità di tutela del bene giuridico e il rigore del principio di legalità.

L'applicazione dell'istituto dell'ingerenza solleva, ulteriori, delicate questioni di compatibilità con i principi di imputazione soggettiva, collocando l'interprete nello spazio angusto tra la causalità del dolo o della colpa susseguente. La criticità dogmatica risiede nella evidente sfasatura temporale che l'agire precedente introduce tra la causazione dell'evento e l'elemento psicologico: fondare la responsabilità su un'azione pericolosa pregressa rischia di attribuire rilevanza penale a un *dolus subsequens*, aprendo pericolosamente le porte a forme di responsabilità oggettiva mascherata, in aperto contrasto con il principio di colpevolezza. Nonostante tali riserve teoriche, è proprio sul terreno della giurisprudenza che la figura dell'ingerenza ha trovato la sua più fertile, seppur controversa, applicazione.¹³⁴ I tribunali, infatti, hanno spesso colmato i vuoti normativi elevando la "precedente azione pericolosa" a fonte di un obbligo di garanzia, talvolta forzando le maglie della legalità. Emblematico, in tal senso, è il caso giudicato dal *Bundesgerichtshof* tedesco riguardante la responsabilità di un fornaio. In quella circostanza, l'imputato, dopo aver ferito volontariamente un collega, era

¹³¹ A. KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 280 ss.

¹³² BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschluß vom 21. 11. 2002 - 2 BvR 2202/01, p. 1030.

¹³³ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 637 ss.

¹³⁴ A. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, p. 272.

rimasto impassibile mentre la vittima cadeva fatalmente nell'impastatrice; la Corte Federale condannò l'uomo per omicidio doloso, deducendo l'obbligo giuridico di impedire l'evento proprio dalla precedente condotta lesiva.¹³⁵ È stata proprio questa tendenza espansiva della giurisprudenza a sollecitare, nell'esperienza tedesca, tentativi di tipizzazione legislativa volti ad arginare l'arbitrio giudiziario. Significativa fu la proposta avanzata in sede di *Alternativ-Entwurf*, che mirava a codificare espressamente l'ingerenza, ma ponendovi dei paletti rigidi: si proponeva di punire chi avesse realizzato «un pericolo prossimo alla realizzazione dell'evento». Tale formulazione nasce dalla presa d'atto che la giurisprudenza ha fatto ormai uso costante del criterio dell'ingerenza e rispondeva, dunque, all'esigenza garantista di fissare per legge il requisito della "prossimità" del pericolo, sottraendolo alla libera, e talvolta imprevedibile, determinazione dei giudici.¹³⁶

La complessità insita nell'accertamento del nesso eziologico all'interno degli organi collegiali trova la sua rappresentazione nel celebre caso *Lederspray*.¹³⁷ La corte del BGH, a fronte della commercializzazione di uno spray per pelli sospettato di aver cagionato gravi patologie polmonari ai consumatori, è arrivata ad una sentenza di condanna pur in assenza di una legge scientifica di copertura che spiegasse univocamente il meccanismo d'azione della sostanza. La Corte tedesca, infatti, ha valorizzato una serie di indizi estrinseci, quali la coincidenza temporale tra l'uso del prodotto e l'insorgenza dei danni, l'identità delle patologie riscontrate e l'esclusione di fattori causali alternativi, traslando l'accertamento dal piano della certezza scientifica a quello della mera probabilità di aumento del rischio. La sentenza pone infatti in luce la profonda tensione dogmatica esistente tra la ricostruzione della condotta in termini attivi (commissivi) e la sua riqualificazione in chiave omissiva.¹³⁸ Sebbene la Corte tedesca abbia risolto la questione ricorrendo alla figura del concorso di persone (*Mittäterschaft*), considerando la norma sull'estensione della punibilità prevalente rispetto ai problemi causali del reato monosoggettivo, l'analisi della motivazione rivela una pericolosa incongruenza proprio sul versante dell'omissione.¹³⁹ Fintanto che le condotte dei consiglieri vengono qualificate come commissive, ovvero l'atto positivo di votare a favore della

¹³⁵ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 118.

¹³⁶ AA.VV., *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*, Allgemeiner Teil, Tübingen, 1966, p. 47.

¹³⁷ BGH 6 luglio 1990, in «JR», 1992, pp. 28 ss.; La sentenza del BGH del 6 luglio 1990 rappresenta un momento di rottura nell'impianto penalistico classico. I giudici ravvisarono la responsabilità degli amministratori dell'azienda produttrice sia sul piano omissivo, per il mancato ritiro del prodotto dal mercato, sia su quello commissivo doloso, in virtù della deliberata scelta di proseguire la distribuzione nonostante le segnalazioni di nocività. Per un'analisi dettagliata dei profili dommatici e politico-criminali legati al danno da prodotto, si veda C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, pp. 50 ss.

¹³⁸ ROXIN, *Strafrecht*, pp. 358 ss.

¹³⁹ *Ibidem*.

commercializzazione del prodotto nocivo o di approvarne il mantenimento sul mercato, il nesso causale regge: ogni voto è una condizione necessaria dell'evento deliberativo. Nel momento in cui la condotta viene riletta come omissione colposa, ovvero il mancato intervento per il ritiro del prodotto, la costruzione logica della Corte vacilla, non riuscendo più a giustificare il nesso di condizionamento secondo i canoni tradizionali.¹⁴⁰

La questione centrale risiede nell'impossibilità di trasporre automaticamente il criterio della "causalità addizionale", valido per le azioni, al terreno delle omissioni. Nelle dinamiche collegiali, infatti, quando l'impedimento dell'evento lesivo richiederebbe l'attivazione congiunta di tutti i membri (o della maggioranza), la singola condotta omissiva perde la sua qualifica di *condicio sine qua non*. Il ragionamento è stringente: se l'evento può essere evitato solo attraverso l'adempimento cumulativo di tutti gli obbligati, il singolo amministratore, isolatamente considerato, non è in grado di impedire il fatto. Di conseguenza, la sua inerzia non è "necessaria" per il verificarsi dell'evento, poiché questo si sarebbe prodotto ugualmente a causa dell'inazione degli altri. Si crea così un paradosso logico: le singole omissioni degradano a condizioni sufficienti ma non necessarie, e l'impedimento dell'evento diviene possibile solo ipotizzando un adempimento corale che, nei fatti, non è avvenuto.¹⁴¹

La dottrina dominante e la giurisprudenza tentano di superare questa impasse, che condurrebbe all'impunità del singolo, attraverso un ragionamento che appare viziato da circolarità. Si tende, cioè, a fondare la causalità materiale sulla presenza dell'elemento soggettivo (il dolo di partecipazione o l'accordo), invertendo l'ordine logico dell'accertamento penale: è il concorso a doversi fondare sulla previa causalità dei contributi, e non viceversa. Tale forzatura emerge con chiarezza nelle ipotesi di condotte omissive parallele e indipendenti (c.d. *Nebentäterschaft* o colpa), dove manca il collante psicologico dell'accordo criminoso. In questi casi, non essendoci una comune finalità né un reciproco affidamento sulla condotta altrui, il singolo potrebbe legittimamente invocare a propria discolpa il fatto che l'evento si sarebbe verificato anche senza la propria omissione, esistendo di fatto una "causa di riserva" (l'inerzia degli altri amministratori) sufficiente a produrlo. L'approccio del *Lederspray* finisce per trattare in modo diverso situazioni oggettivamente identiche (causalità addizionale) a seconda che vi sia o meno il dolo, lasciando irrisolto il problema di fondo: come possa un elemento psicologico colmare un vuoto di causalità oggettiva.¹⁴²

¹⁴⁰ K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, in «Jura», Edizione ETS, 2013, pp. 70 ss.

¹⁴¹ *Ibi*, p. 72.

¹⁴² *Ibi*, pp. 73 ss.

La decisione del *Bundesgerichtshof* riveste un interesse dogmatico primario in quanto delinea una responsabilità penale articolata su un doppio binario, coinvolgendo tanto la dimensione omissiva quanto quella commissiva della condotta degli amministratori. Sotto il primo profilo, quello omissivo, l'organo giudicante ha ravvisato la sussistenza di una responsabilità per lesioni colpose, fondata sulla violazione dei doveri di vigilanza e di richiamo del prodotto. In tale prospettiva, la posizione di garanzia degli amministratori si concretizza nel dovere giuridico di impedire che la circolazione di un bene pericoloso possa sfociare in eventi lesivi per l'integrità fisica dei consumatori. Il mancato attivarsi dei vertici aziendali per predisporre il tempestivo ritiro del preparato nocivo dal mercato è stato dunque qualificato come un'omissione penalmente rilevante, in quanto idonea a interrompere il decorso causale dannoso. Parallelamente, la sentenza ha ravvisato un profilo di responsabilità commissiva dolosa. Tale imputazione scaturisce dalla precisa scelta strategica, adottata collegialmente dalla dirigenza, di proseguire la commercializzazione e la distribuzione dello *spray* nonostante il quadro istruttorio avesse già evidenziato inequivocabili segnali di tossicità. In questo senso, l'immissione sul mercato di ogni singola unità di prodotto successiva alla consapevolezza della sua nocività non è stata letta come una mera inerzia, bensì come un'azione positiva cosciente e volontaria. La decisione di mantenere il prodotto nei canali distributivi, nonostante la rappresentazione del rischio di eventi lesivi, ha permesso ai giudici di configurare l'elemento soggettivo del dolo, nella forma del dolo eventuale o addirittura intenzionale rispetto alla condotta di distribuzione, superando la soglia della semplice colpa e punendo la deliberata esposizione a pericolo dei beni giuridici dei terzi consumatori.¹⁴³

Il giudice di merito, mosso da un intento di protezione sociale verso le vittime di prodotti nocivi, ha finito per obliterare il rigore metodologico richiesto dal procedimento di sussunzione sotto leggi scientifiche. Tale orientamento, che ha trovato terreno fertile anche in settori affini come quello della responsabilità medica, appare difficilmente conciliabile con i canoni fondamentali di un sistema penale costituzionalmente orientato. La necessità di garantire un'adeguata tutela dinanzi ai pericoli multiformi della società del rischio non può giustificare una distorsione degli istituti dogmatici. Il nesso di causalità, infatti, costituisce un elemento oggettivo della fattispecie che necessita di un accertamento rigoroso, non dissimile da quello riservato alla condotta o all'evento.¹⁴⁴

¹⁴³ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Milano Giuffrè Editore, 2004, pp. 49 ss.

¹⁴⁴ *Ibi*, pp. 50 ss.

1.5 Le diverse posizioni di garanzia, gli obblighi di protezione, di controllo e di sorveglianza.

Proprio in virtù della sua centralità sistematica e delle tensioni interpretative che ne derivano, appare necessario un approfondimento sulla posizione di garanzia. Questa figura, originata dall'elaborazione teorica funzionalista, ha ottenuto una precisa consacrazione normativa nell'art. 299 del d.lgs. 81/2008.¹⁴⁵ Sul piano dogmatico, la letteratura individua l'essenza dell'istituto nella «possibilità, sotto il profilo giuridico e materiale, di intervenire direttamente, in prima persona, ed efficacemente sulla situazione di pericolo per il bene»¹⁴⁶. Ne discende che la «sola possibilità di informare il titolare del bene o il garante»¹⁴⁷ circa l'insorgenza del rischio non risulta sufficiente a integrare i presupposti di validità della garanzia stessa.

Per *posizione di garanzia*, quindi, deve intendersi la locuzione che condensa dogmaticamente l'obbligo giuridico di impedire l'evento, vero e proprio fondamento della responsabilità per i reati commissivi mediante omissione. In assenza di una puntuale tipizzazione legislativa dei garanti, è affidato all'interprete un compito ermeneutico di primaria importanza: affinché la clausola di equivalenza possa operare correttamente, l'interprete deve, in primo luogo, identificare la fonte da cui scaturisce l'obbligo giuridico di protezione sia essa: la legge, il contratto, una precedente attività svolta, o altra fonte obbligante. Tale indagine è, comunque, meramente propedeutica alla fase successiva: quella di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo impeditivo. Questo deve essere ricostruito attraverso una valutazione combinata sia delle finalità protettive che fondano la stessa posizione di garanzia, sia della natura dei beni del soggetto garantito, i quali costituiscono l'obiettivo della tutela rafforzata.¹⁴⁸ L'ermeneutica in materia di reati omissivi impropri appare segnata, dunque, da una netta contrapposizione interpretativa. Da un lato, si colloca un orientamento garantista, che sostiene un'interpretazione restrittiva delle fattispecie. Tale approccio è volto a scongiurare dilatazioni che potrebbero

¹⁴⁵ La disposizione ha infatti formalizzato l'estensione della responsabilità ai vertici della sicurezza aziendale, svincolando la titolarità della garanzia dalla necessità di una formale investitura.

¹⁴⁶ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 153;

¹⁴⁷ *Ibidem*

¹⁴⁸ Cass. pen., Sez. IV, 04 luglio 2022, n. 25327; «Ai fini della operatività della così detta clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p., nell'accertamento degli obblighi impeditivi gravanti sul soggetto che versa in posizione di garanzia, l'interprete deve tenere presente la fonte da cui scaturisce l'obbligo giuridico protettivo, che può essere la legge, il contratto, la precedente attività svolta, o altra fonte obbligante e - in tale ambito ricostruttivo, al fine di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo - come scaturente dalla determinata fonte di cui si tratta - occorre valutare sia le finalità protettive fondanti la stessa posizione di garanzia, sia la natura dei beni dei quali è titolare il soggetto garantito, che costituiscono l'obiettivo della tutela rafforzata, alla cui effettività mira la clausola di equivalenza».

entrare in conflitto con il principio di determinatezza. All'estremo opposto, si individua una spinta verso il principio di solidarietà e alla necessità di tutelare i beni giuridici. Questa seconda tendenza è disposta a perseguire tale obiettivo anche a costo di sacrificare la coerenza dogmatica e politico-criminale dell'intero sistema.¹⁴⁹

Come precedentemente affermato, a fondamento del meccanismo di responsabilità vi è la necessità di assicurare ad alcuni beni una tutela rafforzata e da ciò deriva la centralità della figura dei garanti¹⁵⁰. All'interno della categoria generale delle posizioni di garanzia è possibile compiere una classificazione funzionale tra garanti con obblighi di *protezione* e garanti con obblighi di *controllo*. Entrambi implicano «un potere, un dominio, una signoria» nei confronti dell'evento dannoso: il primo mira a preservare determinati beni giuridici da pericoli che possono minarne l'integrità qualsiasi sia la fonte da cui scaturiscono; la posizione di controllo ha lo scopo di neutralizzare determinate specifiche fonti di pericolo al fine di tutelare tutti i beni giuridici potenzialmente esposti a minaccia.

I garanti possono essere nominati da un'investitura privata o pubblica, la quale attribuisce a questi poteri tali da scongiurare eventi dannosi.¹⁵¹ Parte della dottrina individua una terza categoria di posizioni ovvero l'obbligo di *sorveglianza*, il quale sorge dal dovere di impedire la commissione di reati da parte di terzi.¹⁵² Gli obblighi di mera sorveglianza o di attivazione, conferendo poteri di sola vigilanza e non di impedimento diretto, sono strutturalmente inadeguati a fondare la responsabilità penale ai sensi della clausola di equivalenza ex art. 40 cpv. c.p. Quest'ultima, infatti, può fondarsi esclusivamente sulla violazione di un autentico obbligo di garanzia, di controllo o protezione, in quanto unico istituto caratterizzato dalla titolarità di effettivi poteri impeditivi.¹⁵³

Le posizioni di garanzia con obblighi di protezione sorgono soprattutto da contesti relazionali qualificati. La fonte primaria è individuata nel rapporto familiare, sia esso legittimo o naturale,

¹⁴⁹ F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in «Rivista italiana di diritto processuale penale», 2003, pp. 55 ss.

¹⁵⁰ Kaufmann elabora il criterio funzionale degli obblighi di garanzia, ma la scoperta dottrinale della posizione di garanzia e dei garanti è riconducibile a Nagler (ROMANO, *Commentario*, p. 356).

¹⁵¹ A. PROVERA, *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2025, p.163 ss.

¹⁵² Una parte della dottrina ipotizza una tripartizione delle posizioni di garanzia: obbligo di protezione, obbligo di controllo e obbligo di *impedire la commissione di reati da parte di terzi*. Questa terza categoria può attingere le proprie caratteristiche funzionali da entrambe le sue precedenti. (L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana*, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1997, p. 119).

La richiesta di un effettivo potere di controllo sulle condizioni dell'evento, nei casi in cui il garante debba impedire condotte illecite altrui, implica che il terzo versi in una situazione di incapacità tale da non consentirgli di governare responsabilmente il proprio comportamento.

¹⁵³ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 337.

come quello tra genitori e figli minori, tra figli e genitori, o tra coniugi¹⁵⁴, oppure nella cosiddetta stretta relazione comunitaria.¹⁵⁵ Quest'ultima ricomprende situazioni di convivenza di fatto assimilabili a quella familiare o di collaudata collaborazione domestica. Inoltre, si ritiene rilevante a fondare un obbligo di protezione l'assunzione volontaria o consensuale, espressa o tacita, della posizione di garante dell'impedimento di eventi dannosi a carico di uno o più beni determinati.¹⁵⁶ Ai fini della rilevanza penale, non è sufficiente una mera intenzione: è necessario che il soggetto abbia effettivamente assunto e concretamente esercitato compiti di protezione o controllo¹⁵⁷, tali da generare un affidamento legittimo in capo al titolare del bene giuridico da tutelare. Di conseguenza, l'obbligo non risiede tanto nell'affidamento che il garante induce nella persona protetta, spingendola ad affrontare rischi particolari o a rinunciare ad altre forme di tutela, quanto piuttosto nell'effettiva «presa-in-carico» della salvaguardia del bene da parte del garante.¹⁵⁸ È proprio tale presa in carico a determinare la nascita della posizione di garanzia e la conseguente responsabilità per omissione.

Quanto ai beni giuridici tutelati, la loro determinazione incontra notevoli difficoltà. Se non vi è alcun dubbio che la vita e l'incolumità individuale rientrino in tale perimetro,¹⁵⁹ l'estensione della garanzia ad altri beni, come il patrimonio, appare problematica nei rapporti familiari. Sebbene nel rapporto genitori-figli si possa ipotizzare un'estensione al patrimonio, la stessa logica appare dubbia o “fortemente arbitraria” nel rapporto inverso o tra coniugi. È proprio nell'ambito dell'assunzione volontaria che la cerchia dei beni protetti si amplia legittimamente: in questo caso la tutela può estendersi esplicitamente, oltre alla vita e all'incolumità, anche al patrimonio e alla libertà personale.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Su tale punto, per questi ultimi l'affermazione sia ritenuta meno sicura. (M. ROMANO, *Commentario*, p. 357)

¹⁵⁵ Si pensi ad esempio a situazioni di convivenza, di collaudata collaborazione domestica (*Ibi*, p. 357); è previsto nell'ordinamento penitenziario agli artt. 1 e 11 un obbligo di tutela della vita e della incolumità dei detenuti in carico ai dipendenti dell'Amministrazione penitenziaria (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, p. 654).

¹⁵⁶ In dissenso rispetto alla posizione sostenuta da Stree, l'Autore (M. ROMANO, *Commentario*, p. 357) ritiene che l'obbligo di protezione debba fondarsi sull'assunzione volontaria della posizione di garanzia, non perché l'affidamento generato nel soggetto protetto lo indurrebbe ad affrontare particolari situazioni di rischio, bensì in quanto la presa in carico da parte del garante accresce oggettivamente le possibilità di salvezza del bene giuridico.

¹⁵⁷ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, Pisa University Press, 2022, p. 40; I poteri impeditivi sono correlati alla funzione svolta e possono essere distinti tra poteri impeditivi a carattere naturalistico e tra poteri impeditivi a carattere normativo. L'obbligo giuridico di agire deve corrispondere ad un effettivo potere impeditivo dell'evento.

¹⁵⁸ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 357; L'affidamento rappresenta pertanto un elemento di indubbio peso (es. l'ingaggio della guida alpina persuade l'alpinista non provetto ad affrontare un passaggio insidioso; le cure assidue dell'infermiera diplomata suggeriscono al figlio di intraprendere un viaggio d'affari lasciando la madre seriamente malata; la sorveglianza degli agenti di scorta fa superare all'uomo politico ogni esitazione ad intervenire ad una delicata assemblea, ecc.), ma non è di per sé decisivo.

¹⁵⁹ Si pensi all'obbligo di tutela dei detenuti in carico ai dipendenti dell'Amministrazione penitenziaria

¹⁶⁰ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 359; Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso della guardia del corpo che, omettendo di proteggere il proprio datore di lavoro, risponde di sequestro di persona in una fattispecie di concorso.

Se gli obblighi di protezione mirano a salvaguardare un bene giuridico da qualsivoglia fonte di pericolo, gli obblighi di controllo si focalizzano sulla neutralizzazione dei rischi scaturenti da una specifica fonte, di cui il garante ha la signoria. Quest'ultimi scaturiscono dal potere di organizzazione o disposizione su cose o situazioni intrinsecamente pericolose. La ratio di tale attribuzione di responsabilità risiede nell'impossibilità, per i terzi minacciati, di apprestare adeguate cautele senza compiere ingerenze indebite nella sfera proprietaria altrui.¹⁶¹

Gli obblighi di controllo possono derivare sia da un potere: di organizzazione o di disposizione, sia da una azione pericolosa propria precedente (l'ingerenza)¹⁶². Il principio cardine di quest'ultima è che: chiunque intervenga nella sfera di libertà altrui, introducendo un fattore di rischio nuovo o modificando in senso peggiorativo una situazione preesistente, assume perciò la posizione di garante. Colui che crea il pericolo ha il dovere giuridico di attivarsi per neutralizzarne le conseguenze dannose: si pensi, a titolo esemplificativo, all'obbligo di segnalazione per chi esegua scavi sulla pubblica via. Il precedente comportamento illecito costituisce una fonte di obbligo giuridico di natura precaria, in quanto la sua applicazione indiscriminata determinerebbe un'eccessiva estensione dell'area della responsabilità penale. Ricondurre la posizione di garanzia alla mera azione pericolosa precedente solleva una serie di perplessità. Anzitutto, ancorare l'obbligo di impedire l'evento a ogni precedente creazione di pericolo comporterebbe un'ipertrofia della responsabilità penale, tale da rischiare di paralizzare l'ordinario svolgimento delle attività sociali. La consapevolezza di tale rischio ha costretto i sostenitori della teoria, tra cui Rudolphi e Lackner,¹⁶³ a introdurre e ad individuare limiti, quali l'illiceità obiettiva della condotta antecedente o la prossimità adeguata del pericolo; eppure, tali argini appaiono solo tentativi *ex post* di delimitare una categoria concettualmente troppo ampia e indefinita. Sotto un ulteriore profilo, la stessa autonomia concettuale dell'ingerenza appare problematica, in quanto la gran parte delle ipotesi di reato colposo ricondotte a tale schema risulta, in realtà, più correttamente spiegabile attraverso i criteri del potere di organizzazione o disposizione sulla fonte di pericolo. Analizzando casi emblematici, come l'obbligo di recintare uno scavo o di illuminare una scala, emerge come il dovere di agire non derivi tanto dall'azione passata (aver scavato o acquistato l'immobile anni prima), quanto piuttosto dall'attuale signoria

¹⁶¹ H. J. RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Gottinga, 1996, p. 93; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 335.

¹⁶² Trattasi questa della c.d. ingerenza la quale determina che colui che cagiona situazioni di pericolo o modica una situazione già pericolosa, deve adoperarsi per neutralizzarla (G. BETTIOL, L. PETTOELLO, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, CEDAM, 1986); nei delitti dolosi, l'autonomia dell'azione pericolosa, può causare una «amplificazione ordinaria del *versari in re illicita*» (M. ROMANO, *Commentario*, p. 363).

¹⁶³ L'Autore riporta: l'obbligo di controllo sorgerebbe dunque solo nel caso in cui l'azione sia obbiettivamente antiggiuridica e che questa abbia effettivamente prodotto un pericolo prossimo dell'evento (M. ROMANO, *Commentario*, p. 338).

di fatto sulla fonte di rischio. In questi casi, dunque, il ricorso all'agire precedente si rivela superflua. Infine, sul versante dei delitti dolosi, la teoria dell'ingerenza rischia di fungere da strumento di amplificazione arbitraria della responsabilità, reintroducendo forme mascherate di *versari in re illicita*. Alla luce di tali incongruenze, appare dunque preferibile la tesi, sostenuta da autori come Schünemann e Roxin, che nega l'autonomia all'ingerenza, ritenendo che essa debba essere assorbita nelle altre categorie che fondano gli obblighi di controllo su una specifica fonte di pericolo, evitando così pericolose incompatibilità con il principio di legalità.¹⁶⁴

Il dovere di controllo può fondarsi su rapporti di educazione, custodia o cura prescindendo da una formale assunzione volontaria.¹⁶⁵ In questi casi, soggetti quali genitori, tutori o personale sanitario sono chiamati a impedire che persone sottoposte alla loro autorità, a causa di minore età o infermità, divengano fonte di pericolo per terzi. Eppure, l'estensione di tale responsabilità non è illimitata: essa impone una verifica in concreto della controllabilità del soggetto (parametrata all'età, alla maturità e all'autoresponsabilità), dovendo bilanciare l'esigenza di sicurezza con la necessaria fiducia che deve permeare ogni rapporto educativo o terapeutico, evitando forme di sorveglianza totalizzanti che comprometterebbero la crescita o il recupero del soggetto vigilato.¹⁶⁶

Gli obblighi di controllo si configurano prevalentemente come posizioni di garanzia derivate: la loro titolarità è infatti suscettibile di trasferimento dal soggetto *istituzionalmente* garante ad un altro soggetto. Affinché tale trasferimento si perfezioni, non è sufficiente la mera stipulazione formale, bensì è necessaria l'effettiva acquisizione di poteri relativi di organizzazione o di disposizione sul bene o sulla fonte di pericolo.

¹⁶⁴ L'esperienza tedesca offre esempi paradossali come quello del garzone che risponde di omicidio doloso per non aver impedito la caduta in un macchinario del collega precedentemente ferito che contrastano con il buon senso e con i principi di imputazione soggettiva. Anche nel nostro ordinamento, nel caso dell'investitore che lascia morire la vittima, il sistema (in linea con la normativa stradale e gli orientamenti dottrinali dominanti) preferisce configurare un concorso tra omicidio colposo e omissione di soccorso, rifiutando l'automatismo che trasformerebbe l'incidente iniziale in un omicidio doloso per omissione.

¹⁶⁵ La dottrina italiana risulta restia ad attribuire rilevanza all'*ingerenza*, contrariamente da quanto riconosciuto dalla giurisprudenza. M. ROMANO, *Commentario*, p. 388 ss., quest'ultimo pur ammettendo la dubbia compatibilità di tale istituto con il principio di legalità, ritiene che possa essere facilmente assorbito nell'ambito degli "obblighi di controllo".

¹⁶⁶ *Ibi*, p. 336; La dottrina maggioritaria contesta l'orientamento giurisprudenziale che ravvisa una posizione di garanzia generale in capo agli appartenenti alle forze di polizia. Come evidenziato da autori quali Grasso e Androulakis, manca in questi casi il requisito della determinatezza dei beneficiari: un obbligo di protezione esteso all'intera collettività sarebbe impossibile da adempiere. Anche Fiandaca osserva come, al di fuori di incarichi specifici (es. scorte), l'inerzia dell'agente debba essere qualificata come mero reato di omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) e non come concorso nel reato non impedito. Lo stesso Autore estende tale logica al medico condotto, sebbene su quest'ultimo punto permangano perplessità, data la posizione di garanzia che il sanitario assume tipicamente verso il paziente preso in carico.

Occorre compiere una precisazione: come è possibile intuire le posizioni di garanzia originarie nascono in capo a soggetti determinati che rivestono uno specifico ruolo¹⁶⁷ e solitamente il soggetto è individuato da norme di legge. La posizione di garanzia derivata invece viene trasferita dal titolare originario ad un soggetto diverso e ciò avviene solitamente mediante un atto di trasferimento negoziale.¹⁶⁸ Il trasferimento di «obblighi inerenti alla posizione di garanzia»¹⁶⁹ può avvenire mediante norma di legge¹⁷⁰ o contratti. Ciò che è rilevante dal punto di vista penalistico è che l'accordo avvenuto tra le parti abbia instaurato un rapporto di legittimo affidamento nel quale il titolare del bene protetto (garante a titolo originario) conferisce ad un terzo (garante derivato) la protezione del bene stesso e che il nuovo garante assuma in concreto la funzione di tutela. Sotto questo profilo, parte della dottrina ammette che l'obbligo possa sorgere anche da un negozio stipulato tra terzi, senza l'intervento del titolare originario, purché vi sia la concreta costituzione di una sfera di competenza in capo al nuovo garante. È rilevante sottolineare che la delega di funzioni non determina la totale esclusione di obblighi in capo al delegante, il quale sarà sempre tenuto ad assicurare il corretto controllo del delegato.¹⁷¹ La delega, però, risulta idonea a creare nuovi centri di imputazione o a modificare quelli preesistenti.¹⁷² Nell'ambito della responsabilità penale connessa all'esercizio dell'attività d'impresa, si è assistito ad un progressivo rafforzamento del paradigma della "prevenzione mediante organizzazione" fondato sulla correlazione tra la gestione del rischio e l'assetto organizzativo dei fattori produttivi¹⁷³.

¹⁶⁷ Si intendono posizioni di garanzia originarie quelle che derivano da rapporti naturali, giuridici o sociali preesistenti, nei quali l'obbligo di tutela sussiste indipendentemente dalla situazione di pericolo. Esempi tipici sono: il genitore nei confronti del figlio minore; il coniuge convivente verso l'altro in stato di bisogno; il tutore rispetto al soggetto interdetto o minore; il medico nei confronti del paziente affidato alle sue cure.

¹⁶⁸ Diversamente da quelle originarie, le posizioni di garanzia derivate sorgono con l'assunzione di compiti specifici o, ancora, di una condotta antecedente che ha generato un pericolo. Tra gli esempi più significativi: il bagnino nei confronti dei bagnanti nella zona sorvegliata; il datore di lavoro nei confronti dei dipendenti, in relazione agli obblighi di sicurezza sul luogo di lavoro; la *baby-sitter* che si impegna a sorvegliare il bambino.

¹⁶⁹ C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 240.

¹⁷⁰ Si pensi, ad esempio, la delega di funzioni nell'ambito della previsione degli infortuni sul lavoro ex art. 16 d.lgs. n. 81/2008;

¹⁷¹ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 337, Essa si verifica esclusivamente nell'ipotesi in cui il titolare si spogli integralmente di ogni potere giuridico sulla cosa; in caso contrario, la responsabilità permarrà. Tale principio trova la sua applicazione più rilevante nell'istituto della delega di funzioni: in questo contesto, il conferimento di poteri al delegato non determina la totale estromissione del delegante, bensì la trasformazione del suo obbligo in un dovere di vigilanza sul corretto operato altrui (culpa in vigilando). Il delegante, dunque, risponderà dell'evento in concorso con il delegato, salvo che dimostri l'impossibilità oggettiva, nelle circostanze concrete, di esercitare tale controllo.

¹⁷² A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2017, p. 517.

¹⁷³ *Ibi*, p. 541; questo obbligo di generale «auto-organizzazione, teleologicamente orientato alla prevenzione del rischio-reato» è strutturato con un duplice obbligo: il primo di progettazione e instaurazione di una *rete di garanti*, il secondo di adottare idonei modelli di gestione e di organizzazione. (*Infra* 1.6)

Oltre al trasferimento, la posizione di garanzia può essere oggetto di successione, fenomeno che si riscontra tipicamente nelle ipotesi di cessione d'azienda, con conseguente subentro dei nuovi amministratori.¹⁷⁴ Va inoltre distinta la successione nella quale vi è l'estinzione della precedente posizione di garanzia, dal mero trasferimento solo di alcune delle funzionalità della posizione.

L'organizzazione interna genera, nei limiti della legge, nuove figure di garanti individuando così un criterio di imputazione ulteriore rispetto alla ripartizione funzionale di responsabilità. I garanti di fatto, ad esempio, sono soggetti che pur non essendo formalmente incaricati di una qualifica soggettiva, esercitano concretamente poteri di controllo tali da assumere una posizione di garanzia; la loro sussistenza si basa su clausole di equiparazione di norme civilistiche che moltiplicano l'annovero delle posizioni di garanzia.¹⁷⁵ Si costituisce una correlazione biunivoca tra il garante di fatto e quello di diritto nella quale il primo è tenuto ad impedire i reati dell'altro. Per perimetrare correttamente l'area della responsabilità omissiva impropria, è indispensabile approfondire la distinzione della posizione di garanzia in senso stretto da altre due figure affini ma strutturalmente diverse: l'obbligo di attivarsi e l'obbligo di sorveglianza.

In primo luogo, l'obbligo di attivarsi si configura come un dovere giuridico di agire a tutela di certi beni che, a differenza della garanzia, non preesiste alla situazione di pericolo, ma sorge contestualmente al verificarsi di un determinato presupposto fattuale. L'obbligo può essere generale, come nel caso dell'omissione di soccorso ex art. 593 c.p., o può ricadere su specifiche categorie di soggetti. Ciò che caratterizza tale figura è l'assenza di poteri: i soggetti obbligati risultano infatti sprovvisti sia di doveri di preventiva vigilanza o controllo e sia di poteri giuridici impeditivi o coercitivi. Mancando la signoria sulla fonte del rischio, tale obbligo non assume alcun rilievo ai sensi della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. La sua violazione, pertanto, non equivale a cagionare l'evento, ma può essere penalmente sanzionata esclusivamente tramite autonome fattispecie di reato omissivo proprio, laddove espressamente tipizzate.¹⁷⁶

Gli obblighi di sorveglianza si differenziano da quelli descritti precedentemente in quanto preesistono rispetto alla situazione di pericolo. Questi obblighi investono specifiche categorie di soggetti privi di veri e propri poteri giuridici impeditivi, il cui compito si limita a vigilare

¹⁷⁴ La successione di aree di garanzia può comportare l'esclusione la responsabilità del primo garante. Questo fenomeno è facilmente riconducibile al concorso di cause ex art. 41 c.p.

¹⁷⁵ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, p. 519; testualmente si determina che limitando l'attenzione agli artt. 2639 c.c. e 299 d.lgs. 81/2008, si può affermare che le clausole estensive e di equiparazione si rilevano moltiplicatori della sfera di operatività dell'art. 40, co. 2, c.p.

¹⁷⁶ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, pp. 416 ss.; oltre alle norme già citate, è possibile incorrere in reati autonomi, si vedano ex gli artt. 355, 362, 364, 465, 679, 694 c.p.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, pp. 156 ss.;

sulle attività altrui e a informare il titolare o il garante del bene circa l'eventuale commissione di fatti offensivi. A differenza della posizione di garanzia in senso stretto, dunque, al sorvegliante spettano solo poteri di monitoraggio e allerta, mentre il potere d'intervento diretto per neutralizzare il pericolo rimane appannaggio esclusivo del garante¹⁷⁷. Da tale assetto strutturale discendono conseguenze determinanti sul piano della responsabilità: in conformità al principio di personalità, l'inosservanza dell'obbligo di sorveglianza non può fondare una responsabilità per non impedimento dell'evento ex art. 40, comma 2, c.p. e il titolare dell'obbligo di sorveglianza non risponderà neppure di concorso omissivo nel reato commesso dal soggetto sottoposto a sorveglianza, poiché, mancando il potere di impedire, si ricadrebbe in un'inammissibile ipotesi di responsabilità per fatto altrui. Ne deriva che, allo stato attuale, l'omessa sorveglianza assume rilevanza penale solo qualora sia espressamente sanzionata da specifiche norme incriminatrici, lasciando aperti vuoti di tutela che la giurisprudenza tenta talvolta di colmare impropriamente estendendo la clausola di equivalenza. Tali carenze rendono auspicabile un intervento legislativo volto a tipizzare autonomamente la violazione di tali specifici obblighi, soprattutto nel complesso ambito dell'attività d'impresa.¹⁷⁸

Un esempio è l'obbligo di soccorso (art. 593 c.p.), il quale grava indistintamente su chiunque si imbatte in una persona in pericolo. Tale figura permette di distinguere nettamente il soccorritore occasionale dal garante in senso stretto: mentre quest'ultimo dispone di un potere giuridico preventivo volto a inibire la nascita stessa del pericolo (si pensi al genitore che vieta al figlio attività rischiose), il soggetto tenuto al semplice obbligo di attivarsi interviene su una dinamica già in atto, potendo di fatto soltanto impedire che questa evolva verso conseguenze peggiori, ma senza avere il dominio sulla fonte del rischio. Da tale assetto discendono rilevanti conseguenze sul piano della punibilità. L'inosservanza dell'obbligo di attivarsi, infatti, non rientra nel perimetro della responsabilità sancita dalla clausola generale di equivalenza tra il non impedire e il cagionare (art. 40 c.p.). Essa risulta sanzionabile esclusivamente sulla base di una specifica norma incriminatrice, configurandosi come reato omissivo proprio di mera condotta o, eventualmente, come reato omissivo di evento, rimanendo tuttavia sempre estranea al meccanismo di imputazione causale tipico della posizione di garanzia.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Si pensi, a titolo esemplificativo, al rapporto intercorrente tra i sindaci e l'organo amministrativo nelle società di capitali, ovvero alla relazione funzionale tra il preposto alla sicurezza e il datore di lavoro. In tale prospettiva, il potere di segnalazione al titolare del bene o al garante viene ascritto al novero dei poteri-doveri di sorveglianza: prerogative che, prive di un'autentica efficacia impeditiva, esplicano una funzione meramente ostativa rispetto all'altrui condotta illecita (I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 152).

¹⁷⁸ F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia*, pp. 997 ss.

¹⁷⁹ F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia*, 999 ss., si pensi, in questi casi, alle ipotesi aggravate di omissione di soccorso seguita da morte.

Nella realtà giudiziaria, non è sempre agevole distinguere le situazioni in cui sussiste un reale potere impeditivo da quelle caratterizzate da semplici obblighi di sorveglianza o di attivazione¹⁸⁰, i quali restano irrilevanti ai fini della responsabilità omissiva impropria ex art. 40, comma 2, c.p. Spesso si trascura l'indagine specifica su questi «poteri deboli»¹⁸¹, con la conseguenza di confonderli con le posizioni di garanzia piene: di controllo finalizzate alla salvaguardia dell'integrità del bene dai rischi o di protezione, tese a neutralizzare le fonti di pericolo. Il caso più rilevante riguarda le cosiddette «posizioni ausiliarie o di supporto»¹⁸², incarnate perfettamente dal Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione (RSPP) ex d.lgs. n. 81/2008. I compiti assegnati dalla legge a tale figura, quali la valutazione dei rischi, l'elaborazione delle misure preventive e la pianificazione della formazione dei lavoratori, configurano un ruolo di natura essenzialmente consultiva. L'RSPP agisce infatti senza autonomia decisionale o gestionale, limitandosi a supportare le scelte datoriali. Mancando di poteri impeditivi reali, è dunque logicamente arduo sostenere che tale collaboratore possa essere gravato da una posizione di garanzia penalmente rilevante.¹⁸³

L'indagine teorica sin qui condotta non deve celare la straordinaria ampiezza operativa dell'istituto. La tematica delle posizioni di garanzia si rivela, infatti, vastissima capace di permeare l'ordinamento giuridico in ogni suo aspetto: dalla sfera familiare a quella lavorativa, sino alla gestione dei rischi comuni. Proprio in ragione di tale ampiezza di portata, appare indispensabile focalizzare l'indagine su alcune figure tipiche, la cui analisi permette di comprendere come l'obbligo impeditivo costituisca una costante normativa adattabile alle più disparate esigenze di tutela. Volgendo lo sguardo alla casistica concreta, un primo esempio paradigmatico si rinviene nell'ambito dell'amministrazione locale con la figura del Sindaco. Sulla scorta degli artt. 50 e 54 del Testo Unico degli Enti Locali (d.lgs. n. 267/2000), il primo cittadino è investito di una posizione di garanzia a tutela della pubblica incolumità. La

¹⁸⁰ F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia*, p. 343. L'Autore sottolinea come, in ossequio al principio di responsabilità personale, l'obbligo di sorveglianza sprovvisto di poteri impeditivi non possa fondare la responsabilità per l'evento ex art. 40 cpv. c.p., né il concorso omissivo nel reato altrui, configurandosi altrimenti una responsabilità per fatto terzo. *De jure condito*, l'omessa vigilanza rileva penalmente solo se espressamente tipizzata in fattispecie autonome, sebbene l'Autore auspichi (*de jure condendo*) l'introduzione di una disciplina generale che ne definisca requisiti e rilevanza.

¹⁸¹ F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2006, p. 208; L'Autore definisce «deboli» quei poteri idonei a esercitare esclusivamente un'influenza sulle determinazioni del soggetto vigilato, ritenendo irrilevante -ai fini della qualificazione giuridica- che tale influenza si sia rivelata in concreto efficace in precedenti occasioni.

¹⁸² A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, p. 521.

¹⁸³ *Contra*, si veda Cass. pen., Sez. IV, 21 dicembre 2018, n. 11708. La Suprema Corte, discostandosi dalla lettura restrittiva dei poteri consultivi, ha riconosciuto la responsabilità penale dell'RSPP in concorso con il datore di lavoro. In tale prospettiva, la posizione di garanzia viene radicata nel contributo causale offerto dall'organo tecnico: l'RSPP risponde infatti dell'evento qualora questo sia conseguenza di suoi suggerimenti errati o della mancata segnalazione di rischi che abbiano indotto il datore a omettere le doverose misure di prevenzione.

giurisprudenza¹⁸⁴ ha chiarito che, ancorché il Sindaco possa risultare privo di poteri gestionali diretti (spesso demandati all'apparato burocratico), egli non è esente da responsabilità: su di lui permane, infatti, un dovere di vigilanza e controllo sull'operato dei dirigenti. La posizione di garanzia si sostanzia, in questo caso, nella disponibilità di poteri giuridici idonei a sollecitare gli interventi necessari e, soprattutto, nel potere sostitutivo di intervento nelle situazioni di urgenza per impedire eventi dannosi.

In un contesto del tutto diverso, ma retto dai medesimi principi di protezione, si colloca il gestore di un centro sportivo.¹⁸⁵ Anche in capo a tale soggetto si configura una qualificata posizione di garanzia: su di lui grava lo specifico obbligo giuridico di adottare tutte le cautele necessarie, tecniche e organizzative, volte a preservare l'incolumità fisica degli utilizzatori della struttura da eventuali rischi connessi all'attività svolta. Un ulteriore ambito di operatività della posizione di garanzia è quello sanitario¹⁸⁶, riguardante medici ed infermieri. In questo contesto, il medico assume la veste di garante della salute del paziente in virtù del cosiddetto contatto sociale: ne consegue che, pur qualora non possa erogare la specifica prestazione richiesta, egli è comunque tenuto ad attivarsi, nei limiti delle sue capacità, per la salvaguardia dell'integrità del malato. È fondamentale sottolineare come la titolarità di tale posizione di garanzia sia svincolata dall'esistenza di un formale rapporto giuridico o burocratico con la struttura sanitaria, dipendendo invece dall'effettivo esercizio dell'attività svolta. In applicazione del principio di effettività, infatti, diviene destinatario di precisi obblighi di protezione anche il sanitario che, sebbene privo di una formale investitura, abbia partecipato di fatto all'atto chirurgico o alla procedura medica, assumendo concretamente i rischi connessi all'attività terapeutica.¹⁸⁷ Tornando a quanto accennato in premessa riguardo le figure di pura protezione, un ruolo centrale è rivestito dagli obblighi dei familiari e, segnatamente, dei genitori. Il genitore, in forza dell'art. 147 c.c. (letto in combinato disposto con l'art. 30 della Costituzione), ricopre una posizione di garanzia originaria e inderogabile nei confronti dei figli minori. Tale investitura non si limita ai doveri di mantenimento, ma comporta lo specifico obbligo giuridico di tutelare la vita, l'incolumità fisica e la moralità sessuale del minore. In virtù di tale posizione, il genitore è tenuto a fraporsi come scudo contro qualsiasi fonte di pericolo, ivi comprese le aggressioni provenienti da terzi: la mancata attivazione per impedire tali condotte lesive (si

¹⁸⁴ Cass. pen., sez. IV, 26 settembre 2018 – 27 dicembre 2018, n. 58243, CED 274950

¹⁸⁵ Cass. pen., Sez. IV, 20 settembre 2011 – 16 maggio 2012, n.18798, CED 253918.

¹⁸⁶ Cass. pen., Sez. IV, 2 dicembre 2011- 11 aprile 2012, n. 13547, CED 253918.

¹⁸⁷ Cass., Sez. IV, 29 settembre 2020 – 12 ottobre 2020, n. 28316, CED 280080.

pensi a violenze o abusi sessuali perpetrati da altri) equivale, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p., a cagionarle.¹⁸⁸

Al fine di restituire l'idea della vastità quasi illimitata dell'istituto e della sua capacità di adattarsi alle più disparate situazioni della vita quotidiana, è utile allargare lo spettro dell'analisi a fattispecie che, pur nella loro diversità fattuale, condividono la medesima struttura logico-giuridica. Si pensi al proprietario di un cane, sul quale incombono precisi doveri di custodia e l'obbligo di adottare tutte le cautele necessarie a prevenire le reazioni, anche improvvise, dell'animale; oppure alla figura del dirigente scolastico, il quale diviene destinatario di stringenti obblighi di sicurezza proprio in quanto titolare di autonomi poteri gestori; infine, la giurisprudenza ha ravvisato gli estremi della posizione di garanzia persino in capo all'estetista, tenuta a tutelare l'incolumità fisica dei clienti che si sottopongono ai trattamenti, vigilando sulla correttezza e sulla sicurezza delle procedure applicate.

A conclusione di questa panoramica, è doveroso precisare che dalla presente ricognizione sono state deliberatamente escluse le figure di garanzia che maturano nel contesto societario e d'impresa. La densità normativa e la complessità di tali profili, infatti, impongono una trattazione separata e approfondita che sarà oggetto dei capitoli successivi.

1.6 I poteri impeditivi nell'ambito del reato monosoggettivo.

Come precedentemente osservato, il nucleo fondamentale della posizione di garanzia risiede nel potere giuridico impeditivo. Tuttavia, per una corretta ricostruzione dogmatica, è indispensabile distinguere nettamente tra il dovere giuridico e il concreto potere di agire, una dicotomia che assume rilevanza cruciale sotto il profilo delle fonti. Non sempre, infatti, sussiste una perfetta coincidenza tra il potere ostativo in capo al garante e la norma che fonda l'obbligo di impedire l'evento. Solo raramente la disposizione che prescrive l'obbligo delinea contestualmente anche il potere di intervento. Un'eccezione significativa è rappresentata, in materia antinfortunistica, dalla figura del coordinatore per l'esecuzione dei lavori (art. 92, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81). A tale soggetto, oltre ai compiti di organizzazione, raccordo e vigilanza sulla sicurezza nei cantieri, la legge attribuisce espressamente uno specifico potere impeditivo giuridico ovvero la facoltà di sospendere le singole lavorazioni in caso di pericolo grave e imminente, fino all'avvenuto adeguamento da parte delle imprese (art. 92, comma 1, lett. f). Più frequentemente, occorre ricostruire il potere impeditivo attraverso il coordinamento di

¹⁸⁸ Cass., Sez. III, 23 settembre 2015 – 29 settembre 2026, n. 40663, CED 267594.

diverse disposizioni,¹⁸⁹ oppure può configurarsi come mero potere di fatto nei casi in cui sia privo di una formale base normativa. L'esempio emblematico è costituito dalla posizione di garanzia dei genitori verso i figli: sebbene la fonte del dovere sia giuridica (artt. 30 Cost. e 147 c.c., che impongono l'obbligo di mantenere, istruire ed educare), il concreto potere di impedimento non trova una specifica disciplina legale tipizzata, risolvendosi in una gestione di natura fattuale dell'evento.

Proprio in questo spazio tra norma e realtà si inserisce il concetto di «potere di signoria», che necessita di essere calato nella prassi per svelare le sue diverse sfaccettature. L'esempio classico del bambino in pericolo di annegamento chiarisce la questione: mettendo a confronto le figure del genitore, dell'assistente bagnanti e del passante, presupponendo in tutti la capacità natatoria, si nota una perfetta coincidenza sul piano del potere naturalistico.

Se sul piano del mero potere naturalistico si registra una totale equivalenza delle attitudini fisiche, sotto il profilo normative le rispettive posizioni giuridiche sono nettamente distinte e non assimilabili.¹⁹⁰ Questo dimostra che l'intervento sull'evento si struttura attraverso una fitta trama di poteri materiali e obblighi giuridici: solo venendo a capo di tale intreccio è possibile fissare i punti fermi necessari per individuare una corretta teoria dell'omissione e della responsabilità penale.

Per definire correttamente il potere impeditivo *naturalistico*, occorre innanzitutto chiarire cosa inneschi il dovere di attivazione del garante. Questo passaggio è fondamentale per delineare il perimetro della responsabilità omissiva ex art. 40, comma 2, c.p. Al riguardo, occorre precisare che l'obbligo di intervento non può dipendere esclusivamente dalla mera percezione soggettiva del pericolo da parte del garante. Un simile criterio, infatti, rischierebbe di attribuire alla posizione di garanzia una connotazione eccessivamente «ansigena» o, al contrario, «lassista», rendendola inidonea a tutelare efficacemente il bene giuridico.¹⁹¹ È invece necessario un parametro oggettivo, identificabile nella situazione di pericolo concreto per il bene affidato alla protezione del soggetto.¹⁹²

¹⁸⁹ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in «Criminalia», 2012, pp. 642 ss.; È il caso degli amministratori di società per azioni (art. 2392 c.c.), la cui posizione di garanzia è spesso associata a poteri di denuncia o di impugnazione delle delibere assembleari; strumenti sulla cui reale efficacia impeditiva, tuttavia, la dottrina ha sollevato dubbi che verranno approfonditi nel prosieguo.

¹⁹⁰ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 90: l'Autore sottolinea come la dialettica tra potere di agire (*Können*) e dovere giuridico (*Sollen*) costituisca il fondamento strutturale della colpa. Tali considerazioni, tuttavia, appaiono validamente mutuabili anche in riferimento alla condotta omissiva riguardata nella sua oggettività.

¹⁹¹ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, p. 645.

¹⁹² La necessità di ancorare l'obbligo a un pericolo oggettivo trova un preciso fondamento normativo nella disciplina del tentativo (art. 56 c.p.). Come evidenziato in dottrina, le regole che governano la tipicità del tentativo, pur riferendosi alla causalità virtuale, operano anche nelle fattispecie a causalità effettiva, inclusi i reati omissivi

Una volta sorto l'obbligo, l'intervento del garante deve soddisfare due requisiti essenziali per escludere la responsabilità penale: la *tempestività* e la *risolutezza*.

Sotto il profilo temporale, l'attivazione del soggetto obbligato deve avvenire in un arco cronologico ristretto e strettamente correlato all'imminenza del pericolo. Tale requisito è imprescindibile, poiché un intervento tardivo, seppur tecnicamente ineccepibile, risulterebbe privo di efficacia impeditiva. Ne consegue che, salvo l'immediata disponibilità di un terzo più idoneo, il garante è tenuto ad agire personalmente, incontrando quale unico limite lo stato di necessità, ovvero il rischio di un danno grave alla propria incolumità. In tale contesto, il dovere di solidarietà intrinseco alla posizione di garanzia assume una rilevanza tale da imporre, ove necessario al fine impeditivo, anche il compimento di atti formalmente *contra jus*. Eppure, tale legittimazione non configura un'autorizzazione indiscriminata alla commissione di illeciti. È indispensabile che sussista un nesso di strumentalità funzionale tra la condotta antigiusuridica e la tutela del bene minacciato.¹⁹³

Più articolata appare, invece, l'analisi del secondo requisito, ovvero il carattere risolutivo dell'intervento. L'efficacia della condotta è infatti direttamente proporzionale al grado di competenza e specializzazione tecnica del garante; essi sono elementi che devono essere oggettivamente riconoscibili *ex ante*. Osservando il carattere risolutivo dell'azione, occorre distinguere le situazioni in cui l'intervento si risolve in un mero atto materiale, eseguibile da chiunque come, ad esempio, sottrarre un oggetto pericoloso a un bambino, da quelle in cui è richiesta una specifica competenza tecnica, si pensi in via esemplificativa all'esecuzione di manovre di primo soccorso. In questo ultimo caso, la scelta della condotta doverosa deve essere guidata da un criterio di massima efficacia impeditiva: la priorità spetta all'intervento che, nel contesto della fattispecie, risulti sia immediatamente attivabile e sia tecnicamente più idoneo a neutralizzare il rischio.¹⁹⁴ Qualora il garante possieda

impropri. Secondo l'orientamento dottrinale, nei reati a forma libera e in quelli omissivi impropri, la tipicità non si esaurisce nel legame causale. Occorre che la condotta manifesti, *ex ante*, un disvalore oggettivo autonomo. Sarebbe, del resto, paradossale punire un comportamento solo in virtù dell'evento verificatosi *ex post*, qualora tale condotta, considerata in sé e priva dell'evento, non raggiungesse nemmeno la soglia di rilevanza penale del delitto tentato (S. SEMINARA, *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 944).

In quest'ottica, il principio del *finalismo oggettivo* impone che l'obbligo del garante sorga soltanto in presenza di situazioni che configurino la fattispecie oggettiva del tentativo a prescindere dal fatto di essere accompagnate o meno dal dolo. Ciò conferma che, alla base del dovere di impedire l'evento, deve necessariamente sussistere una situazione di concreto pericolo per il bene tutelato.

¹⁹³ L'azione del garante resta infatti subordinata ai limiti generali delle cause di giustificazione, in particolare quelli previsti per il soccorso difensivo (art. 52 c.p.) e il soccorso di necessità (art. 54 c.p.), che richiedono il rigoroso rispetto dei criteri di necessità e proporzione rispetto al pericolo corrente. (C. PAONESSA, *Obbligo di impedire*, p. 646).

¹⁹⁴ In tal senso si veda anche W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, X ed., Neuwied, Luchterhand, 2002, pp. 298 ss., il quale individua il contenuto dell'azione impeditiva nella realizzazione del «comportamento tecnicamente necessario».

le competenze necessarie, l'obbligo invece si traduce nel dovere di agire personalmente e direttamente. Viceversa, qualora sia presente un terzo soggetto in grado di fornire un apporto ugualmente tempestivo, ma maggiormente qualificato, l'obbligo di garanzia impone la prevalenza del soccorso specializzato. In tale scenario, l'intervento vicario del terzo diviene prioritario rispetto all'azione diretta del garante, poiché offre garanzie superiori di successo.¹⁹⁵ Il potere impeditivo è possibile identificarlo nel «comportamento pretendibile dal garante per bloccare, personalmente o per interposta persona, con esito positivo, la realizzazione dell'evento lesivo»¹⁹⁶. Il potere impeditivo naturalistico, difettando di una struttura normativa predefinita, non può essere ingabbiato in schemi rigidi. La sua essenza risiede nella funzione di contrasto al rischio concreto, rendendo di fatto impossibile una sua tipizzazione astratta o a priori. L'efficacia di tale potere, pertanto, non è statica, ma si modula con intensità variabile a seconda delle circostanze. Un simile quadro impone cautele ermeneutiche precise: la verifica della sussistenza e dell'idoneità del potere deve collocarsi necessariamente in un'ottica *ex ante*. Una valutazione *ex post*, infatti, risulterebbe logicamente fallace: il *senno di poi*, influenzato dall'avvenuta verifica dell'evento, porterebbe inevitabilmente a negare l'efficacia del potere impeditivo, in quanto incapace di impedirlo, appiattendolo il giudizio giuridico sul mero dato fattuale dell'insuccesso.¹⁹⁷

Questa incertezza strutturale, tipica delle valutazioni prognostiche, accomuna il potere impeditivo naturalistico alle classiche problematiche della causalità omissiva governata da leggi probabilistiche. L'assenza di leggi scientifiche universali in grado di attestare, con certezza assoluta, la connessione regolare tra un determinato *modus operandi* e la sua efficacia ostensiva, rende l'accertamento particolarmente complesso. Di conseguenza, la prova che l'esercizio del potere disponibile avrebbe impedito l'evento si fonda quasi esclusivamente su massime di esperienza: criteri inferenziali ancorati al senso comune che per legittimare un giudizio di responsabilità penale, devono possedere una solidità logica tale da superare la soglia del ragionevole dubbio. La soluzione a tale impasse risiede nei principi dettati dalla sentenza Franzese:¹⁹⁸ abbandonando la ricerca del dato statistico puro, la giurisprudenza ha abbracciato il criterio della probabilità logica. Secondo tale approccio realistico, l'efficacia impeditiva della condotta omessa può essere affermata anche in presenza di frequenze statistiche medio-basse,

¹⁹⁵ Occorre rilevare che la doverosa attivazione del terzo specializzato non costituisce una rinuncia all'obbligo, bensì la modalità di adempimento più coerente con la funzione solidaristica della norma, volta alla tutela effettiva del bene giuridico. Si configura, in sostanza, una delega di soccorso funzionale che non esonera il garante dal dovere di vigilanza. (C. PAONESSA, *Obbligo di impedire*, p. 647).

¹⁹⁶ *Ibi*, p. 650.

¹⁹⁷ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire*, pp. 651 ss.

¹⁹⁸ Cas. Pen., Sezioni Unite, 11 settembre 2002, n. 30328.

purché l'analisi del caso concreto permetta di escludere categoricamente l'intervento di fattori causali alternativi. L'obiettivo finale resta, dunque, il raggiungimento di un'elevata credibilità razionale: unico standard capace di rendere il giudizio controfattuale aderente alla realtà e compatibile con le garanzie del processo penale.¹⁹⁹

Nell'ambito delle fattispecie causalmente orientate caratterizzate da un evento naturalistico, il ricorso ai poteri di fatto costituisce, senza dubbio, la modalità privilegiata di adempimento dell'obbligo impeditivo. Tale primato trova riscontro nella stessa struttura del reato omissivo improprio, il cui nucleo originario è radicato nella tutela della vita e dell'integrità fisica. In questo contesto, l'operatività della clausola di equivalenza contenuta nell'art. 40, comma 2, c.p. appare lineare, delineando una perfetta simmetria con la fattispecie commissiva: così come per i reati a forma libera rileva l'idoneità causale della condotta a prescindere dalle modalità esecutive, specularmente, sul versante omissivo, ciò che definisce la rilevanza penale è l'efficacia impeditiva della condotta doverosa. Questa ampiezza strutturale riflette una precisa scelta di politica criminale: l'ordinamento intende garantire una tutela incondizionata ai beni di rango primario, valorizzando la punizione del risultato lesivo comunque prodotto (o non impedito). Ne consegue che, tra le modalità impeditive, i poteri fattuali assumono un ruolo prioritario proprio in virtù della loro capacità di incidere in modo diretto e immediato sul decorso causale. Eppure, l'esercizio di tali poteri materiali, pur astrattamente doveroso, può rivelarsi in concreto impossibile o inefficace.

Sull'estensione della responsabilità omissiva impropria si verifica una frattura tra l'elaborazione teorica e la prassi applicativa. Mentre una parte autorevole della dottrina circoscrive l'operatività dell'art. 40 cpv. c.p. ai soli reati di evento naturalistico²⁰⁰ (specie se a tutela di beni primari come la vita), la giurisprudenza ha abbracciato un'ermeneutica estensiva, priva di divieti precostituiti.²⁰¹ Ciò ha condotto a un'applicazione massiccia della clausola di equivalenza anche a fattispecie di pura condotta, a forma vincolata o di natura formale, spaziando dalla truffa ai reati societari e ambientali. Eppure, tale *allargamento* dell'istituto appare forzato: l'art. 40 cpv. c.p., nato come norma eccezionale, viene di fatto impiegato per

¹⁹⁹ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire*, pp. 651 ss; R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in «Cass. pen.», 2003, pp. 1176 ss.

²⁰⁰ Li definisce "reati causali puri" M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 378 ss., G. FIANDACA, *Il reato commissivo*, p. 181 ss. In senso ancor più radicale si è espresso, limitando l'operatività dell'art. 40, comma 2, c.p. ai soli delitti contro la vita e l'incolumità individuale e pubblica. Secondo tale impostazione, infatti, la peculiare struttura dell'omissione impropria trova giustificazione unicamente nell'esigenza di tutelare beni di rango primario.

²⁰¹ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire*, p. 648.

sanzionare condotte che altrimenti sfuggirebbero alla pena, ponendo seri dubbi di compatibilità con il principio di frammentarietà e rischiando di rompere le maglie della tipicità penale.

In questo scenario, la rinuncia a limitazioni operative dell'art. 40 cpv. c.p. rischia di paralizzare la funzione selettiva del diritto penale, trasformando l'inosservanza di un generico obbligo giuridico in un titolo di reato, con una sostanziale sovrapposizione tra illecito penale e illecito civile o amministrativo.

Al di fuori dell'impedimento di eventi naturalistici in senso stretto, come la morte o lesioni, l'intervento doveroso del garante deve necessariamente articolarsi entro i confini dei poteri normativi espressamente attribuiti dall'ordinamento. Solo un'interpretazione rigorosa, che misuri la portata dell'obbligo sulla base degli strumenti giuridici effettivamente disponibili, consente di preservare l'eccezionalità della clausola di equivalenza e i principi garantistici della materia penale. Per scongiurare contraddizioni sistemiche, è imperativo che le esigenze di tipicità e selettività proprie dei reati commissivi valgano, specularmente, anche per le ipotesi di omissione impropria. Ne discende che, fatta eccezione per le ipotesi di impedimento di eventi naturalistici, l'intervento doveroso del garante deve coincidere rigorosamente con l'esercizio dei poteri conferitigli dalla norma. Tale rigore risponde alla precisa esigenza di ancorare la posizione di garanzia all'alveo della legalità formale²⁰²: affinché il vincolo di protezione possa fondare la responsabilità omissiva impropria, infatti, è necessario che esso si basi su specifici poteri di vigilanza e intervento attribuiti *ex ante* dall'ordinamento, assicurando così che la relazione tra garante e bene tutelato posseda una natura giuridica e non meramente sostanziale. Se si intende salvaguardare l'eccezionalità dell'istituto e le garanzie penalistiche, non si può prescindere da una lettura restrittiva dei poteri impeditivi: l'obbligo di agire esiste ed è sanzionabile solo nella misura in cui l'ordinamento abbia fornito al garante gli specifici strumenti normativi per adempierlo.²⁰³

Individuata la centralità del dato normativo, è opportuno operare un'ulteriore distinzione in merito al contenuto del potere-dovere del garante.²⁰⁴ Il potere giuridico impeditivo, inteso come nucleo essenziale della posizione di garanzia, si fonda sulla necessaria esistenza della possibilità

²⁰² A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini, 1985, pp. 202 ss. e p. 294. L'Autore avverte che fondare la responsabilità sulla sola "signoria di fatto" equivarrebbe a sanzionare la violazione di doveri meramente morali, eludendo così il vincolo di giuridicità dell'obbligo imposto dall'art. 40, secondo comma, c.p.

²⁰³ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire*, p. 660.

²⁰⁴ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, pp. 74 ss., tale orientamento ammette la categoria della "posizione di garanzia" solo a patto di ancorarla saldamente al principio di legalità formale. In quest'ottica, la responsabilità ex art. 40 cpv. c.p. postula che il soggetto sia investito, già in astratto e anteriormente al pericolo, di specifici poteri giuridici (e non meramente fattuali) di vigilanza e intervento. Solo tale preesistenza normativa assicura la necessaria giuridicità del vincolo di tutela tra garante e bene protetto.

giuridica e la concreta possibilità materiale di impedire l'evento: solo la sussistenza di entrambi i requisiti rende configurabile la condotta e punibile l'omissione.

Sotto il profilo strutturale, la dottrina è concorde nello scomporre il potere impeditivo in due momenti logici: una fase *cognitiva* costituita dal dovere di vigilare sull'insorgenza dei pericoli e una fase *esecutiva* individuata nel dovere di intervenire per scongiurarli.²⁰⁵ L'intervento richiesto al garante deve possedere una concreta attitudine risolutiva, tale da essere qualificato dalla norma come *conditio sine qua non* per la salvaguardia del bene protetto. Riemerge qui il paradigma del dominio sul decorso causale teorizzato da Schünemann il quale eleva il garante a figura centrale dell'istituto²⁰⁶. Comunque, la rilettura di tale categoria alla luce dei principi costituzionali impone una precisazione fondamentale: la posizione di supremazia non scaturisce da mere circostanze fattuali, bensì da una specifica investitura giuridica. È l'ordinamento, infatti, a dover attribuire al soggetto i mezzi, sia giuridici e sia materiali, idonei a paralizzare i fattori di rischio e neutralizzare l'evento lesivo. Tale imprescindibile ancoraggio al dato normativo trova autorevole conferma nella dottrina nazionale, la quale ha manifestato forti perplessità verso l'utilizzo di categorie meramente fattuali o naturalistiche quali criteri generali di imputazione. Si è infatti osservato come l'eccessiva genericità e «volatilità» di simili concetti, di matrice tedesca, li renda inidonei a colmare il deficit di tipicità strutturale che affligge la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p.; trattandosi di nozioni astratte e prive di un solido fondamento giuridico, esse non possono surrogare la necessaria investitura formale, che rimane un requisito irrinunciabile per fondare la responsabilità penale nel nostro sistema.²⁰⁷

²⁰⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 163; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 75.

²⁰⁶ In questa prospettiva, le categorie di *Herrschaft* (dominio) e *Zentralgestalt* (figura centrale), originariamente tacciate di indeterminatezza e carenza di fondamento formale, vengono recuperate in una veste compatibile con i principi di legalità e tassatività, fungendo da utili strumenti ermeneutici per comprendere l'equiparazione tra azione e omissione. Per i rilievi critici mossi alla costruzione originaria di Schünemann, giudicata metodologicamente debole sotto il profilo della garanzia, si vedano: J. BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, pp. 70 ss., il quale osserva come la deduzione dell'*Herrschaft* dalla «natura delle cose» (*Natur der Sache*) dia luogo a un concetto vuoto e manipolabile, fondato su un procedimento analogico altamente discrezionale; J. VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, pp. 351-352, che contesta in radice la pretesa di derivare una responsabilità normativa da un dato meramente fattuale (e indimostrato) quale il dominio sullo spazio di rischio (*Herrschaftsbereich*). In tal senso, la costruzione dell'Autore è parsa a molti più simile a una suggestione descrittiva, priva di un adeguato ancoraggio giuridico tra fatto e norma, che a una rigorosa categoria dogmatica."

²⁰⁷ In tal senso, nella dottrina italiana, si vedano le critiche mosse da G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, pp. 238 ss., il quale, disaminando la teoria di Fiandaca, sottolinea l'eccessiva genericità del concetto di signoria per poter fungere non solo da parametro di equivalenza, ma altresì da criterio di imputazione generale, ribadendo l'irrinunciabilità di un fondamento di natura normativa. In senso analogo I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*, p. 73. Sulla stessa linea A. GARGANI, *Ubi culpa ibi omissio*, p. 584, secondo cui la «volatilità» del concetto di signoria e degli altri contenuti elaborati dalla dottrina tedesca non consente di sanare il deficit di tipicità dell'art. 40 cpv. c.p., mancando essi stessi di base normativa.

A tale rigorosa impostazione si contrappone un orientamento più recente e flessibile, mosso dall'urgenza di contrastare il fenomeno della frammentarietà e della conseguente dispersione della responsabilità all'interno delle organizzazioni complesse. In tali contesti articolati, infatti, la spartizione dei ruoli e l'intreccio delle competenze rendono di fatto impossibile la concentrazione in capo a un unico soggetto di un potere impeditivo assoluto e risolutivo. Ne consegue che, pretendere tale requisito per gli illeciti promananti dall'organizzazione, significherebbe creare pericolose zone di impunità.²⁰⁸

La prassi giurisprudenziale, in verità, si è mossa in una direzione diversa rispetto alle categorizzazioni dottrinali sopra esposte. I giudici hanno valorizzato l'indeterminatezza dell'art. 40, comma 2, c.p.: non prevedendo la norma alcuna tipizzazione degli atti impeditivi, la loro individuazione è rimessa alla discrezionalità del giudicante. In quest'ottica, il potere impeditivo non viene ricercato nei soli poteri giuridici formali, bensì nell'intera «dotazione disponibile al soggetto attivo», col solo limite che si tratti di condotte non antiggiuridiche. Si ammette, dunque, la rilevanza penale anche di «strumenti estranei alla funzione» ricoperta.²⁰⁹ Emblematica, in tal senso, è la decisione che ha riconosciuto la responsabilità di un amministratore indipendente per il reato di aggio: la Corte ha ritenuto che il soggetto, pur privo di poteri gestori diretti, avrebbe potuto impedire l'evento ricorrendo a «strumenti esterni alla propria funzione, ma facilmente disponibili, come l'informazione a mezzo stampa».²¹⁰

È evidente che tale dilatazione ermeneutica rischia di snaturare la fisionomia classica della posizione di garanzia. L'estrema duttilità del concetto, specie se applicata a obblighi dal contenuto indeterminato, finisce per trasformare il garante in un soggetto tendenzialmente «onnipotente», su cui incombe il rischio di una responsabilità quasi oggettiva, fondata sull'assunto che, in astratto, egli avrebbe sempre potuto tentare qualcosa per impedire l'evento.²¹¹

²⁰⁸ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in «Rivista Societaria», 2012, pp. 334 ss; F. CENTONZE, *Controlli societari*, pp. 165 ss.

²⁰⁹ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011- dep. 20 luglio 2011, n. 28932, Tanzi, est. G.G. SANDRELLI, in *Ced*, rv. 253755, con nota di G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, in «Rivista Dottori Commercialisti», 2012, p. 187 ss.

²¹⁰ Cass. pen., sez. V, 4 maggio 2011- dep. 20 luglio 2011, n. 28932.

²¹¹ A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, Aracne, 2011, pp. 106-107: l'Autore stigmatizza la tendenza a capovolgere il rapporto tra dovere e potere, convertendo il principio per cui «si deve in quanto si può (giuridicamente)» nella regola fattuale secondo cui «si può (naturalisticamente), e quindi si deve».

Capitolo II

Il concorso di persone nel reato

SOMMARIO: 2.1 Le teorie sulla natura del concorso di persone nel reato. – 2.2. Gli elementi essenziali del concorso di persone nel reato. – 3.3. L'impostazione della disciplina tedesca in materia di concorso.

2.1. Le teorie sulla natura del concorso di persone nel reato.

Il reato, non diversamente dalle attività lecite, può scaturire dall'unione delle energie e delle volontà di più soggetti. Il principio secondo cui il risultato di un'azione collaborativa appartiene a chi ne ha fatto parte trova piena corrispondenza anche nel diritto penale: l'illecito realizzato congiuntamente viene considerato *opera propria* di ciascun partecipe. Tale fenomeno trova la sua regolamentazione giuridica nell'istituto del concorso di persone, il quale stabilisce le condizioni affinché il fatto collettivo sia imputabile ai singoli agenti.

In tale ottica, le disposizioni in materia di concorso svolgono un ruolo essenziale di integrazione del sistema penale: esse rendono sanzionabili quei contributi partecipativi che non rientrerebbero autonomamente nella descrizione del fatto tipico. Poiché le fattispecie di parte speciale sono strutturate prevalentemente sulla figura del singolo autore¹, le norme sul concorso colmano questa lacuna, assicurando la salvaguardia del bene protetto anche quando l'offesa è il risultato di una cooperazione tra più soggetti.²

¹ La struttura monosoggettiva delle fattispecie incriminatrici rappresenta una costante nei moderni sistemi penali, incluso quello italiano. Un peculiare scostamento da tale paradigma si rinviene nel codice penale norvegese, il quale integra la disciplina del concorso direttamente nelle singole norme di parte speciale, sanzionando espressamente chiunque «cagioni o cooperi» alla realizzazione del fatto. Sul punto si veda S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1987.

² C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, Priulla, 1952, p. 6.

Negli ordinamenti giuridici di stampo liberale, vincolati al rispetto del principio di legalità formale, la disciplina del concorso di persone pone il legislatore di fronte a un'alternativa tra due paradigmi normativi: il modello *differenziato* e il modello *unitario*.³ Il primo approccio si caratterizza per una tipizzazione autonoma e specifica delle diverse forme di partecipazione: il legislatore descrive e distingue i ruoli dei concorrenti (come ad esempio, l'autore, l'istigatore o il complice), attribuendo a ciascuno una qualifica formale distinta.⁴ Al contrario, il modello unitario⁵ rinuncia a tali distinzioni in favore di una tipizzazione basata sul nesso di causalità. In quest'ottica, ogni condotta idonea a cagionare l'evento lesivo viene ricondotta alla medesima fattispecie concorsuale. Vige, dunque, il principio dell'equivalenza delle condotte e della pari responsabilità: tutti i concorrenti rispondono del medesimo titolo di reato e alla medesima cornice edittale, demandando alla fase di commisurazione della pena il compito di graduare la sanzione in base all'effettiva gravità del contributo prestato.⁶

Nella realtà degli ordinamenti positivi, la contrapposizione tra i due modelli non si presenta sempre in modo netto e definito. Al contrario, si assiste spesso a forme attenuate, forme *mutevoli*, dove il confine teorico tra sistema unitario e differenziato tende a sfumare.⁷ In tal senso, ne è esempio l'ordinamento francese: pur conservando una tipizzazione formale differenziata per le figure di complicità, esso adotta una logica sostanzialmente unitaria sul piano delle conseguenze, prevedendo una totale equiparazione del trattamento sanzionatorio. L'adesione al modello unitario di tipizzazione non deve essere confusa con l'adozione di una concezione onnicomprensiva di *autore*. Anzi, tale scelta normativa si concilia meglio con una visione restrittiva della fattispecie, affidando alle norme sul concorso il compito di estendere la punibilità a condotte che, pur prive di tipicità autonoma, hanno contribuito all'evento. Due evidenze confermano che il modello unitario non conduce necessariamente a esiti di dilatazione della responsabilità. In primo luogo, sul fronte del tentativo di partecipazione, il sistema italiano dimostra come sia possibile coniugare l'unitarietà con il massimo rigore selettivo: non solo non si punisce ogni forma di tentativo, ma si esclude la sanzione penale anche per l'istigazione e l'accordo non seguiti da reato. In secondo luogo, il modello regge il confronto anche con i reati

³ C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 547 ss.

⁴ Come si vedrà in seguito, il codice Zanardelli ha adottato codesta tipizzazione compiendo una distinzione tra compartecipi primari (esecutore, cooperatore immediato e determinatore) e i compartecipi secondari, per i quali erano previste pene più basse.

⁵ Il codice Rocco, improntato su un modello unitario considera rilevante ai fini della responsabilità penale qualsiasi apporto dato alla realizzazione del reato: il contributo concorsuale è tipizzato non su specifiche e differenziate modalità di partecipazione, ma sul contributo causale dato alla commissione del reato.

⁶ M. ROMANO, G. GRASSO, *Commentario Sistematico del Codice Penale, Vol. II (art. 85-149)*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 128 ss.

⁷ O. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Manz, 1983.

a soggettività ristretta: i reati propri e di mano propria. L'unitarietà del titolo di reato non obbliga a ignorare le qualifiche soggettive o la necessità di una condotta personale; impone piuttosto di valutare, caso per caso, se il disvalore del fatto richieda che l'azione esecutiva o la qualifica appartengano a uno specifico concorrente.⁸

È opportuno analizzare come queste visioni di politica criminale abbiano trovato concreta applicazione nel nostro ordinamento interno. Il modello a tipizzazione differenziata ha rappresentato la scelta privilegiata delle codificazioni ottocentesche preunitarie.⁹ Il Codice penale del Granducato di Toscana del 1853 si è distinto per una rigorosa classificazione dei concorrenti. La disciplina operava una differenziazione tra chi realizzava il reato e chi, invece, ne facilitava l'esecuzione o ne forniva gli strumenti. Tale impostazione legislativa è stata accolta dalla scienza giuridica del tempo consacrando il principio per il quale la responsabilità dovesse essere commisurata al ruolo ricoperto; si consolida, pertanto, la distinzione tra l'autore principale, ovvero colui che realizza la condotta tipica consumata, e le figure dei delinquenti accessori, la cui punibilità era commisurata al peso specifico del loro contributo nel disegno collettivo criminoso.¹⁰

È proprio in questo contesto dottrinale che si innesta l'opera del legislatore unitario. Sotto un profilo generale, il Codice del 1889 si caratterizza per un forte ancoraggio alle tradizioni nazionali, alla moralità pubblica e alle pregresse correnti scientifiche, garantendo così una concreta aderenza alla realtà sociale dell'epoca e alle sue esigenze. Sul piano della tecnica legislativa, il testo viene redatto secondo rigorosi canoni di sintesi e chiarezza: una scelta precisa, volta a sanare l'incoerenza sistematica che affliggeva le fonti preunitarie e a scongiurare il rischio di nuove incoerenze, offrendo una riformulazione della materia più ordinata e razionale.¹¹ È proprio all'interno di questa rinnovata cornice sistematica che si

⁸ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 130.

⁹ Il Codice delle Due Sicilie (1819), che adottò un sistema differenziato basato sulla distinzione tra autore e complici (necessari o meno), modulando la sanzione in virtù del principio di gradualità. Tale modello fu recepito anche dal Codice di Parma, Piacenza e Guastalla (1820), che, distinguendo tra autore, agente principale e complice, commisurava la pena all'efficienza causale del contributo. (P. SEMERARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, CEDAM, 1986, pp. 74 ss.).

¹⁰ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, Tip. Giusti, 1867, pp. 283 ss.; l'Autore riepilogando individua cinque categorie differenti di soggetti: i motori, gli autori, gli ausiliari, i continuatori e i fautori. È rilevante individuare il momento nel quale si configura la complicità; se l'atto si consuma quando il diritto è già stato violato e non è più violabile, si configura una complicità. Contraria è la situazione nella quale il delitto è sempre violabile e l'atto sopraggiunto dopo la prima violazione lo ha realmente offeso di nuovo; esse è una ulteriore lesione arrecata al medesimo bene della vita e costituisce una prosecuzione della prima offesa e un atto di complicità.

¹¹ L. LUCCHINI, *La terza serie della Rivista Penale*, in «Rivista Penale», 31, XVI, 1890, pp. 7-8; «Ma se il nuovo Codice stampa un'orma notevole nell'evoluzione progressiva della legislazione e traccia nuovi orizzonti per la dottrina, le tradizioni nazionali, lo stato dei costumi, della moralità pubblica e della delinquenza, il coordinamento con le altre leggi e istituzioni, e le antiche correnti scientifiche, alle quali non ha potuto interamente sottrarsi, nello stesso tempo che ne stabiliscono la migliore confacenza pratica e concreta alle presenti condizioni della vita, della

colloca la disciplina della compartecipazione criminosa. In linea di continuità con la concezione dei codici preunitari e ispirandosi a questi ultimi, il Codice Zanardelli struttura l'imputazione plurisoggettiva secondo un modello differenziato puro.¹²

Il legislatore opera una netta cesura tra la responsabilità principale dei coautori e quella accessoria dei complici, ancorando la misura della pena alla qualifica formale rivestita dal singolo concorrente all'interno dell'iter criminoso. Sotto il profilo sanzionatorio, tale impianto mira ad attuare un principio di giustizia distributiva: la pena non viene assegnata indistintamente, ma calibrata sull'effettiva efficienza causale del contributo, garantendo così una risposta punitiva esattamente proporzionale all'incidenza che ciascun concorrente ha avuto nella consumazione del reato.¹³ L'architettura del sistema mostra evidenti fragilità proprio nella definizione delle figure apicali. Più che delineare una nozione unitaria di autore, il Codice Zanardelli si limita ad estendere la massima responsabilità penale a soggetti diversi dall'esecutore materiale, includendovi chiunque presti una *cooperazione immediata*.¹⁴

Il nucleo normativo della disciplina è racchiuso nel dettato dell'art. 63, il quale sancisce che quando più persone concorrono nella esecuzione di un reato, ciascuno degli *esecutori* e dei *cooperatori immediati* soggiace alla pena stabilita per il reato commesso. Alla stessa pena soggiace colui che ha determinato altri a commettere il reato; ma all'ergastolo è sostituita la reclusione da venticinque a trenta anni, e le altre pene sono diminuite di un sesto, se l'esecutore

cultura e della civiltà nostra, dimostrano come esso sia suscettibile di ulteriori miglioramenti. Laonde, anziché chiudere un ciclo scientifico ed essere l'ultima parola della scienza o l'ultima espressione di una scuola, il nuovo Codice va considerato come altra delle pietre miliari che nel suo cammino trionfale segna la scienza, la quale giammai s'arresta e sempre intende a nuovi progressi e svolgimenti».

¹² In prospettiva storica si veda M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini. 1874-1900*, in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, XVI, 1987, p. 138. L'Autore sottolinea come il Codice Zanardelli costituisca un «elemento innovatore fortissimo», capace di sanare l'incoerenza sistematica che affliggeva i codici preunitari attraverso una riformulazione più sintetica e ordinata della materia. Tuttavia, osserva Sbriccoli, proprio tale vigore riformista e le nuove definizioni adottate finirono per generare inedite difficoltà applicative, richiedendo un intenso sforzo ermeneutico da parte della dottrina per colmare le lacune del testo. Si legge, per l'appunto: «Tale vigore innovativo creerà problemi applicativi, specie nei primi tempi, e ad essi la rivista cercherà di dare risposte, nella convinzione che tale opera iniziale varrà anche in prospettiva a migliorare lo stesso codice».

¹³ M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, in «Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale», 1984, p. 185; L'Autore evidenzia come la struttura binaria del codice Zanardelli (reati principale vs secondaria) fosse espressione del principio del *suum cuique*: tale differenziazione garantiva il rispetto della responsabilità per fatto proprio, laddove l'equiparazione sanzionatoria del complice all'autore finisce per evocare una responsabilità per fatto altrui. In quest'ottica, il rigore nei distinguo tipico del 1889 rifletteva uno «spirito sinallagmatico e di giustizia distributiva» di matrice liberale, successivamente sacrificato dal Codice Rocco in nome di una diversa politica criminale.

¹⁴ In senso critico si vedano G. BETTIOL, L. PETTOELLO, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, CEDAM, 1986, pp. 655 ss. Gli Autori sottolineano come l'introduzione della figura del «cooperatore immediato» abbia di fatto obliterato ogni netta linea di demarcazione tra autoria e complicità. Tale indeterminatezza, svuotando di valore tassativo le previsioni degli artt. 63 e 64 del vecchio codice, finiva inevitabilmente per demandare la concreta applicazione della disciplina all'arbitrio del giudice.

del reato lo abbia commesso anche per motivi propri. Proprio l'indeterminatezza semantica¹⁵ della formula «cooperatori immediati» costituisce il vero punto debole della disciplina.

Il dettato dell'art. 64 si rivolge invece alle forme minori di concorso, catalogando tre diverse modalità di complicità secondaria. Per queste figure, il legislatore stabilisce la diminuzione della pena per la metà, subordinandolo però al requisito negativo della *non necessarietà* causale. La disposizione interviene quando l'agente: avesse eccitato o rafforzato la risoluzione a commettere il reato, o avesse promesso assistenza o aiuto da prestarsi successivamente alla realizzazione del reato; avesse dato istruzioni o somministrato mezzi per eseguire il reato;¹⁶ ovvero, infine, avesse facilitato l'esecuzione del reato prestando assistenza o aiuto prima o dopo il fatto.¹⁷

Emerge con evidenza come il legislatore non intenda cristallizzare una nozione teorica di autore, mirando piuttosto a dilatare i confini della responsabilità principale. Per perseguire tale scopo, il testo supera la logica della tipizzazione della tradizione e ricorre a formulazioni aperte, incentrate sulla capacità della condotta di incidere sul risultato finale del reato.¹⁸ Si delinea così un modello a tipizzazione differenziata, la cui logica distintiva non si limita alla qualificazione del fatto, ma si riverbera direttamente sulla commisurazione della pena, graduando la sanzione in base all'apporto causale del singolo.¹⁹ Il Codice assimila nel trattamento punitivo due figure cardine: l'esecutore vero e proprio, artefice dell'azione tipica, e il cooperatore immediato, sebbene la categoria generale di autore resti priva di esplicita formalizzazione. La mancata tipizzazione normativa di cosa costituisca realmente la cooperazione immediata, unita alla difficoltosa distinzione tra quest'ultima e la figura dell'esecutore, apre la strada a un'eccessiva discrezionalità giurisprudenziale, permettendo di sussumere sotto il titolo di correi una vasta

¹⁵ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, pp. 29 ss., riprende un significativo passaggio della Relazione ministeriale per illustrare la ratio della parificazione sanzionatoria. Zanardelli, ricorrendo all'esempio di colui che immobilizza la vittima mentre il complice la colpisce, osservava come il «senso comune» e la «ragione scientifica» imponessero di trattare tale cooperatore alla stregua dell'autore principale. L'obiettivo del codice, precisava il Guardasigilli, non era dunque definire l'autore (inteso pacificamente come l'esecutore immediato), bensì tracciare il confine tra la figura del correo, compartecipe essenziale, e quella del mero complice.

¹⁶ Sul punto, la qualificazione giuridica delle condotte descritte (fornire istruzioni, mezzi, aiuto) fu oggetto di vivace dibattito. Nonostante Zanardelli, nella Relazione ministeriale del 1887, avesse espressamente etichettato questa «seconda forma di complicità» come «materiale», parte della dottrina coeva insisteva nel ricondurre le fattispecie di cui all'art. 64, co. 1, n. 2, nell'alveo del concorso morale, disattendendo così l'interpretazione autentica del Guardasigilli.

¹⁷ Art. 64 Codice Zanardelli: «È punito con la reclusione per un tempo non minore dei dodici anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo diminuita della metà, colui che è concorso nel reato 1. con l'eccitare o rafforzare la risoluzione di commetterlo, o col promettere assistenza od aiuto da prestarsi dopo il reato; 2. col dare istruzioni o col somministrare mezzi per eseguirlo; 3. col facilitarne l'esecuzione, prestando assistenza od aiuto prima o durante il fatto. La diminuzione di pena per il colpevole di alcuno dei fatti preveduti nel presente articolo non è applicata, se il reato senza il suo concorso non si sarebbe commesso».

¹⁸ S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone*, p. 70.

¹⁹ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16 edizione, Milano, Giuffrè, 2003, p. 549

gamma di condotte partecipative.²⁰ Attraverso questo espediente, la volontà colpevole finisce per assorbire interamente la condotta: l'elemento psicologico diventa il parametro esclusivo per identificare l'autore, svuotando di significato la distinzione basata sull'effettiva esecuzione materiale del reato.²¹ Non solo risulta problematico distinguere in concreto l'autore dal complice, ma l'incertezza regna sovrana soprattutto nelle ipotesi di concorso morale, dove diventa quasi impossibile separare la condotta di chi fa sorgere il proposito criminoso da quella di chi ne rafforza semplicemente la volontà già esistente.²²

L'affermazione dei paradigmi della Scuola Positiva e i turbamenti del primo Novecento determinano un ripensamento complessivo della legislazione penale, coinvolgendo inevitabilmente la materia della compartecipazione criminosa. L'assetto codicistico del 1889, espressione del liberalismo ottocentesco, appare ormai obsoleto agli occhi dei contemporanei. Proprio per queste ragioni, nel 1919 il compito di un'organica riformulazione del diritto penale viene affidato dal Ministro della Giustizia Mortara a una Commissione ministeriale guidata da Enrico Ferri. Il mandato prevede la presentazione di un *Progetto preliminare di Codice penale*, assistito da una relazione esplicativa nella quale possano finalmente trovare spazio e attuazione tutti i postulati della dottrina positiva. Assieme a Cesare Lombroso, Ferri incarna i valori della Scuola Positiva, la quale, proponendo l'adozione del metodo scientifico-sperimentale mutuato dalle scienze naturali, imprime una svolta radicale allo studio del diritto penale. Il diritto viene inteso come scienza sociale e l'ordine giuridico come diretta conseguenza dell'osservazione empirica della società. Ne consegue un ribaltamento delle finalità del sistema punitivo: non più la retribuzione morale, bensì la neutralizzazione della pericolosità del reo e la prevenzione dei reati, ponendo così al centro del sistema il dogma della difesa sociale.²³ Per quanto riguarda il concorso di persone, il Progetto Ferri propone un cambio di paradigma basato sull'osservazione criminologica. Considerando l'evento illecito come l'effetto congiunto delle azioni dei

²⁰ Tale vaghezza è oggetto di censura anche da parte dell'Impallomeni, il quale evidenzia l'errore tecnico del legislatore nell'aver fatto riferimento alla fase dell'esecuzione (concetto ampio) piuttosto che al momento dell'atto consumativo (concetto puntuale); (G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Seconda Edizione, Torino, UTET, 1900, pp. 195 ss.

²¹ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, pp. 45 ss.

²² *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul Progetto preliminare di un nuovo Codice penale, vol. IV, parte II, Roma, 1929, pp. 348 ss. Nella relazione si evidenzia come le classificazioni previgenti avessero generato «insuperabili difficoltà» applicative, rendendo vani gli sforzi di dottrina e giurisprudenza nel ricercare un «criterio sicuro» per distinguere tra correità e complicità, specialmente riguardo alla sottile linea di demarcazione tra la determinazione al reato e il mero rafforzamento dell'altrui proposito.

²³ F. L. SIGISMONDI, *La "funzione pratica della giustizia punitiva". Le prolusioni romane di Enrico Ferri*, In «HISTORIA ET IUS», 2013, pp. 1-19.

partecipanti, la norma elimina le distinzioni tra i ruoli e applica a tutti la stessa sanzione.²⁴ Tale livellamento punitivo si fonda sull'idea che ogni concorrente, a prescindere dall'entità del suo contributo, manifesti un analogo grado di pericolosità sociale. Proprio questa centralità della figura dell'autore (piuttosto che del fatto) trova poi il suo pieno riscontro operativo negli artt. 21 e 22, i quali introducono un ampio catalogo di aggravanti e attenuanti.²⁵ Attraverso questo meccanismo, il legislatore mira ad adeguare sartorialmente la risposta punitiva al diverso tasso di pericolosità del delinquente: è dunque tale parametro soggettivo, e non l'oggettiva gravità dell'apporto causale, a giocare il ruolo decisivo nella determinazione concreta della pena.²⁶ Il Progetto Ferri non giunge al traguardo dell'approvazione, travolto dai mutamenti politici dell'epoca; comunque, il suo lascito dogmatico si rivela fondamentale.

La concezione unitaria del concorso trasforma infatti nel pensiero dei legislatori successivi, orientando in modo determinante le scelte che porteranno alla stesura del codice. Il *Progetto Definitivo* del Codice Rocco taglia i ponti con la tradizione delle legislazioni preunitarie e abbandona ogni distinzione formale tra le varie tipologie partecipative. Si afferma il modello unitario, fondato sull'adesione ad una concezione strettamente causale. In quest'ottica, il meccanismo è sicuramente più lineare: qualsiasi apporto che spieghi un'efficacia eziologica nella genesi dell'evento viene riassunto nella fattispecie concorsuale, determinando la totale irrilevanza della distinzione gerarchica tra ruoli principali e accessori.²⁷ Tale criterio oggettivo trova il suo necessario rafforzamento nella *scientia maleficii*, ovvero nella *coscienza* di apportare un contributo al fatto altrui. Questo legame soggettivo si rivela decisivo: esso non solo giustifica l'esistenza di una relazione causale inscindibile tra i vari contributi e il risultato, ma determina anche l'unicità del titolo del reato per tutti i partecipi. Grazie alla *scientia maleficii*, le diverse azioni perdono la loro autonomia per fondersi in un'unica realtà criminosa plurisoggettiva. Va peraltro chiarito che tale consapevolezza non deve essere confusa con il dolo: si tratta di nozioni ontologicamente distinte. Proprio questa autonomia concettuale apre la strada all'ammissibilità del concorso colposo; la *scientia maleficii* si configura infatti come

²⁴Primo comma dell'art. 17 del *Progetto preliminare di Codice penale* disponeva che «chiunque, come autore, coautore o complice materialmente o moralmente concorre in qualsiasi modo al delitto, è sottoposto alla sanzione stabilita per questo».

²⁵ Si veda M. HELFER, *Il concorso di più persone*, p. 55. Il riferimento è all'art. 20 del Progetto, il quale, commisurando la pena alla pericolosità individuale (desunta da movente, personalità e modalità del fatto), rendeva ammissibile che un soggetto venisse punito più severamente pur avendo prestato un concorso «obiettivamente meno importante», qualora la sua personalità rivelasse una maggiore capacità criminale.

²⁶ P. SEMARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1986, p. 89. Tuttavia, il principio di equivalenza non è assoluto. Il secondo comma dell'art. 17 introduce infatti un correttivo basato sulla valutazione personologica: la norma prevede una diminuzione di pena laddove la specifica modalità di partecipazione sia sintomatica di una minore pericolosità sociale dell'agente.

²⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2024, pp. 491 ss.

un elemento strutturale neutro, capace di fungere da fattore unificante sia per le fattispecie dolose che per quelle colpose.²⁸ In definitiva, il vincolo posto dai Lavori preparatori è tassativo: si può parlare di concorso di persone solo a condizione che vi sia il medesimo titolo di reato ascritto ai compartecipi. Ciò comporta l'incompatibilità tra diversi elementi psicologici nel medesimo contesto illecito: se l'autore risponde di un delitto doloso, non vi è spazio per configurare in capo al concorrente una responsabilità per colpa.

Con la formulazione del 1930 si assiste al definitivo superamento delle tassonomie ottocentesche. Il legislatore abbandona le distinzioni tra partecipazione primaria (correatità) e secondaria (complicità), così come quelle tra concorso morale e materiale, tra correi e cooperatori immediati, o tra complici necessari e non necessari.²⁹ La scelta di adottare un modello a tipizzazione unitaria su base causale risponde a una ratio prettamente politico-ideologica, funzionale alle esigenze di «difesa sociale» e «lotta al crimine» proprie dello Stato fascista.³⁰ L'art. 110 c.p. si struttura come una clausola generale, la quale necessita di criteri solidi capaci di determinarne la portata anche perché essa si limita solo a ribadire quanto già scritto nel titolo, senza spiegare concretamente quali siano i requisiti necessari per punire il concorso.³¹ Leggendo tale clausola in combinazione con i reati previsti dalla Parte Speciale, il sistema riesce a catturare nell'area del penalmente rilevante anche quei comportamenti accessori che altrimenti sfuggirebbero alla sanzione. Si tratta di uno strumento tecnico che funge da moltiplicatore di fattispecie³², permettendo di reprimere tutte quelle attività che, sebbene non rientrino strettamente nella condotta tipica, contribuiscono comunque a ledere l'interesse protetto.

²⁸ *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume V, Parte I, Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco sul Libro I del Progetto, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, pp. 170 ss.; Si trattava di una sorta di «vincolo di solidarietà», che avvinceva le varie azioni dei compartecipi, conferendo carattere unitario all'illecito pluripersonale.

²⁹ *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Volume V, Parte I, Relazione del Guardasigilli Alfredo Rocco sul Libro I del Progetto, Roma, Tipografia delle Mantellate, 1929, p. 165.

³⁰ Considerata la realizzazione collettiva dell'illecito come un fenomeno particolarmente allarmante, il Codice mira a un inasprimento della risposta punitiva. La disciplina basata sulla gerarchia dei ruoli (autore e complice) viene giudicata troppo debole: per contrastare efficacemente questa forma di delinquenza, si opta quindi per strumenti repressivi più drastici rispetto alla tradizione giuridica precedente. (M. DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità*, pp.184 ss.).

³¹ La stessa rubrica dell'art. 110 c.p. («Pena per coloro che concorrono al reato») palesa l'abbandono della distinzione formale tra i diversi compartecipi, trasferendo il baricentro della valutazione dalla tipicità della condotta al momento della commisurazione sanzionatoria.

³² Cass. pen., VI, 12 aprile 1995, n. 6990, in «Cassazione penale», 1996, 3308, nella quale si afferma che l'art. 110 c.p. costituisce un «veicolo normativo di espansione punitiva conseguente al giudizio di riprovevolezza penale dell'autore».

L'intero titolo è stato oggetto di severe censure di incostituzionalità a causa di un evidente deficit di tassatività da parte della dottrina.³³ In particolare, l'art. 110 c.p. è stato considerato come emblema di un diritto penale di stampo illiberale e repressivo, venendo qualificato altresì come norma priva di tipicità.³⁴ Ulteriori critiche evidenziano come tale disposizione non solo violi il principio di determinatezza, ma, omettendo qualsiasi descrizione delle condotte partecipative, finisca per equiparare, in violazione ai principi di uguaglianza e giustizia, qualsiasi forma di contributo al reato. Come emerge nitidamente dai Lavori Preparatori, il Progetto, pur sancendo una formale «eguaglianza di responsabilità» per tutti i concorrenti, riserva alla fase di commisurazione della pena il compito di distinguere le posizioni, basandosi sulla «maggiore o minore pericolosità» di ciascun agente. Tale impostazione, però, delega integralmente al giudice la delicata fase della graduazione della responsabilità, riproponendo le medesime criticità riscontrate nel codice Zanardelli.³⁵

La dottrina si è posta il problema di giustificare sul piano dogmatico la punibilità dei contribuenti concorsuali atipici. Una prima spiegazione è stata fornita dalla c.d. *concezione causale o estensiva di autore*. Tale impostazione determina come punto di partenza e base della concezione della partecipazione delittuosa la teoria della causalità; la partecipazione non sarebbe altro che la causazione del fatto antigiuridico. L'adozione di questo paradigma comporta la necessaria svalutazione delle differenze qualitative tra i diversi apporti, poiché ogni condizione necessaria all'evento viene elevata a causa dello stesso. Sul piano normativo, ciò si traduce in un modello di tipizzazione unitaria che attrae ogni concorrente nella figura dell'autore, rendendo teoricamente superflua la distinzione tra correi e complici.³⁶ Questa impostazione, che attualmente appare del tutto isolata nel dibattito scientifico nazionale, si espone a critiche sostanziali riguardanti la tenuta del sistema. Il limite principale risiede nel processo di astrazione che trasforma il reato da una specifica modalità di aggressione tipizzata a una generica offesa di interessi protetti, trascurando il rigore degli elementi oggettivi e soggettivi che definiscono l'illecito. Una simile prospettiva entra in inevitabile attrito con il principio di tipicità, cardine dell'ordinamento penale. Come rilevato da Gallo, rinunciare alla struttura rigorosa della fattispecie equivarrebbe a smantellare quel presidio interpretativo che costituisce, ancora oggi, la più solida garanzia per la certezza del diritto.³⁷

³³ G. VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in «Rivista italiana diritto e procedura penale», 2002, pp. 34 ss., si legge che tale articolo sia il «più anticostituzionale che esista nell'ordinamento penale italiano»

³⁴ S. SEMINARA, *Tecniche normative*, pp. 51 ss.

³⁵ *Lavori preparatori del Codice Penale*, pp. 167 ss.

³⁶ M. ROMANO, *Commentario Sistematico*, p. 134; F. ANTOLISEI, *Il rapporto di Casualità nel diritto penale*, Padova, CEDAM, 1934, pp. 247 ss.;

³⁷ M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 14.

La soluzione formulata dalla dottrina tedesca risiede invece nella teoria dell'*accessorietà* secondo la quale la punibilità del fatto accessorio, individuato nel contributo atipico, si giustifica in quanto *accede* alla condotta dell'autore che realizza il fatto principale.³⁸ Le condotte di agevolazione e istigazione troverebbero il fondamento della loro incriminazione nella relazione di indipendenza del fatto realizzato dall'autore per un *procedimento di qualificazione indiretta*. La teoria dell'*accessorietà*, si declina in differenti livelli di intensità a seconda dei requisiti richiesti per la configurazione del fatto principale. Tale gradazione si articola solitamente in tre stadi: l'*accessorietà* minima, che subordina la punibilità del partecipe alla mera realizzazione di un fatto conforme al tipo legale; l'*accessorietà* limitata, paradigma di riferimento nella riflessione penalistica prevalente, che esige che il fatto sia non solo tipico ma anche antiggiuridico; e, infine, l'*accessorietà* estrema, laddove la rilevanza penale del contributo atipico è condizionata anche alla presenza della colpevolezza in capo all'autore materiale.³⁹

L'orientamento dottrinale prevalente in Italia individua nell'art. 115 c.p. il baricentro normativo della teoria dell'*accessorietà*. Tale disposizione, sancendo l'irrilevanza penale dell'accordo e dell'istigazione qualora non sfocino nella realizzazione del delitto, funge da pilastro per un sistema che nega la punibilità del tentativo di partecipazione.⁴⁰ In quest'ottica, l'*accessorietà* cessa di essere una mera astrazione teorica per configurarsi come la proiezione scientifica di un regime esplicitamente sancito dal legislatore; ne consegue che, finché il fatto principale non viene posto in essere, il contributo del concorrente atipico rimane confinato in una sorta di *nulla giuridico*⁴¹, privo di autonoma rilevanza sanzionatoria. La responsabilità del partecipe resta dunque subordinata alla condizione imprescindibile che un terzo realizzi il fatto tipico, confermando come nel nostro ordinamento la punibilità delle condotte di ausilio (accordo o istigazione) sia sempre mediata dalla concreta esecuzione della fattispecie incriminatrice da parte dell'autore materiale.⁴² Appare tuttavia eccessiva la pretesa di fondare l'intera teoria

³⁸ C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 549; T. PADOVANI, *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, in «Rivista italiana di diritto procedura penale», 2003, p. 396, l'Autore ritrae la struttura della partecipazione attraverso una visione che potremmo definire «eliocentrica», dove l'esecutore materiale costituisce il fulcro indispensabile dell'intera vicenda. In tale ottica, l'*accessorietà* assume la funzione di una forza attrattiva necessaria: essa diviene il meccanismo che governa le relazioni tra il centro (l'autore) e la periferia (i concorrenti), rendendo giuridicamente rilevanti condotte che altrimenti vagherebbero nel vuoto dell'irrilevanza penale.

³⁹ A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, Morano, 1964, pp. 70 ss.

⁴⁰ C. PEDRAZZI, *Il concorso*, p. 28; M. ROMANO, *Commentario Sistematico*, p. 135, questa scelta del legislatore riflette il passaggio da un modello di «diritto penale dell'intenzione» a un «diritto penale del fatto», dove la volontà di cooperare (accordo) diventa rilevante solo quando si traduce in un'offesa concreta o in un tentativo punibile.

⁴¹ M. ROMANO, *Commentario Sistematico*, p. 135.

⁴² Parte della dottrina contesta l'idoneità dell'art. 115 c.p. a fungere da fondamento normativo per la teoria dell'*accessorietà*. Più che avallare una specifica costruzione dogmatica, la disposizione appare come un presidio irrinunciabile dei principi di materialità e offensività, propri di un sistema a base oggettiva. Sanzionare il mero accordo o l'istigazione non seguiti dall'azione delittuosa equivarrebbe, infatti, a reprimere la pericolosità

dell'accessorietà esclusivamente sul dettato dell'art. 115 c.p. Tale disposizione si limita a sancire che la responsabilità penale dei concorrenti è subordinata al verificarsi di un fatto di reato almeno tentato, ma non dovrebbe essere utilizzata per condizionare la qualificazione giuridica del contributo concorsuale all'operato materiale dell'autore principale. Ciò comporterebbe il rischio di oscurare la funzione estensiva della punibilità propria delle norme sul concorso, le quali conferiscono rilievo a condotte che possiedono una propria identità normativa nel quadro della realizzazione collettiva dell'illecito.⁴³

Un modello teorico alternativo è offerto dalla teoria della *fattispecie plurisoggettiva eventuale*. Tale impostazione rifiuta la ricerca di un nesso di accessorietà tra partecipe e autore, ritenendo che la tipicità dei contributi vada vagliata alla luce di una nuova entità giuridica. Questa nuova figura di reato nasce dal combinato disposto dell'art. 110 c.p. e della singola norma incriminatrice di parte speciale (si pensi, a titolo esemplificativo, all'integrazione tra l'art. 110 c.p. e le fattispecie di furto ex art. 624 c.p. o di omicidio ex art. 575 c.p.). È rispetto a tale fattispecie complessa, definita «eventuale» poiché la pluralità dei soggetti è solo una delle possibili modalità di realizzazione del fatto, che deve essere misurata la rilevanza penale delle condotte.⁴⁴ L'adozione di questo modello comporta un mutamento logico fondamentale: la rilevanza penale dei comportamenti «atipici», ovvero di quelle condotte che, isolate, non integrerebbero il modello legale monosoggettivo, non viene più derivata da una relazione di dipendenza riflessa dall'azione di un esecutore determinato. Al contrario, la punibilità dei concorrenti discende direttamente dalla collaborazione unitaria dei singoli apporti nella realizzazione del fatto tipico. In quest'ottica, le disposizioni sul concorso assolvono a una funzione estensiva della punibilità, permettendo di incriminare condotte che altrimenti sfuggirebbero al controllo sanzionatorio. La responsabilità non poggia dunque sull'esecuzione materiale di un soggetto specifico, né richiede che in capo a quest'ultimo sussistano tutti i requisiti soggettivi dell'illecito, ma si fonda sull'apporto causale che ogni soggetto fornisce alla genesi dell'evento collettivo, interpretato come un fenomeno unitario e inscindibile.⁴⁵ La difficoltà di tale approccio sistematico è quella di individuare i requisiti fondamentali della

soggettiva dell'autore anziché la lesione effettiva del bene giuridico. Una logica confermata dalla scelta del Codice Rocco: coerente con il sistema del «doppio binario», il legislatore ha escluso la pena per queste condotte, prevedendo unicamente l'applicazione di misure di sicurezza in ragione della sola pericolosità sociale manifestata. (C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 550).

⁴³ Si legge «L'inadeguatezza di questa prospettiva si coglie soprattutto nelle ipotesi di esecuzione frazionata, nelle quali nessuno dei concorrenti realizza per intero il fatto tipico, ma ciascuno di essi ne pone in essere una frazione (es.: A usa violenza nei confronti della vittima e B si impossessa di alcune cose mobili di quest'ultima: esecuzione frazionata di una rapina)» (M. ROMANO, *Commentario Sistematico*, p. 135)

⁴⁴ C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 551.

⁴⁵ M. ROMANO, *Commentario Sistematico*, p. 137; R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 137.

fattispecie e, in conseguenza, la possibilità di determinare le condizioni di base nelle quali più persone possono aver compiuto il fatto in esse sussumibili. In sede di sintesi conclusiva, preme evidenziare come le ricostruzioni dogmatiche qui richiamate, pur assolvendo efficacemente al compito di legittimare la funzione estensiva della punibilità intrinseca al concorso di persone, presentino un limite speculare. Se, da un lato, esse offrono il necessario fondamento teorico per attrarre nel perimetro sanzionatorio contributi che risulterebbero altrimenti atipici, dall'altro non riescono ancora a definire con rigore la soglia minima di rilevanza dell'apporto concorsuale. La questione dei confini ultimi di tale estensione rimane, pertanto, aperta, rischiando di traslare sul piano giurisprudenziale un onere di accertamento che mette a dura prova il principio di determinatezza della fattispecie.⁴⁶

2.2 Gli elementi essenziali del concorso di persone nel reato.

L'articolo 110 c.p. rappresenta la norma cardine che disciplina, nell'ordinamento italiano, il concorso di persone nel reato. La disposizione estende la punibilità stabilendo che, quando più soggetti concorrono nel medesimo reato, ciascuno di essi soggiace alla pena per questo prevista. La formulazione sintetica della norma ha reso necessaria un'intensa attività di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, volta a definirne i contorni applicativi e a colmarne l'apparente indeterminatezza.

La configurabilità di tale fattispecie è subordinata alla sussistenza di precisi elementi costitutivi, distinti sul piano materiale e su quello psicologico. Sotto il profilo oggettivo, la struttura del concorso criminoso richiede l'esistenza di tre requisiti fondamentali: la pluralità dei soggetti agenti, la realizzazione concreta di un fatto riconducibile a una norma incriminatrice e, infine, l'apporto di un contributo causale rilevante da parte di ciascun concorrente. Come requisito soggettivo, invece, è indispensabile che vi sia, almeno in capo a uno dei concorrenti, la coscienza e volontà di cooperare con altri nella commissione del reato.

Il primo requisito si determina dalle prime battute dell'art. 110 c.p., nel quale si legge «quando più persone».⁴⁷ Tale inciso rimanda al concetto cardine della compartecipazione criminosa: la

⁴⁶ M. PELISSERO, *Il contributo concorsuale tra tipicità del fatto ed esigenze di commisurazione della pena. Paradigmi teorici e modelli normativi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, II. Teoria della pena, teoria del reato*, a cura di E. DOLCINI e C.E. PALIERO, 2006, p. 1632.

⁴⁷ Nonostante il codice penale italiano, agli artt. 110 e ss., abbia optato per un modello unitario di concorso, il quale non formalizza alcuna distinzione tra autore, istigatore e complice tipica dei sistemi differenziati, parte della dottrina ha tentato di reintrodurre una classificazione dei ruoli basata sulla teoria del «dominio del fatto» (*Tatherrschaft*). Tale richiamo, tuttavia, appare metodologicamente improprio. La nozione di dominio del fatto, infatti, è sorta nell'ordinamento tedesco per esigenze specifiche: serviva a estendere il concetto di *autore* in un

necessaria presenza di una pluralità di soggetti agenti. Nello specifico, esso impone che il reato sia commesso da un numero di individui superiore a quello che la legge incriminatrice ritiene necessario per l'esistenza del fatto tipico. Ne discende che, nei reati costruiti secondo lo schema della fattispecie monosoggettiva, saranno necessari e sufficienti almeno due soggetti; viceversa, il concorso in un reato plurisoggettivo potrà configurarsi solo attraverso l'intervento di uno o più agenti che pongano in essere condotte atipiche rispetto a quelle individuate dalla norma di parte speciale violata.⁴⁸

Occorre compiere però una precisazione: non tutti i concorrenti devono essere anche puniti. È possibile compiere una distinzione tra soggetti non imputabili e quelli non punibili e ciò sia in virtù di un particolare condizione personale e sia a causa della mancata colpevolezza del concorrente. La validità di questa tesi è agevolmente desumibile dal tessuto normativo, in particolare dal combinato disposto degli artt. 112 ultimo comma,⁴⁹ 111⁵⁰ e 119⁵¹ c.p. La prima di queste norme riconosce espressamente la natura di concorrenti anche in capo ai soggetti non imputabili o non punibili. È l'analisi comparata a chiarire la portata dell'istituto: se l'art. 111 limita il riferimento ai non punibili «una condizione o qualità personale» (ossia a chi, pur colpevole, è esonerato da pena), l'art. 112 utilizza la locuzione «non punibile» in senso macroscopico. Ne consegue che, in sede di concorso, la categoria della non punibilità deve intendersi estesa anche alle situazioni in cui manchi l'elemento della colpevolezza. Tale lettura è sostenuta dall'art. 119 c.p., il quale, disciplinando le circostanze soggettive di esclusione della

sistema che, distinguendo formalmente tra autori e partecipazione anche a fini sanzionatori, rischiava di lasciare impunte condotte sostanzialmente centrali ma formalmente atipiche. Nel nostro ordinamento, al contrario, la tipizzazione unitaria delle condotte concorsuali rende superflua tale distinzione in sede di qualificazione del fatto, demandando ogni valutazione sul diverso peso dei contributi esclusivamente alla fase di commisurazione della pena (M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 151).

⁴⁸ F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, Padova, CEDAM, 2023, pp. 558 ss.; Alla luce di tali premesse, nel nostro sistema non residua alcuno spazio per la figura dell'autore mediato (*mittelbare Täterschaft*). Tale categoria dogmatica, di matrice tedesca, sorse per colmare i vuoti di tutela derivanti dalla combinazione tra una concezione restrittiva dell'autore e la teoria dell'accessorietà estrema (sulle origini storiche cfr. DELL'ANDRO, *Fattispecie*, p. 36; M. GALLO, *Lineamenti*, pp. 70 ss.). In quel contesto, infatti, chi determinava al reato un soggetto non imputabile, ingannato o costretto, non poteva essere punito né come autore (per carenza di tipicità materiale), né come concorrente (mancando un fatto principale colpevole cui accedere). La dottrina elaborò dunque la figura dell'autore mediato per imputare giuridicamente il fatto *all'Hintermann* in virtù del suo «dominio del fatto» (*Tatherrschaft*): l'esecutore materiale veniva degradato a mero strumento (*longa manus*), garantendo così la punibilità della figura centrale dell'episodio criminoso. (M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 152).

⁴⁹ Art. 112, ultimo comma, c.p.: «gli aggravamenti di pena stabiliti nei numeri 1, 2 e 3 di questo articolo si applicano anche se taluno dei partecipi al fatto non è imputabile o non è punibile».

⁵⁰ Art. 111, comma 1, c.p.: «chi ha determinato a commettere un reato una persona non imputabile, ovvero non punibile a cagione di una condizione o qualità personale, risponde del reato da questa commesso, e la pena è aumentata».

⁵¹ Art. 119, comma 1, c.p.: «Le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono».

pena, fa chiaramente riferimento a un ventaglio di ipotesi che spazia dall'imputabilità alle scusanti che precludono la colpevolezza.

Alla luce di tali considerazioni, appare evidente come la figura dell'autore mediato non trovi cittadinanza nel nostro sistema penale. Tale categoria dogmatica è stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca per una precisa necessità di politica criminale: colmare la lacuna repressiva derivante dalla combinazione tra un sistema a tassatività rigida delle ipotesi concorsuali e l'adesione alla teoria dell'accessorietà estrema. In quel contesto, infatti, l'utilizzo di un soggetto non imputabile, ingannato o costretto con violenza (i cosiddetti «strumenti», passivi o dolosi)⁵² generava un vuoto di tutela insuperabile: la condotta del determinatore non era sussumibile nella fattispecie monosoggettiva per difetto di tipicità materiale (non avendo egli eseguito l'azione), né poteva rientrare nelle previsioni concorsuali, mancando un fatto principale colpevole da parte dell'esecutore materiale a cui agganciare la responsabilità del partecipe.⁵³

Tali fattispecie trovano, nel diritto italiano, una collocazione pacifica all'interno della disciplina del concorso di persone. Essendo ammissibile la qualifica di concorrente anche in capo a soggetti non imputabili o non punibili, svanisce quell'esigenza politico-criminale che preoccupava la dogmatica tedesca: diviene superfluo, pertanto, operare una «forzatura delle fattispecie monosoggettive»⁵⁴ per considerare autore chi non ha materialmente eseguito il fatto. Si evidenzia l'impossibilità di recepire la teoria tedesca per ragioni di metodo e di sistema. In primo luogo, essa si risolverebbe in un'inammissibile analogia in *malam partem* e si rivelerebbe priva di utilità pratica, dato che le norme incriminatrici già imputano il fatto a chi si serve dell'altrui condotta. In secondo luogo, sul piano sistematico, l'agente non risponde quale autore mediato, bensì come concorrente ai sensi dell'onnicomprendente art. 110 c.p. (con conseguente applicazione di istituti quali l'art. 115 e le specifiche aggravanti). Infine, emerge una chiara incompatibilità normativa: gli artt. 111, 112 co. 4 e 119 c.p., essendo inseriti nel capo dedicato al concorso, sanciscono definitivamente l'appartenenza di queste ipotesi all'area della compartecipazione.⁵⁵

⁵² Nel lessico della dogmatica, la locuzione «strumento passivo» designa la situazione in cui il soggetto determinato al crimine versi, al momento del fatto, in uno stato di incapacità di intendere e di volere. Diversamente, la categoria dello «strumento doloso» ricomprende l'ipotesi in cui l'esecutore materiale realizzi la fattispecie criminosa in condizioni di piena capacità naturale, agendo tuttavia sotto l'altrui costrizione. In merito all'utilizzo di tale terminologia (G. GRASSO, in M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 139).

⁵³ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 151; M. GALLO, *Lineamenti*, pp. 31 ss.

⁵⁴ G. COCCO, E. M. AMBROSETTI, *Trattato breve di diritto penale*, Padova, CEDAM, 2024, pp. 402 ss.

⁵⁵ F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, pp. 558 ss.

Come secondo elemento costitutivo, sul piano oggettivo, la rilevanza penale del concorso postula imprescindibilmente la compiuta realizzazione degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice. È indifferente che l'azione tipica sia posta in essere integralmente da un solo soggetto o che sia il frutto di un'esecuzione frazionata tra più partecipi; ciò che rileva è che la cooperazione plurisoggettiva permetta al fatto concreto di riprodurre il modello legale descritto dalla norma astratta. Salvo specifiche ipotesi di reato proprio, il nostro sistema non attribuisce rilievo né al ruolo formale assunto dal partecipante, né alla distribuzione interna dell'attività esecutiva. L'integrazione della fattispecie oggettiva può infatti avvenire con modalità eterogenee: l'azione può essere posta in essere integralmente da un unico soggetto, può essere realizzata contestualmente da ciascuno dei concorrenti, oppure può configurarsi secondo lo schema della c.d. *esecuzione frazionata*. In quest'ultimo caso, la condotta tipica non appartiene per intero a nessuno dei compartecipi, ma risulta dalla somma dei singoli apporti parziali.⁵⁶ La commissione del reato costituisce, dunque, l'antecedente logico-giuridico necessario affinché qualsiasi apporto contributivo assuma rilievo penale.

Il fatto oggetto di concorso può configurarsi sia nella forma consumata che in quella tentata, delineando così una distinzione fondamentale per il nostro sistema; mentre è pacificamente ammesso il concorso nel delitto tentato, non trova "cittadinanza" il cosiddetto *tentativo di partecipazione*⁵⁷ (o tentativo di concorso). In altri termini, un atto di ausilio o di istigazione che non sfoci nella consumazione del reato da parte degli altri concorrenti, rimane un *factum* penalmente irrilevante. Tale assunto trova la sua consacrazione normativa nell'art. 115 c.p.⁵⁸, il quale, escludendo la punibilità del mero accordo o dell'istigazione non seguiti dalla commissione del reato, sancisce un principio di portata generale estensibile a tutte le condotte di partecipazione, specialmente quelle atipiche. Queste ipotesi, configurando un c.d. *quasi-*

⁵⁶ In tal senso si vedano G. COCCO, *La fattispecie plurisoggettiva*, p. 404 e G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale*, p. 523.

⁵⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 152; La questione incide significativamente sull'operatività dell'art. 115 c.p.: in base a tale principio, deve escludersi la configurabilità del tentativo in capo all'autore della minaccia o dell'inganno qualora l'esecutore materiale non abbia realizzato il fatto, quantomeno allo stadio del tentativo (M. Gallo, *Lineamenti*, pp. 130-132). Di diverso avviso Latagliata e Fiore, i quali, riconducendo le fattispecie di cui agli artt. 46 e 48 c.p. allo schema dell'autoria mediata, ritengono che la condotta dell'*Hintermann* costituisca già di per sé attività esecutiva. Pacifica è invece l'applicabilità delle norme sulle circostanze (aggravanti, attenuanti e comunicabilità ai compartecipi): rilievo centrale assume l'applicabilità dell'aggravante di cui all'art. 111 c.p. all'ipotesi ex art. 86 c.p., mentre appare assai ridotto il margine operativo degli artt. 116 e 117 c.p.

⁵⁸ Art. 115 c.p.: "c.1 Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato, e questo non sia commesso, nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo.

c. 2 Nondimeno, nel caso di accordo per commettere un delitto, il giudice può applicare una misura di sicurezza.

c. 3 Le stesse disposizioni si applicano nel caso di istigazione a commettere un reato, se la istigazione è stata accolta, ma il reato non è stato commesso.

c.4 Qualora la istigazione non sia stata accolta, e si sia trattato d'istigazione a un delitto, l'istigatore può essere sottoposto a misura di sicurezza."

reato, non danno luogo a sanzione penale ma possono giustificare, previo accertamento della pericolosità sociale dei soggetti, l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata. La norma, infatti, considera tali condotte, segnatamente l'accordo non eseguito (art. 115 co. 2), l'istigazione accolta ma non seguita dal fatto (art. 115 co. 3) e l'istigazione non accolta (art. 115 co. 4), rilevanti non per il danno prodotto, ma solo in quanto indici sintomatici di una spiccata capacità a delinquere.⁵⁹

Definita la necessità materiale del fatto, occorre interrogarsi sulla sua qualificazione giuridica. Ebbene, contrariamente a quanto talvolta ipotizzato, deve escludersi che la sussistenza di un concorso di persone richieda la realizzazione di un fatto che sia, oltre che tipico e cioè conforme alla figura di reato, anche antigiuridico. Una simile conclusione si desume dall'art. 119, comma 2°, c.p.⁶⁰: tale disposizione, infatti, stabilendo che le circostanze oggettive che escludono la pena si estendono a tutti coloro che sono concorsi nel reato, non nega l'esistenza della compartecipazione in presenza di una causa di giustificazione, ma anzi la conferma. Le cause di estinzione della responsabilità penale operano, infatti, proprio sul presupposto e all'interno dello schema logico del concorso: esse si comunicano ai compartecipi proprio in quanto è ipotizzabile, a monte, una situazione di concorso strutturalmente valida.⁶¹ Ne consegue che, ai fini della configurabilità del concorso, è necessario e sufficiente che il fatto realizzato sia conforme al tipo legale, prescindendo dalla sua antigiuridicità.

Come terzo requisito, affinché un soggetto possa rispondere a titolo di concorso, è imprescindibile che egli abbia fornito un apporto concreto alla realizzazione del fatto. L'adozione del modello unitario da parte del Codice Rocco ha comportato un'assenza di tipizzazione legale delle condotte partecipative: il legislatore, infatti, non specifica quali siano i requisiti minimi del contributo. Proprio tale deficit descrittivo solleva una delle questioni più complesse tanto sul versante teorico quanto su quello applicativo ovvero l'individuazione della c.d. *soglia minima* di rilevanza. È proprio in questo spazio di indeterminatezza che diventa cruciale il rispetto dei principi costituzionali. In primo luogo, il principio di legalità (art. 25 Cost.): la mancata definizione degli elementi costitutivi del contributo rischia di ledere i canoni della riserva di legge e della tassatività. In secondo luogo, il principio della responsabilità penale

⁵⁹ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 153 ss.; C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, pp. 550 ss.

⁶⁰ Art. 119 c. 2 c.p.: "Le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato".

⁶¹ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, l'Autore riporta autorevole dottrina, in tal senso cfr. Fiore, Latagliata, Marinucci-Dolcini, Pedrazzi. Si pensi all'ipotesi in cui A e B sottraggano beni a C, il quale aveva preventivamente prestato il proprio consenso (ex art. 50 c.p.) alla sola condotta di A. Ai fini dell'estensione della scriminante anche a B, in virtù del meccanismo di cui all'art. 119, co. 2 c.p., è preliminare l'accertamento del vincolo concorsuale (ossia la consapevolezza di B di cooperare con A). Sussistendo tale requisito, il consenso dell'avente diritto opererà oggettivamente anche a favore di B, essendo irrilevante che questi ne ignori l'esistenza.

personale (art. 27, co. 1, Cost.): la funzione estensiva delle norme sul concorso deve necessariamente arrestarsi di fronte al divieto di responsabilità per fatto altrui, richiedendo che il fatto sia *proprio* del concorrente anche sotto il profilo causale.⁶²

In mancanza di parametri normativi espliciti, il problema ermeneutico centrale diviene stabilire quali requisiti debba possedere un determinato comportamento per potersi dire *contributo* al fatto di reato. La risposta prevalente in dottrina, in linea con l'intenzione storica degli scrittori del Codice, individua tale criterio nel nesso eziologico.⁶³ Secondo questa impostazione, le condotte di partecipazione assumono rilievo penale solo se dotate di efficacia causale, ossia se abbiano esercitato un'effettiva forza condizionante rispetto alla realizzazione del fatto criminoso. Sotto il profilo della tipologia, la dottrina distingue tradizionalmente tra concorso materiale, che si esplica attraverso un aiuto oggettivo prestato in fase preparatoria o esecutiva, e concorso morale⁶⁴, il quale si sostanzia in un impulso psicologico che determina o rafforza l'altrui proposito criminoso. Nello specifico, il concorso materiale si manifesta attraverso una pluralità di apporti che, in ragione del loro diverso contenuto e disvalore, delineano la gerarchia dei ruoli partecipativi. Da un lato, vi è la cooperazione nell'esecuzione della condotta tipica, propria dell'autore che realizza integralmente gli elementi oggettivi del reato e del coautore che ne esegue una parte insieme ad altri. Dall'altro, si colloca il contributo atipico del complice, il quale fornisce un aiuto materiale, in fase preparatoria o esecutiva, che, pur agevolando il fatto, rimane estraneo alla descrizione della fattispecie incriminatrice di parte speciale. Si tratta di due strutture che sollevano problematiche ermeneutiche parzialmente diverse.⁶⁵

⁶² C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, pp. 555 ss.

⁶³ La dottrina ha progressivamente individuato criteri integrativi o sostitutivi rispetto al paradigma causale puro (*condicio sine qua non*), ritenuto insufficiente. Anzitutto, si sottraggono all'applicazione del criterio condizionalistico le ipotesi di esecuzione frazionata, nelle quali il singolo concorrente non realizza l'intera azione tipica, ma solo un segmento della stessa (sul punto v. M. GALLO, *Lineamenti*, pp. 53 ss.; A. R. LATAGLIATA, *Principi*, pp. 92 ss.). Più in generale, per ricomprendere quelle condotte legate al fatto da un nesso effettivo ma non strettamente "condizionante", si è proposto il ricorso alla nozione di causalità agevolatrice o di rinforzo. Infine, secondo impostazioni più radicali, si auspica la sostituzione del criterio causale con quello dell'aumento del rischio, fondato su una prognosi da formulare ex ante. (M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 161).

⁶⁴ È fondamentale distinguere tra concorso materiale e concorso morale: il primo riguarda l'ausilio oggettivo prestato durante la preparazione o l'esecuzione dell'illecito; il secondo, invece, si colloca sul piano soggettivo, identificandosi con l'influenza psicologica esercitata sulla volontà dell'autore (fase ideativa o deliberativa).

Al fine di evitare generiche astrazioni, la dottrina suggerisce di categorizzare i contributi dei compartecipi. La prima distinzione fondamentale intercorre tra il concorso morale (impulso psichico all'ideazione) e quello materiale (ausilio nella preparazione o esecuzione). Nell'alveo del concorso materiale, occorre poi discriminare tra chi realizza un contributo atipico (o di agevolazione) e chi, invece, pone in essere una condotta tipica. Per quest'ultima categoria, che comprende l'autore unico e i coautori, il problema della rilevanza causale è di agevole soluzione: la condotta è punibile in quanto coincide perfettamente con la descrizione legale del reato. Non vi è dubbio, dunque, sulla responsabilità del coautore, sia nel caso in cui il suo apporto sia autonomamente idoneo a consumare il reato (si pensi a due spari, entrambi letali, esplosi simultaneamente da Tizio e Caio), sia nell'ipotesi in cui la cooperazione risulti indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo (come nel caso del furto di un bene inamovibile senza lo sforzo congiunto di più persone).

⁶⁵ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 147 ss.

Nelle intenzioni originarie dei compilatori del Codice Rocco, il modello unitario di concorso doveva rappresentare una naturale estensione dei principi generali della causalità condizionalistica previsti dall'art. 41 c.p.: in quest'ottica, una condotta assume rilievo concorsuale solo se eziologicamente collegata alla commissione del reato. Tuttavia, la tenuta teorica e pratica di questo *modello causale puro* è stata messa a dura prova dalla più recente elaborazione dottrinale, che ne ha evidenziato profonde ambiguità e lacune.⁶⁶

L'aspetto più problematico, tacciato di inaccettabili vuoti di tutela, risiede nell'inidoneità dello strumento accertativo prescelto, ossia la formula della *condicio sine qua non*. Se nell'ambito della teoria generale del reato tale criterio tende spesso a dilatare eccessivamente la responsabilità (richiedendo i correttivi dell'art. 41 c.p.), in materia concorsuale esso finisce paradossalmente per restringere in modo irragionevole l'area della punibilità. Il rigoroso ricorso al giudizio controfattuale, infatti, impedisce di sanzionare tutte quelle condotte che, pur rappresentando un apporto significativo o agevolatore, non risultano strettamente indispensabili per la verifica dell'evento. Le criticità di tale impostazione emergono con evidenza nella casistica: basti pensare al classico esempio di chi fornisca uno strumento da scasso più efficace, idoneo a velocizzare l'apertura di una cassaforte che sarebbe stata comunque violata con i mezzi originari, oppure al caso del c.d. *complice maldestro*, il cui intervento *ex post* risulti ininfluente o addirittura di ostacolo. In entrambe le ipotesi, l'assenza di un nesso di condizionamento necessario, dato che l'evento permarrebbe anche eliminando mentalmente l'apporto, condurrebbe all'assoluzione, lasciando impunte condotte che l'ordinamento ha invece un evidente interesse a reprimere in quanto espressive di una volontà cooperativa nella realizzazione dell'illecito. L'insufficienza del metodo causale classico nel delimitare l'area della partecipazione punibile ha spinto gli interpreti alla ricerca di criteri alternativi. Per superare i limiti della *condicio sine qua non*, sono stati così introdotti i concetti di causalità *agevolatrice* e di *aumento del rischio*, i quali propongono, rispettivamente, una diversa declinazione del legame causale o uno spostamento della verifica al momento della condotta *ex ante*. Tale nesso sussisterebbe in tutte le situazioni in cui la condotta del compartecipe, pur non apparendo condizionante in senso stretto, abbia comunque contribuito al risultato finale, «facilitando la realizzazione dell'evento, accrescendo la certezza della sua attuazione conferendo allo sviluppo del fatto un grado superiore di forza attiva».⁶⁷ Del resto, la stessa

⁶⁶ C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, pp. 563 ss.

⁶⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 166 ss.; La funzione teorica della causalità agevolatrice è quella di assorbire i contributi di mero supporto all'interno dello schema condizionalistico. Secondo tale prospettiva, infatti, se si osserva l'evento nella sua concretezza storica (*hic et nunc*), sfuma ogni distinzione ontologica tra condotte indispensabili e condotte meramente utili: ogni fattore che abbia inciso sulle modalità del fatto diviene,

ammissibilità di una causalità non strettamente necessaria trova riscontro nell'art. 114, co. 1 c.p.⁶⁸ Il legislatore, attribuendo rilievo ai contributi di «minima importanza», ha inteso sanzionare, seppur in misura attenuata, anche le condotte partecipative prive di efficacia determinante, confermando così la punibilità degli apporti meramente agevolatori. Non mancano, però, voci critiche che evidenziano la superfluità della nozione di causalità agevolatrice all'interno del sistema. Si osserva che un nesso di condizionamento è sempre ravvisabile applicando con rigore i canoni classici: è sufficiente, a tal fine, parametrare l'accertamento sull'accadimento reale, *hic et nunc*, ed escludere dal giudizio le serie causali alternative meramente ipotetiche.⁶⁹ In quest'ottica, il dogma causale tradizionale conserva intatta la sua capacità selettiva, permettendo di sussumere nell'area del concorso punibile anche quei contributi che, pur innestandosi su un'azione principale già autosufficiente, ne hanno comunque plasmato la fisionomia concreta. Ne consegue che, per determinare la rilevanza delle condotte partecipative, non occorre invocare criteri integrativi o di rinforzo, essendo il diritto vigente già attrezzato per sanzionare chi contribuisce a un fatto, anche se questo si sarebbe potuto verificare ugualmente per altre vie.⁷⁰

Un significativo filone dottrinale ha inteso superare i limiti della causalità tradizionale elaborando la teoria *dell'aumento del rischio*. Secondo questa impostazione, il criterio di imputazione del concorso atipico non deve essere ricercato in un nesso causale da accertare *ex post*, bensì in un giudizio prognostico di natura probabilistica formulato *ex ante*. In linea con tale prospettiva si pone anche Pagliaro⁷¹, il quale ritiene sufficiente, ai fini dell'elemento oggettivo della compartecipazione, che il soggetto apporti un contributo idoneo a rendere «più

per ciò stesso, condicio sine qua non. La differenziazione tra apporti necessari e apporti teoricamente sostituibili cessa dunque di essere un criterio di imputazione (o di esclusione della responsabilità) per divenire un mero parametro di commisurazione della pena, utile a graduare la sanzione in base all'effettiva imprescindibilità del contributo offerto.

⁶⁸ Art. 114, c. 1: «Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena».

⁶⁹ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 166 ss. Prescindendo persino dall'adesione formale alla teoria della causalità agevolatrice, non si può disconoscere l'efficacia eziologica di condotte quali la fornitura delle chiavi per l'effrazione. Come evidenziato da autorevoli studiosi (tra cui Samson, Albeggiani, Fiandaca-Musco, Marinucci-Dolcini, Pulitanò e Stortoni), l'eventualità che la cassaforte potesse essere violata ugualmente in un secondo momento non elide il nesso causale: tale ragionamento, infatti, farebbe leva su un decorso causale alternativo che non si è mai concretizzato, ignorando che l'evento storico è stato determinato *hic et nunc* dall'ausilio prestato.

⁷⁰ Sul punto v. M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 167, in risposta alle tesi di F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 46 ss. Albeggiani difende la necessità di un criterio di rinforzo argomentando che la formula della condicio sine qua non fallisce di fronte a contributi che si affiancano a cause già sufficienti (c.d. causalità addizionale o cumulativa), citando l'esempio del versamento di combustibile su un edificio già in fiamme.

⁷¹ A. PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, Giuffrè, 1966 p. 60 ss.

probabile l'evento come offesa di beni socialmente rilevanti». La ratio di questo orientamento risiede nella necessità di sanzionare condotte che, pur apparendo utili in fase progettuale o esecutiva, si rivelino a conti fatti non necessarie e, dunque, non condizionanti.⁷² Nonostante il favore di parte della dottrina, che lo ha proposto di volta in volta come modello sostitutivo o alternativo rispetto al paradigma causale, il criterio dell'aumento è stato additato da censure insuperabili. Anzitutto, esso difetta di fondamento normativo: non vi è traccia nel codice di disposizioni che autorizzino una responsabilità fondata sulla mera elevazione del rischio.⁷³ Inoltre, tale impostazione finisce per stravolgere i confini della punibilità: attribuire responsabilità per condotte che non hanno causalmente contribuito alla realizzazione del fatto equivale a sanzionare il tentativo di partecipazione. Si tratterebbe, dunque, di reprimere condotte che, in assenza di efficacia eziologica, l'ordinamento considera penalmente irrilevanti. La struttura del concorso di persone si completa solo con l'integrazione, accanto ai requisiti materiali, di un preciso elemento soggettivo: il dolo di partecipazione.⁷⁴ Sotto il profilo psicologico, la fattispecie concorsuale richiede un *quid pluris* rispetto al dolo del reato monosoggettivo. Alla rappresentazione e volizione del fatto tipico di reato, necessarie secondo le regole generali, deve infatti aggiungersi la specifica rappresentazione e volontà di concorrere, ossia la consapevolezza di fornire un apporto alla condotta altrui per il raggiungimento dell'obiettivo comune. Quest'ultimo elemento è *collante psichico* tra i contributi concorsuali.⁷⁵ Analogamente, non assurge a requisito essenziale la reciprocità della volontà concorsuale, né la sussistenza di una generica volontà comune. Il nostro ordinamento ammette infatti la figura del c.d. *concorso unilaterale*, configurabile allorquando il dolo di partecipazione risieda in capo a uno solo dei concorrenti. Tale ipotesi si verifica tipicamente quando l'esecutore materiale usufruisce dell'altrui apporto attivo o omissivo ignorandone l'esistenza o la provenienza, rendendo così superflua, ai fini della sussistenza del reato, la necessità di una consapevolezza bilaterale dell'azione collettiva.⁷⁶

⁷² M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 178 ss. Il paradigma esplicativo è offerto dal noto caso giurisprudenziale del complice che fornisce un grimaldello rivelatosi poi inidoneo (tanto che la porta viene aperta con mezzi diversi): in tale frangente, l'affermazione di responsabilità non poggia sul criterio condizionalistico (che porterebbe all'assoluzione), ma sulla constatazione che l'apporto, valutato ex ante secondo il metro di un osservatore avveduto, arricchito dalle conoscenze specifiche dell'agente, appariva idoneo ad aumentare le probabilità di successo dell'impresa criminosa.

⁷³ L. VIGNALE, *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1983, pp. 1388 ss.

⁷⁴ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 180.

⁷⁵ Non è necessario che tutti i concorrenti siano reciprocamente consapevoli di concorrere con altri, ma altrettanto vero è che è sola la presenza di tale consapevolezza a permettere l'applicazione delle norme sul concorso di svolgere la funzione di incriminazione (C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 566).

⁷⁶ G. COCCO, *La fattispecie plurisoggettiva*, pp. 417 ss.

Quanto alle modalità di incontro delle volontà, dottrina e giurisprudenza sono ormai concordi nel ritenere non indispensabile l'esistenza di un piano preventivo (il previo accordo): il vincolo soggettivo può validamente formarsi anche in modo estemporaneo, attraverso un'intesa tacita o spontanea sorta nel corso dell'esecuzione stessa.⁷⁷ La sussistenza del dolo di partecipazione assolve a una fondamentale funzione costitutiva: essa consente alle norme sul concorso di estendere l'incriminazione anche a quei soggetti che abbiano fornito un contributo meramente atipico o realizzato una condotta solo parzialmente tipica. Proprio in ragione di tale funzione, la coscienza e volontà di concorrere rappresentano un requisito ineludibile ai fini della punibilità individuale ex art. 110 c.p., anche se non necessariamente richiesto a tutti i partecipanti per la configurabilità oggettiva del reato.⁷⁸

L'assenza del dolo di partecipazione in capo a uno dei soggetti determina, infatti, un mutamento del titolo di imputazione: egli non risponderà di concorso, bensì del reato autonomo se ha realizzato la condotta tipica o non sarà punibile se ha posto in essere solo una condotta atipica. È dunque perfettamente ammissibile una scissione dei titoli di responsabilità. Infine, per quanto concerne i reati a dolo specifico, la giurisprudenza adotta un criterio estensivo: non è indispensabile che la particolare finalità richiesta dalla norma sia perseguita personalmente da tutti i concorrenti, essendo sufficiente che tale scopo animi la condotta di almeno uno dei compartecipi e che gli altri ne siano pienamente consapevoli.⁷⁹

2.3. L'impostazione della disciplina tedesca in materia di concorso.

Un'analisi comparativa tra l'ordinamento italiano e quello d'oltralpe non può che muovere dal dato testuale delle rispettive norme, le quali offrono immediate ed inequivoche indicazioni sulle diverse opzioni di politica criminale sottese. Mentre il Capo III del Codice Rocco si affida alla formula onnicomprensiva di *concorso di persone nel reato*, espressione di un modello unitario improntato all'equivalenza causale, lo *Strafgesetzbuch* cristallizza sin dal titolo la fondamentale dicotomia tra *Täterschaft* (autori del reato) e *Teilnahme* (partecipazione).

⁷⁷ Cass. pen., Sez. V, 15 maggio 2009, in «Riv. Pen.», 2009, 1272.

⁷⁸ Sulla funzione costitutiva del dolo di partecipazione, quale elemento che estende la punibilità a condotte altrimenti atipiche, si M. ROMANO, *Commentario sistematico*, pp. 185ss. È proprio la natura individuale di tale requisito a consentire la c.d. scissione dei titoli di responsabilità: in assenza di consapevolezza reciproca, infatti, il soggetto che agisce con dolo di concorso (es. il fornitore dell'arma) risponderà ex art. 110 c.p., mentre l'esecutore ignaro dell'altrui apporto risponderà esclusivamente del reato monosoggettivo. Diversamente, per i reati a dolo specifico, la giurisprudenza adotta un criterio unitario, ritenendo sufficiente che la finalità particolare sia perseguita da un solo compartecipe, purché nota agli altri.

⁷⁹ C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 567.

Tale divergenza terminologica riflette l'adozione, da parte del legislatore tedesco, di un modello rigorosamente dogmatico-categoriale, in cui la valutazione del contributo individuale non è posticipata alla fase sanzionatoria, ma si radica profondamente sul piano della tipicità.

In termini di tecnica legislativa, l'approccio tedesco si discosta sensibilmente anche dal precedente Codice Zanardelli. Lo StGB si limita infatti a tipizzare le figure principali (autori, coautori, istigazione e complicità) evitando definizioni troppo rigide e lasciando alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di precisarne i confini. Va sottolineato che il codice tedesco non attribuisce rilevanza alla distinzione tra cooperazione necessaria e non necessaria. La vera linea di demarcazione viene tracciata sul piano sanzionatorio: l'obiettivo primario del sistema è differenziare il trattamento punitivo tra chi assume il ruolo di autore e chi quello, meno grave, di semplice complice.⁸⁰

La disciplina della complicità, regolata dal § 25 StGB⁸¹, stabilisce che qualora più persone commettano un reato in concorso, ciascuna di esse debba essere punita come autore. Tale qualificazione presuppone che il soggetto possieda l'idoneità a commettere il reato in questione; pertanto, può essere considerato complice o coautore soltanto chi sarebbe in grado di realizzare la fattispecie come autore unico.⁸² Ne consegue che, laddove il reato richieda una specifica qualifica personale dell'autore, la complicità è configurabile solo in capo a chi possieda personalmente tale qualità. In termini sostanziali, la fattispecie si concretizza nella commissione congiunta del reato attraverso una cooperazione che deve essere al contempo consapevole e volontaria.⁸³

L'azione di concorso si articola dunque sulla coincidenza di un elemento soggettivo, inteso come decisione consapevole e intenzionale, e di un elemento oggettivo, identificabile nella collaborazione materiale.⁸⁴ Da questa struttura derivano i due cardini dell'istituto: l'esistenza

⁸⁰ Voci significative della dottrina tedesca hanno spesso valorizzato i vantaggi del modello unitario, apprezzandone la capacità di adattamento e l'economia procedurale rispetto alle rigide partizioni della teoria differenziata. La riprova della superiore efficienza operativa di tale modello risiede nella sua sopravvivenza nell'ambito delle *Ordnungswidrigkeiten*: per questi illeciti, che richiedono procedure di accertamento rapide e snelle, l'ordinamento tedesco continua ad applicare il concetto unitario di partecipazione, ritenendolo lo strumento più idoneo a garantire la necessaria velocità di reazione dell'ordinamento. Tale assetto non ha sollevato significative obiezioni dogmatiche: la semplificazione imputativa appare infatti tollerabile in un settore caratterizzato da illeciti di natura contravvenzionale. La minore afflittività delle sanzioni previste giustifica, in quest'ottica, l'adozione di un sistema a garanzie meno stringenti rispetto al diritto penale *stricto sensu* (J. WELP, *Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht*, in VOR, 1972, p. 299).

⁸¹ § 25. *Täterschaft*: 1. *Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht.*

2. *Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).*

§ 25. *Autoria*: 1. È punito come autore chi commette il reato da solo o per mezzo di altri.

2. Se più soggetti commettono il reato collettivamente, ciascuno viene punito come autore (coautore).

⁸² R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C.H. BECK, München, 2019, § 44.

⁸³ JOECKS/JÄGER, *Strafgesetzbuch: StGB*, C.H. BECK, 2018, § 25, p. 79.

⁸⁴ R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 44.

di una decisione comune di commettere il reato e la necessità che ogni concorrente fornisca un contributo oggettivo all'esecuzione. La complicità si caratterizza infatti per una cooperazione fondata sulla divisione dei compiti, in virtù della quale ciascun partecipante considera il proprio apporto come parte integrante dell'azione altrui. Il § 25 StGB opera quindi come una norma di imputazione reciproca, per cui i contributi dei singoli vengono attribuiti agli altri complici.⁸⁵ Tuttavia, tale imputazione reciproca è limitata ai soli elementi oggettivi del reato; al contrario, i requisiti soggettivi specifici, quali le intenzioni di appropriazione o arricchimento, o gli elementi costitutivi dell'omicidio, non si trasmettono e devono sussistere personalmente nella volontà del singolo complice.

Elemento fondante della responsabilità è la decisione comune, o il piano del reato, che presuppone un accordo serio tra almeno due persone per realizzare determinati contributi oggettivi finalizzati alla commissione di un reato doloso.⁸⁶ Tale piano non richiede necessariamente una pattuizione esplicita, potendo basarsi anche su un'intesa implicita,⁸⁷ ma costituisce il parametro imprescindibile per delimitare la responsabilità penale. Il singolo complice, infatti, risponde delle azioni altrui solo entro i confini tracciati dal dolo comune; qualora un compartecipe ecceda i limiti dell'accordo (c.d. eccesso del complice), la responsabilità dell'azione eccedente ricade esclusivamente su di lui, non operando in tal caso alcuna imputazione reciproca.⁸⁸ Parallelamente, l'eventuale errore di persona in cui incorra un partecipante è irrilevante per il suo dolo e, secondo l'orientamento prevalente assimilabile alla disciplina dell'istigazione, tale irrilevanza si estende anche agli altri complici, specialmente laddove l'individualizzazione della vittima fosse stata demandata all'esecutore materiale caduto in errore.⁸⁹

Sotto il profilo temporale, vige il principio di coincidenza, secondo cui la decisione comune deve sussistere al momento della commissione del fatto. Non è, però, richiesto che l'accordo preceda l'inizio dell'esecuzione: è ammessa la corresponsabilità successiva, ovvero l'adesione al piano criminoso anche quando l'autore principale si trovi già nella fase del tentativo.⁹⁰ Più dibattuta è l'ipotesi in cui l'adesione avvenga dopo il completamento formale del reato ma prima della sua conclusione fattuale (*Beendigung*); sebbene parte della dottrina neghi la

⁸⁵ R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 44.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ BGH, 4 StR sent. del 399/17, 01 marzo 2018, par. 27 (Berliner Raser-Fall).

⁸⁸ R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 23.

⁸⁹ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlino, De Gruyter, 1963, pp. 311 ss.

⁹⁰ R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 35.

rilevanza penale per mancanza di causalità rispetto al risultato,⁹¹ l'opinione dominante ritiene configurabile una complicità successiva anche in questo intervallo temporale.⁹²

Infine, occorre distinguere le conseguenze giuridiche in caso di rinuncia all'intento criminoso da parte di un complice. Se la rinuncia avviene nella fase preparatoria, assume rilievo determinante la comunicazione agli altri compartecipi. Qualora il soggetto informi i complici del proprio distacco, la giurisprudenza tende a valutare se il contributo già prestato rimanga efficace e se persista una volontà di adesione al reato, ma appare preferibile la tesi che nega in radice l'imputabilità del fatto successivo e, dunque, la complicità del recedente.⁹³

Soddisfatte le condizioni relative all'elemento soggettivo, l'analisi deve necessariamente spostarsi sull'esecuzione congiunta del reato, requisito indefettibile per la configurabilità della complicità, il quale impone che ciascun partecipe fornisca un effettivo contributo oggettivo alla realizzazione dell'illecito. Sulla natura e sull'intensità di tale apporto si è a lungo registrata una dialettica tra formanti: mentre la dottrina⁹⁴, ancorata alla teoria del dominio del fatto, ha tradizionalmente preteso un contributo essenziale, la giurisprudenza ha talvolta ritenuto sufficiente un apporto meramente promozionale o agevolatore.⁹⁵ Comunque, si assiste oggi a una sostanziale convergenza ermeneutica, poiché la Corte federale ha recentemente precisato che la condotta del complice deve esercitare un'influenza *determinante* sull'esecuzione, recependo di fatto il criterio di essenzialità caro alla dogmatica e superando le precedenti controversie di principio.

Secondo l'orientamento così consolidato dalla Suprema Corte,⁹⁶ nei casi in cui non tutti i concorrenti realizzino integralmente gli elementi costitutivi della fattispecie, assume la veste di coautore ai sensi del § 25 comma 2 StGB colui il quale inserisca il proprio apporto nel reato in modo tale che esso appaia come parte dell'azione altrui e, reciprocamente, l'azione degli altri si configuri come complemento della propria. Tale qualificazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, chiamato a operare una valutazione complessiva di tutte

⁹¹ JOECKS, JÄGER, *Strafgesetzbuch: StGB*, p. 88.

⁹² La semplice conoscenza e approvazione di un atto non può tuttavia compensare la mancanza di controllo sull'atto stesso (BGH, 3 StR sent. del 28 novembre 2017, 266/17, par. 11).

⁹³ R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 40.

Diversamente, se il ritiro avviene senza informare gli altri (recesso silenzioso), la complicità rimane possibile, a meno che il contributo preparatorio non sia talmente esiguo da non potersi qualificare come autoria; in tal caso, fallita la qualificazione ex § 25 II StGB, si aprono gli scenari della partecipazione (§§ 26, 27 StGB) o del concordato criminale (§ 30 II StGB). Se invece la rinuncia interviene quando il reato è già nella fase del tentativo, il complice può beneficiare dell'impunità solo soddisfacendo le stringenti condizioni del recesso attivo previste dal § 24 II StGB.

⁹⁴ Si pensi, ad esempio, Roxin (*infra*).

⁹⁵ BGH, sent. del 25 ottobre 1994, 4 StR 173/94, in BGHSt 40, 299, 301; nello stesso senso BGH, ord. del 27 novembre 2018, 5 StR 604/18, par. 4 (secondo cui sono sufficienti atti preparatori o di supporto).

⁹⁶ BGH, ord. del 19 aprile 2018, 3 StR 638/17, par. 7; BGH, ord. del 28 novembre 2017, 3 StR 266/17, par. 8.

le circostanze accertate, fondandosi su criteri sintomatici quali il grado di interesse personale nell'esito dell'azione, l'entità della partecipazione e, soprattutto, il controllo sull'atto o la volontà di esercitarlo; ne consegue che l'esecuzione e l'esito del fatto devono dipendere in modo determinante anche dalla volontà del singolo interessato.

È oltremodo significativo notare come la coautoria non postuli necessariamente la partecipazione all'atto esecutivo centrale, né la presenza fisica sul luogo del delitto; anche un contributo limitato alla fase preparatoria o di supporto può risultare idoneo a fondare la responsabilità ex § 25 StGB. Ciò avviene a condizione che tale apporto non degradi a semplice promozione dell'azione altrui, ma si integri organicamente come parte dell'attività complessiva. In definitiva, sotto il profilo del dominio sull'accadimento, la partecipazione rilevante presuppone che l'autore possa, attraverso il proprio contributo, influenzare l'esecuzione stessa, circostanza che dipenderà in concreto dal rapporto funzionale intercorrente tra il suo apporto specifico e l'atto esecutivo che costituisce il reato.⁹⁷

Alla base della scelta dell'ordinamento tedesco di mantenere il modello differenziato vi è una ferma opposizione ai rischi insiti nella soluzione unitaria. La dottrina d'Oltralpe, infatti, ritiene che appiattire la distinzione tra autore e partecipe sul mero piano causale (principio di equivalenza) comprometta la funzione di garanzia delle fattispecie incriminatrici.⁹⁸ Il sistema differenziato viene dunque preferito perché preserva la valenza strutturale e assiologica delle diverse figure concorsuali: rinunciare a tale distinzione significherebbe degradare la tipicità del fatto a mero criterio di commisurazione della pena, sacrificando il principio di tassatività e determinatezza.⁹⁹ Unica eccezione tollerabile rimane il campo dei reati colposi (*Fahrlässigkeitsdelikte*), dove le minori esigenze di tipicità consentono un approccio meno rigoroso.

⁹⁷ Una partecipazione allo stadio esecutivo non è necessaria; a sostegno di ciò si osserva che anche l'autore mediato è considerato autore ex § 25 I Alt. 2 StGB pur non dovendo comparire sul luogo del delitto. (JOECKS/JÄGER, *Strafgesetzbuch: StGB*, p. 85).

⁹⁸ P. CRAMER, in Vorbem. § 25 ff., in A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, 1997, pp. 396 ss.; si legge che il concetto di autore unico rende quindi superflua la distinzione tra autore e complice, eliminando così molte difficoltà di delimitazione, ma sollevando al contempo nuovi problemi. A causa della sua approssimazione, tuttavia, esso è inadatto al diritto penale con le sue conseguenze giuridiche incisive; «La teoria formale-oggettiva è stata definitivamente privata delle sue fondamenta dalla nuova versione della norma sulla responsabilità penale. Già in precedenza, la principale obiezione sollevata contro di essa si basava sulla sua incapacità di spiegare il fenomeno della responsabilità penale indiretta. [...] Inoltre, a sfavore della teoria formale-oggettiva gioca il fatto che essa riduce una forma evidente di responsabilità penale a semplice partecipazione. Con il riconoscimento esplicito della responsabilità penale indiretta nel § 25 comma 1 StGB la legge abbandona chiaramente questa concezione» (p. 391 ss.).

⁹⁹ L. RISICATO, *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca. Una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2002, p. 290.

Il codice penale tedesco disciplina il concorso secondo una struttura bipartita in cui *autori* e *partecipanti* sono alternative forme di partecipazione. In particolare il § 25 è incentrato sulla figura dell'autore. Il criterio di distinzione è rappresentato dall'elaborazione della teoria del dominio del fatto (*Tatherrschaft*) ad opera di Claus Roxin.¹⁰⁰ Attraverso tale criterio, si è giunti a una più netta demarcazione tra reità e partecipazione: la qualifica di autore viene riservata esclusivamente a colui che detiene la *signoria* sull'accadimento, ossia colui che «ha il potere di decidere il *se* e il *come*» dell'iter criminoso, anche a prescindere da un'esecuzione materiale della condotta tipica.¹⁰¹

Contrariamente a quanto si potrebbe ritenere, la formula «dominio del fatto» non è di così recente formulazione. Essa compare per la prima volta nel 1915 negli scritti di Hegler¹⁰², sebbene con una portata dogmatica limitata: all'epoca, infatti, il concetto non riguardava la distinzione tra autore e partecipe, ma definiva sinteticamente la presenza di tutti i presupposti soggettivi della colpevolezza nell'autore del reato. Solo successivamente, a distanza di anni, Hegler compie l'evoluzione teorica fondamentale, traslando il concetto sul piano della teoria dell'autoria. Occupandosi dell'autore mediato, egli identifica l'essenza di tale figura nella «posizione di supremazia» del retrostante (*Hintermann*) rispetto a un esecutore incolpevole o colposo, qualificando tale controllo egemonico proprio come *Tatherrschaft*.¹⁰³

Di fronte alle difficoltà di applicazione delle tradizionali definizioni di dominio finalistico del fatto, la dottrina ha poi elaborato nuove costruzioni. Si possono individuare tre distinte forme di dominio, considerate, da Roxin, le uniche ipotizzabili: dominio sull'azione (*Handlungsherrschaft*), dominio sulla volontà (*Willensherrschaft*) e dominio funzionale (*funktionelle Tatherrschaft*). Il prototipo classico è rappresentato dalla prima ipotesi, il dominio sull'azione, che si concretizza nell'esecuzione personale del reato. Tale forma di signoria coincide, inevitabilmente, con la fattispecie legale dell'autore immediato prevista dal § 25, comma 1, StGB.¹⁰⁴ Il secondo pilastro della tripartizione roxiniana è rappresentato dalla

¹⁰⁰ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7a ed., Berlino, 2000.

¹⁰¹ L. RISICATO, *Tentativo e compartecipazione*, p. 291.

¹⁰² A. HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechens*, in «Z.Str.W.», 1915, pp. 19 ss. e 184 ss.

¹⁰³ A. HEGLER, *Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft*, in «Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, V», 1929, p. 307 ss.

La teoria del dominio del fatto trova la sua prima, ampia elaborazione scientifica nell'opera di Hans Welzel, il quale raccolse e sviluppò le intuizioni embrionali di Lange. Per Welzel, l'essenza dell'autoria risiede nella «signoria finalistica» sull'evento. Tale concezione è figlia diretta della dottrina dell'azione finale: poiché l'azione umana si definisce come esercizio di un'attività finalizzata a uno scopo, ne deriva logicamente che l'autore del reato è colui che detiene il controllo di tale scopo. In altri termini, è autore chi plasma la realtà fattuale basandosi su una propria decisione di volontà, pilotando l'azione verso il risultato illecito (H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in Z.Str.W., 1939, p. 491 ss.).

¹⁰⁴ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 270 ss.

Willensherrschaft. Tale figura copre l'area dell'autoria mediata (§ 25, co. 1, alt. 2 StGB), ove il dominio sul fatto si esercita *a distanza*: l'autore non agisce fisicamente, ma controlla l'evento governando la volontà di un intermediario, il quale agisce in condizione di errore, costrizione o, secondo l'innovativa estensione di Roxin, in quanto ingranaggio fungibile di un apparato organizzato di potere. Si individuano due modalità operative: il dominio della volontà mediante coercizione e il dominio della volontà per errore. In entrambi i casi, l'agente sfrutta un deficit di libertà o di conoscenza dell'esecutore materiale.¹⁰⁵ Infine, il dominio funzionale si realizza nel contesto della cooperazione plurisoggettiva basata sulla divisione del lavoro. In questo scenario, l'autore non pone in essere la condotta tipica *manu propria*, in quanto manca il dominio sull'azione, né piega la volontà altrui, poiché manca il dominio sulla volontà in senso stretto: egli esercita piuttosto una *Mitherrschaft*, ossia una co-direzione dell'evento criminoso. Questo strumento concettuale è dirimente per tracciare il confine tra la coautoria (§ 25, co. 2 StGB) e la partecipazione accessoria (§ 27 StGB): esso consente di qualificare come autore colui che, pur limitando il proprio intervento alla fase organizzativa o preparatoria, svolge una funzione talmente essenziale da poter bloccare o indirizzare il reato.¹⁰⁶

Dal punto di vista legislativo, il § 25, primo comma, del codice penale tedesco definisce la figura dell'autoria immediata (*unmittelbare Täterschaft*), stabilendo che «è punito come autore chi commette il fatto da sé». Tale previsione copre innanzitutto l'ipotesi lineare dell'autore singolo, ossia colui che realizza un reato monosoggettivo al di fuori di qualsiasi dinamica concorsuale; più precisamente, si qualifica come autore immediato chi integra personalmente tutti i requisiti oggettivi e soggettivi della fattispecie tipica.¹⁰⁷

Se l'autore immediato si identifica in colui che integra i requisiti tipici attraverso una condotta esecutiva propria, l'ordinamento necessitava di una categoria per l'ipotesi opposta. La figura dell'autore mediato viene dunque concepita proprio per chiudere tale varco: essa permette di imputare il fatto a chi lo realizza indirettamente, servendosi di un esecutore non punibile (il c.d. strumento umano), senza costringere l'interprete ad estensioni indebite delle norme sul

¹⁰⁵ La dottrina si è interrogata sulla natura di tale dinamica (che si manifesta attraverso la costrizione o l'induzione in errore), chiedendosi se l'agente retrostante debba rispondere a titolo di istigazione o di autoria vera e propria. Sebbene la questione sia prettamente teorica, data la sostanziale equipollenza sanzionatoria delle due figure nel sistema tedesco, Roxin risolve il dubbio a favore dell'autoria mediata. Secondo l'Autore, il controllo esercitato sulla psiche dell'esecutore è tale da conferire al *dominus* la paternità primaria del reato, rendendo la sua condotta centrale rispetto a quella del mero strumento umano (C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 275 ss.).

¹⁰⁶ Si pensi al caso di scuola del capobanda: egli progetta l'illecito nei minimi dettagli senza prendere parte all'azione esecutiva, cionondimeno gli viene attribuita la qualifica di autore in virtù del dominio funzionale esercitato sull'intera organizzazione del reato (C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 275 ss.).

¹⁰⁷ G. STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Köln, C. Heymann, 2000, pp. 303 ss.; K. BIRKMAYER, *Teilnahme am Verbrechen, in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, II, Berlin, 1908, p. 21.

concorso. Con la riforma del 1975¹⁰⁸, il legislatore ha recepito una dottrina consolidata sin dal XIX secolo, integrando il primo comma del § 25 con la figura dell'autore mediato (*mittelbarer Täterschaft*): la norma punisce espressamente anche colui che commette il fatto *per mezzo di un altro*.¹⁰⁹ L'origine di tale nozione è da attribuire alla dogmatica tedesca del XIX secolo. La genesi dell'istituto è strettamente connessa all'evoluzione della teoria del reato: l'abbandono della vecchia concezione estensiva di autore fondata sulla mera causalità materiale in favore di un modello restrittivo ancorato alla tipicità formale ha creato infatti significativi problemi applicativi.¹¹⁰ In un sistema come quello dello *Strafgesetzbuch*, caratterizzato dalla tassatività delle forme di concorso, l'adozione contestuale del concetto restrittivo di autore e del principio di accessorialità estrema (che subordinava la punibilità del partecipe alla colpevolezza dell'esecutore) ha rischiato di generare intollerabili vuoti di tutela. La figura dell'autore mediato è stata dunque elaborata proprio per colmare tale lacuna, permettendo di sanzionare chi si serva di un esecutore non punibile senza dover forzare le rigide categorie del concorso accessorio.¹¹¹ Del resto, la teoria dell'accessorialità, secondo la quale la punibilità del contributo atipico si giustifica solo in quanto *accede* alla condotta dell'autore principale, funge da perfetto modello teorico per il sistema tedesco, il quale tipizza i contributi concorsuali in termini chiaramente accessori.¹¹² Lo *Strafgesetzbuch* contrappone infatti la figura dell'autore, definito al § 25 come colui che «commette il reato da solo o per mezzo di altri», a quella dei partecipi: «se più soggetti commettono il reato collettivamente, ciascuno viene punito come autore». Emblematico, in tal senso, è il disposto del § 26, ove l'istigatore viene punito solo se «ha determinato dolosamente altri alla commissione dolosa di un fatto antiggiuridico», confermando così la dipendenza strutturale della partecipazione dal fatto altrui.¹¹³

¹⁰⁸ Come precedentemente riportato (*Supra*, Capitolo 1.3) ci si riferisce qui alla *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts*, entrata in vigore il 1 luglio 1975.

¹⁰⁹ Tuttavia, restava irrisolta la questione della punibilità dell'*Hintermann* (l'autore dietro le quinte) qualora l'esecutore materiale agisse con dolo e piena colpevolezza, situazione tipica all'interno di strutture gerarchiche o apparati di potere. Per la celebre teorizzazione dell'autore mediato per «dominio sull'organizzazione» (*Organisationsherrschaft*) che risolve tale impasse, si veda il fondamentale contributo di C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, in «Goltdammer's Archiv für Strafrecht», 1963, p. 200.

¹¹⁰ T. PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 12 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, pp. 502 ss.

¹¹¹ C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, p. 35.

¹¹² L'applicazione rigorosa dell'accessorialità estrema generava un grave vuoto di tutela: richiedendo la colpevolezza dell'esecutore come presupposto per la punibilità del partecipe, essa garantiva l'impunità dell'*Hintermann* ogniqualvolta si servisse di uno strumento non punibile. Neppure il correttivo *de lege ferenda* (il passaggio all'accessorialità limitata) appariva risolutivo se ancorato alla vecchia teoria formale-obiettiva. Quest'ultima, infatti, pur permettendo di punire il retrostante, lo avrebbe degradato a mero partecipe (istigatore o complice), fallendo nel riconoscere il ruolo primario di autore che la coscienza giuridica reclamava (M. GRÜNHUT, *Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme*, in «JW», 1932, p. 366).

¹¹³ C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, p. 552, Una critica trasversale, rivolta sia alla teoria dell'accessorialità che a quella della fattispecie plurisoggettiva eventuale, investe il dogma dell'unicità del reato. Entrambe le ricostruzioni, postulando che tutti i concorrenti rispondano del medesimo illecito, mostrano evidenti limiti logici

Nel quadro del dibattito dottrinale sul sistema della partecipazione, una delle problematiche dogmatiche più complesse risiede nella difficoltà di conciliare la tradizionale teoria dell'accessorietà con le ipotesi di esecuzione frazionata, che si presentano ogniquale volta nessuno dei concorrenti ponga in essere per intero il fatto specifico. Proprio l'esigenza di superare le impasse derivanti dalla mancanza di una condotta principale unitaria e completa ha spinto parte della dottrina a cercare vie alternative per fondare la punibilità. In questo contesto si inserisce il significativo tentativo teorico di Lüderssen¹¹⁴, il quale ha proposto un sistema basato su una *teoria della causalità estensiva*, con l'obiettivo di imputare al partecipe esclusivamente il proprio illecito e la propria colpevolezza, svincolandolo dalla dipendenza verso un autore principale. Secondo questa impostazione, le fattispecie di parte speciale dovrebbero essere interpretate in modo tale che il bene giuridico appaia tutelato contro l'aggressione di chiunque, permettendo così di qualificare la condotta del partecipe come una lesione autonoma del bene stesso. Tale costruzione arriva teoricamente a sostenere la punibilità, a titolo di favoreggiamento, persino in casi in cui l'evento sia innescato da forze naturali, come nell'esempio di chi versa olio su un incendio scoppiato accidentalmente, postulando che l'assenza di un autore umano non debba escludere la rilevanza penale del contributo individuale.¹¹⁵

La terza forma, disciplinata dal secondo comma del § 25, è la coautoria (*Mittäterschaft*): «se più persone commettono il reato in comune, ciascuna è punita come autore». Il nucleo di questa fattispecie risiede nella commissione congiunta del fatto fondata su una decisione comune (*gemeinsamer Tatentschluss*). Questo elemento soggettivo, il piano comune, è il criterio dirimente per distinguere l'autoria collaterale o parallela (*bloße Nebentäterschaft*).¹¹⁶ Quest'ultima, non codificata ed essenzialmente definita in negativo, si verifica quando più

nelle ipotesi in cui, a fronte dello stesso fatto materiale, divergano i titoli di imputazione soggettiva (es. un concorrente agisce con dolo, l'altro con colpa). Per superare tale impasse, parte della dottrina ha elaborato la teoria delle fattispecie plurisoggettive differenziate: secondo tale impostazione, il concorso non genera un reato unico, bensì una pluralità di reati autonomi -tanti quante sono le condotte concorsuali-, unificati esclusivamente dall'identità dell'evento o del fatto storico.

¹¹⁴ K. LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, 1967.

¹¹⁵ Tuttavia, l'analisi critica di tale dottrina rivela come l'aspirazione a una completa autonomizzazione si scontri con la realtà fenomenica del reato concorsuale. Se si guarda all'imputazione dell'evento nella sua forma concreta e nella sua intera estensione, emerge che questo non è stato causato da nessuno dei concorrenti da solo. La dimensione complessiva della lesione del bene giuridico necessita della combinazione delle condotte; pertanto, non è possibile comprendere l'illecito dell'uno senza riferirlo, in modo accessorio, al comportamento dell'altro, confermando la sussistenza di una "accessorietà minima" ineliminabile. Ancor più evidente è il limite nei reati a obbligo speciale (*Sonderpflichtdelikte*), dove il disvalore dell'evento è indissolubilmente legato alla violazione del dovere specifico da parte dell'intraneus, rendendo la punibilità dell'extraneus logicamente dipendente dalla qualifica e dalla condotta del soggetto obbligato (K. LÜDERSEN, *Zum Strafgrund*, pp. 130 ss).

¹¹⁶ J. WESSELS, W. BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, Muller, 2000, pp. 165 ss., secondo cui la realizzazione del fatto tipico postula necessariamente una cooperazione «consapevole e intenzionale».

soggetti agiscono indipendentemente l'uno dall'altro, dando luogo a un incontro casuale di condotte. La distinzione ha cruciali risvolti pratici sul piano dell'imputazione: mentre nella complicità ciascuno risponde esclusivamente del proprio contributo, al coautore viene imputata l'intera realizzazione del reato in virtù del principio di imputazione reciproca.¹¹⁷ Se l'autoria collaterale trova il suo terreno d'elezione nella cooperazione colposa (o concorso di cause colpose indipendenti), confini più incerti si registrano nel distinguere tale figura dall'autoria mediata nei reati dolosi. La problematica emerge, in particolare, nelle ipotesi di *sfruttamento dell'altrui risoluzione criminosa* (*Ausnutzung eines fremden Tatentschlusses*). Tale fattispecie si fonda sulla specifica capacità dell'autore di strumentalizzare un apparato di potere organizzato per la realizzazione dell'illecito. Il potere organizzativo si inserisce nel vuoto normativo lasciato dal § 25 StGB, che non specifica le modalità dell'agire "per mezzo di un altro". Superando la tradizionale interpretazione restrittiva, la quale subordinava l'autoria mediata alla non punibilità dell'esecutore diretto, la teoria del dominio organizzativo ha permesso di sanzionare l'autore dietro l'autore anche qualora l'esecutore agisca in piena colpevolezza.¹¹⁸ Consacrata dalla giurisprudenza del BGH¹¹⁹ sui crimini della DDR¹²⁰, questa figura si fonda sullo sfruttamento di un apparato gerarchico che garantisce l'esecuzione automatica dell'ordine, grazie alla fungibilità degli esecutori materiali.¹²¹ Sebbene nata per i

¹¹⁷ G. KÜPPER, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, in «GA», 1998, p. 525 ss.

¹¹⁸ C. ROXIN, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, pp. 193 ss.

¹¹⁹ BGHSt 40, 218, p. 236.

¹²⁰ La sentenza di condanna pronunciata contro Adolf Eichmann si radicò in una concezione unitaria dell'autore (*Einheitstätermodell*) di derivazione anglosassone, approccio che permise alla Corte di eludere la necessità di qualificare dogmaticamente il titolo specifico di partecipazione al concorso criminoso. Tuttavia, l'eco profonda che il processo ebbe sul piano giuridico e politico, specialmente nella Repubblica Federale Tedesca, stimolò un'intensa riflessione dottrinale sui criteri imputativi utilizzati a Gerusalemme. Proprio l'analisi critica di tale vicenda costituì il terreno fertile per lo sviluppo e la sistematizzazione della teoria del dominio sull'apparato organizzato di potere (*Organisationsherrschaft*). La collocazione dell'imputato all'interno della gerarchia nazista si rivelò infatti complessa e bidirezionale: egli appariva, simultaneamente, quale destinatario di direttive provenienti dai vertici e quale fonte autoritativa per i propri subordinati. Sebbene la difesa sostenesse che egli agisse in mera esecuzione di disposizioni superiori, l'odierna dogmatica tedesca, applicando i medesimi parametri che qualificano come autori mediati i c.d. *Hintermänner*, non esiterebbe oggi a configurare anche in capo allo stesso Eichmann una responsabilità a titolo di autoria mediata (C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 246 ss.).

Tale ricostruzione fu tuttavia recisamente respinta dalla Corte Suprema d'Israele in sede d'appello. I giudici osservarono che l'imputato aveva di fatto eclissato per importanza i propri superiori, operando in assenza di ordini vincolanti che ne limitassero l'autonomia; tale accertamento fu decisivo per la conferma della pena capitale inflitta in primo grado. (H. ARENDT, *La banalità del male*, Milano, Feltrinelli, 2019, p. 256).

¹²¹ H. OTTO, *Täterschaftskraft organisatorischen Machtapparates*, in «Jura», 2001, p. 759.

Il modello roxiniano del dominio organizzativo fu inizialmente modellato sull'archetipo dello Stato nazionalsocialista, richiedendo quale presupposto strutturale la completa estraneità dell'apparato di potere rispetto ai vincoli della legalità. Tale criterio monolitico ha mostrato, tuttavia, i suoi limiti dogmatici al momento del vaglio giurisprudenziale sui crimini della DDR. Di fronte alla realtà di un ordinamento che manteneva una parvenza di legalità ordinaria, l'Autore ha rimodulato il concetto: il distacco dal diritto non deve permeare ogni ganglio dello Stato, ma caratterizzare la specifica attività criminosa (es. l'ordine di sparare sui fuggiaschi o i crimini di massa), rendendo così irrilevante la vigenza formale di norme corrette in altri settori dell'amministrazione.

crimini di Stato, la definizione classica adottata dalla Corte, basata sulla disponibilità incondizionata del subordinato e sulla regolarità dei processi interni, pone oggi la complessa questione della sua applicabilità alle dinamiche d'impresa, prospettiva già avallata dalla Corte in via incidentale, ma dottrinalmente controversa.¹²²

L'*Hintermann* viene descritto come colui che dispone un'organizzazione che gli consente di eseguire i suoi crimini rendendo irrilevante l'autonomia decisionale del singolo sottoposto. Il quadro problematico è inequivocabile: l'esecutore materiale integra personalmente e dolosamente tutti gli estremi della fattispecie, configurandosi a pieno titolo come autore immediato. Tuttavia, il ruolo del vertice organizzativo, anche se privo di contatto materiale con il reato, non è sussumibile nella fattispecie dell'istigazione. Tecnicamente, infatti, l'istigatore si limita a far sorgere il proposito criminoso nell'altrui mente; l'*Hintermann*, invece, fa molto di più: controlla l'esecuzione attraverso l'apparato, assicurandosi che l'ordine venga eseguito a prescindere dalla volontà del singolo esecutore. L'operazione teorica di Roxin consiste nell'integrare la fattispecie dell'autore dietro all'autore (*Täter hinter dem Täter*) all'interno della teoria del dominio del fatto, legittimando così la punibilità del capo come autore mediato. Il tratto distintivo di questa ricostruzione è il rifiuto di qualsiasi criterio psicologico o soggettivo: la signoria non deriva dall'intenzione del soggetto, bensì dal dato oggettivo rappresentato dall'automatismo e dalla fungibilità operativa dell'apparato di potere.¹²³ Nella costruzione roxiniana, l'apparato di potere diviene il veicolo del dominio grazie a tre caratteristiche essenziali. In primo luogo, vi è la signoria organizzativa (*Beherrschung der Organisation*): l'*Hintermann* non si limita a influenzare, ma governa la struttura, assicurandosi che il reato venga commesso senza dover dipendere dall'alea della volontà altrui, come accade invece all'istigatore. In secondo luogo, il sistema si regge sulla trasformazione dell'autore sul quale ha il dominio (il *Vordermann*) in un tassello intercambiabile del disegno criminoso. È qui che la teoria innova radicalmente: non è necessario che l'esecutore sia non punibile (per errore

¹²² La giurisprudenza tedesca distingue formalmente autore e complice secondo la teoria soggettiva. Tuttavia, dopo gli eccessi applicativi del passato (casi Badewannenfall e Stachinskij) e la riforma del 1975, tale criterio è stato sostanzialmente corretto in senso oggettivo. Attualmente prevale una «valutazione complessiva» (c.d. teoria combinatoria normativa) che, superando le rigide partizioni dogmatiche, combina l'indagine sulla volontà e sull'interesse dell'agente con parametri oggettivi quali il dominio sull'atto e la materialità della condotta (BRGSt 74, 84 – Badewannen-Fall., BGHSt 18, 87 – Stachynskij-Fall.).

Per quanto concerne l'autoria mediata (*mittelbare Täterschaft*), si registra una maggiore apertura della giurisprudenza verso criteri oggettivi, specificamente incentrati sulla dottrina del dominio sull'azione. I punti di svolta sono rappresentati dalla decisione Startbahn-West, che ha introdotto esplicitamente il criterio, e dalla sentenza Katzenkönig, ove il dominio dei mandanti è stato riconosciuto nonostante l'errore sul divieto degli intermediari fosse evitabile. Tuttavia, la forte attrazione esercitata dalla recente dogmatica del dominio organizzativo rende arduo, allo stato attuale, estrapolare una regola generale che vada oltre la specifica casistica esaminata (BGH 32, 178 – Startbahn-West.; BGHSt 35, 347 – Katzenkönig).

¹²³ C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 245 ss.

o coazione). Anche se egli agisce con dolo e piena responsabilità, mantenendo dunque il dominio sull'azione, per l'autore mediato egli resta un mero strumento. Essendo l'esecutore sostituibile a piacimento, egli perde la sua individualità per divenire una risorsa anonima. Tale meccanismo assicura all'*Hintermann* un dominio totale, elevandolo a vero autore principale sopra l'esecutore, e non mero complice accanto ad esso.¹²⁴ Il meccanismo presuppone che il membro dell'organizzazione azzeri la propria discrezionalità, allineandosi ciecamente ai fini dell'apicale e riconoscendo la supremazia dei vertici, fino a ridursi a strumento esecutivo. La volontà del singolo esecutore perde dunque la sua capacità di filtro: essa non è più in grado di interrompere la catena causale innescata dal mandante. Ciò comporta un ribaltamento della prospettiva tradizionale: la responsabilità e il dominio non sfumano allontanandosi dall'esecuzione materiale, ma al contrario si concentrano proprio nelle mani di chi, pur lontano dalla scena del crimine, detiene le leve del potere organizzativo.

¹²⁴ C. ROXIN, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, in «Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder», Heidelberg, 2006, p. 295. Si sottolinea il ribaltamento dei ruoli: se l'istigatore deve necessariamente rimettere lo sviluppo della vicenda criminosa alla signoria dell'esecutore, nel dominio organizzativo la situazione è speculare. Il vertice dell'apparato (*Hintermann*) conserva il dominio sull'avvio dell'azione (l'«an»), mentre l'esecutore immediato diviene un mero strumento occasionale per l'integrazione della condotta voluta dall'autore mediato (*mittelbarer Täter*).

Capitolo III

Il concorso omissivo improprio

SOMMARIO: 3.1 “Evento” come “reato” e il fenomeno di reciproca integrazione degli artt. 40 c. 2 e 110 c.p. – 3.2 La posizione di garanzia. – 3.3 Il garante: autore, coautore o complice? La posizione di omesso impedimento nel sistema tedesco. – 3.4 I poteri impeditivi nell’ambito del concorso omissivo. – 3.5 Il dovere di organizzazione.

3.1 “Evento” come “reato”: il fenomeno di reciproca integrazione degli artt. 40 c. 2 e 110 c.p.

L’odierna realtà giuridica, segnata da una crescente complessità sia sul versante organizzativo che su quello tecnologico, ha registrato una progressiva metamorfosi della responsabilità per omissione: da ipotesi residuale, essa è divenuta vero e proprio fulcro del sistema di imputazione. Tale fenomeno espansivo affonda le proprie radici nella marcata elasticità, o più criticamente, nel deficit di determinatezza che connota la clausola di equivalenza di cui all’art. 40, comma 2, c.p. Al pari di altre clausole generali dell’ordinamento, come precedentemente osservato, la formulazione aperta della norma genera un inevitabile contrasto con il principio di legalità, delegando all’interprete un margine di discrezionalità eccessivamente ampio. In tale quadro, l’art. 40, comma 2, c.p. assume la funzione di parametro normativo fondamentale per attribuire rilevanza penale all’omissione nel contesto concorsuale. Esso opera una integrazione essenziale del disposto dell’art. 110 c.p., permettendo di tipizzare condotte che altrimenti resterebbero atipiche: il criterio unificante diviene quello dell’efficienza

causale, il quale legittima la sostituzione del contributo partecipativo attivo con quello omissivo, subordinandola però a specifici presupposti giuridici.¹

Il centro della questione risiede nella perimetrazione del concetto stesso di *evento*.² Il silenzio del legislatore ha costretto la dottrina a oscillare tra due opposte letture, ciascuna portatrice di differenti conseguenze applicative. Da un lato, l'adesione a una concezione *naturalistica*, la quale identifica l'evento con una modificazione tangibile della realtà fisica causata dall'agire umano, offre il vantaggio di ridurre le incertezze interpretative. Il prezzo di tale rigore è una drastica restrizione dell'operatività dell'art. 40 cpv. c.p., che risulterebbe applicabile ai soli reati commissivi a forma libera (c.d. causalmente orientati), escludendo dal suo raggio d'azione intere categorie di illeciti.³ Dall'altro lato, si abbraccia la concezione *giuridica* secondo cui l'evento coincide con il fatto di reato⁴ nella sua totalità; ciò comporta una dilatazione dei confini della punibilità. In quest'ottica, il meccanismo di equivalenza si svincola dalla necessità di un risultato materiale e diviene applicabile *tout court* anche al mancato impedimento dell'illecito commesso da terzi, rendendo di fatto irrilevante la struttura (d'evento o di mera condotta) della

¹ G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, pp. 140 ss.: «se nell'ambito del concorso punibile sono da ricondurre tutte le condotte che abbiano avuto un'efficacia causale rispetto all'evento (*rectius al reato*) e il non impedimento di un evento -in presenza di un obbligo giuridico di attivarsi volto in tale direzione -è equiparato alla sua attiva causazione, ne segue che il non impedimento di un reato da parte del titolare di un obbligo di garanzia di tale contenuto deve essere considerato come una condotta di partecipazione punibile».

² Occorre aprire una breve parentesi sulla natura stessa del concetto di *evento*, termine che il codice penale impiega reiteratamente senza tuttavia offrirne una definizione normativa univoca. La dottrina distingue tradizionalmente due accezioni. Da un lato, l'evento in senso naturalistico, inteso come l'effetto materiale della condotta che modifica la realtà fenomenica; si tratta di un elemento costitutivo separato dall'azione e presente solo nei reati causalmente orientati (è, per intenderci, il significato imposto dall'art. 40 c.p. in tema di causalità o dall'art. 56 c.p. sul tentativo). Dall'altro lato, si pone la nozione di evento in senso giuridico, coincidente con l'offesa (lesione o pericolo) al bene giuridico protetto. Questa seconda accezione, strettamente legata al principio di offensività, considera l'evento come inscindibile dall'azione e, pertanto, ravvisabile in qualsiasi reato, inclusi quelli di mera condotta. È a questa dimensione giuridico-valoriale che si fa riferimento, ad esempio, in sede di definizione del dolo (art. 43 c.p.) o del reato impossibile (art. 49 cpv. c.p.). L'interprete non può dunque affidarsi a un automatismo definitorio, ma deve valutare di volta in volta quale delle due anime del concetto di evento debba prevalere, in base alla funzione della specifica norma presa in esame (C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2020, p. 216).

³ La distinzione riposa sulla struttura normativa: si ha reato omissivo improprio quando l'art. 40, co. 2, c.p. estende la punibilità ai reati d'evento non impediti dal garante; rientrano invece nei reati omissivi propri quelle fattispecie di mancata attivazione che trovano specifica ed espressa codificazione legislativa. (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, Zanichelli, 2019, p. 625).

⁴ Per reato si intende l'illecito per il quale l'ordinamento prevede come conseguenza sanzionatoria una pena. La dogmatica penale scompone il reato in elementi logici al fine di guidare l'accertamento giudiziale. Se la tradizionale visione bipartita si limitava a richiedere la presenza di una componente materiale (elemento oggettivo) e di una psicologica (elemento soggettivo), l'evoluzione dottrinale ha condotto all'affermazione del modello tripartito. In esso, assume autonomia il giudizio di anti-giuridicità, inteso come verifica della non conformità del fatto all'intero ordinamento (e dunque dell'assenza di cause di giustificazione), distinto sia dalla conformità allo schema legale (tipicità) sia dalla rimproverabilità soggettiva (colpevolezza). Taluni autori aggiungono il filtro della punibilità (teoria quadripartita), per dar conto di quelle situazioni in cui, pur in presenza di un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole, ragioni di politica criminale sconsigliano l'applicazione della pena. (C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, pp. 189 ss.).

fattispecie violata.⁵ È proprio in questo secondo solco interpretativo che trova legittimazione dogmatica la partecipazione criminosa in forma omissiva. Affinché un soggetto inerte possa rispondere dell'altrui condotta delittuosa, è infatti necessario operare il combinato disposto tra l'art. 110 c.p. e l'art. 40 c. 2 c.p.: un'operazione che impone alla clausola di equivalenza una vera e propria "torsione ermeneutica". Attraverso tale innesto, il precetto di «non impedire un evento» si traduce nel dovere di «non impedire un reato» che si ha potere-obbligo giuridico di evitare quando si ricopre una posizione giuridica di garanzia.⁶ Tale sistema però comporta una inevitabile alterazione fisiologica del sistema penale. Agendo quale formidabile «moltiplicatore della tipicità»⁷, la norma sul concorso dilata la portata della clausola di equivalenza ben oltre i suoi confini naturali, estendendola a qualsiasi figura di reato, incluse quelle a forma vincolata o di mera condotta. Si assiste così, in sede concorsuale, all'annullamento del requisito dell'evento naturalistico, che rappresenta invece la *conditio sine qua non* della responsabilità omissiva impropria nella dimensione monosoggettiva.

Ciononostante, il diritto vivente ha superato tali riserve consolidando l'orientamento. La giurisprudenza opera, di fatto, una scissione semantica del termine *evento*, inteso in senso fisico quando il reato è monosoggettivo, e in senso normativo (come lesione dell'interesse protetto) quando la realizzazione è plurisoggettiva e si accede al piano della compartecipazione; in questo ultimo caso le maglie della responsabilità si allargano sensibilmente fino a coprire la totalità dell'illecito penale. L'obbligo impeditivo diviene così trasversale, trovando applicazione indiscriminata anche rispetto a fattispecie strutturalmente diverse dai reati causali puri: quali i reati di mera condotta o a modalità vincolata.⁸ Secondo l'orientamento consolidato del diritto vivente, non vi sono ostacoli all'affermazione della responsabilità penale in capo al titolare di

⁵ Sul punto, autorevole dottrina ritiene che la nozione di evento non impedito possa estendersi fino a ricomprendere l'illecito altrui: cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, Vol. I* (art. 1-84), Milano, Giuffrè Editore, 1987, p. 379. Secondo l'Autore, pur essendo l'art. 40, co. 2, c.p. ontologicamente legato all'«evento naturalistico di una fattispecie incriminatrice», non mancano ipotesi in cui «questo evento non impedito è dato dalla realizzazione di un fatto criminoso da parte di un terzo».

⁶ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, Pisa University Press, 2022, pp. 26 ss. L'interpretazione dominante ha operato una vera e propria scissione ermeneutica sul concetto di *evento* attribuendogli una valenza variabile in ragione del contesto monosoggettivo o plurisoggettivo. Nel primo scenario (riconcucibile al c.d. secondo livello di criminalizzazione), l'applicazione della clausola di equivalenza subisce una rigorosa limitazione: essa viene infatti circoscritta ai soli reati a forma libera, tipicamente posti a presidio di beni giuridici primari. Viceversa, nel passaggio alla dimensione concorsuale (il terzo grado di criminalizzazione), i confini della responsabilità si dilatano: l'obbligo di impedimento finisce per abbracciare l'intera area del penalmente rilevante, investendo indistintamente sia i reati d'evento che quelli di mera condotta o a forma vincolata.

⁷ *Ibi*, p. 30.

⁸ C.F. GROSSO, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2020, p. 562. Tale approccio risponde a ineludibili esigenze di tutela: sarebbe d'altronde irragionevole esentare da pena il guardiano che, dolosamente, lasci svaligiare la villa affidatagli sol perché il furto è un reato di pura condotta. L'attenzione dei giudici, pertanto, tende oggi a spostarsi dalla struttura formale del reato alla verifica sostanziale dell'effettiva titolarità dei poteri impeditivi in capo all'omittente.

una posizione di garanzia che non si attivi per impedire il reato del terzo. Il meccanismo imputativo, incardinato sull'interazione tra l'art. 110 c.p. e l'art. 40 cpv. c.p., presuppone che, nella dinamica della compartecipazione, il termine "evento" perda i suoi connotati naturalistici per coincidere con il fatto di reato nella sua globalità. In virtù di tale operazione interpretativa, la distinzione strutturale tra reati d'evento e di mera condotta diviene irrilevante: l'inerzia del garante è dunque punibile tanto se l'obbligo era volto a scongiurare un evento lesivo, quanto se mirava a inibire una condotta umana illecita.⁹

Sul piano teorico, l'estensione della punibilità non è immune da critiche. Autorevole dottrina, la quale diffida dall'appellarsi ad un fondamento normativo estrinseco estraneo alla disciplina generale del concorso di persone, ha sollevato dubbi di compatibilità con il principio: di legalità, di frammentarietà e proporzionalità, evidenziando come l'applicazione dell'art. 40 cpv., nato per i reati d'evento, a fattispecie di mera condotta (prive di evento naturalistico) costituisca una forzatura indebita. Essa ha tentato di restringere le larghe maglie della punibilità lavorando sui requisiti strutturali: sia attraverso un'interpretazione più rigida della nozione di *evento*, sia ridefinendo in senso stretto la posizione di garanzia e anche negando rilevanza, in tale ambito, al dolo indiretto o eventuale.¹⁰

L'orientamento restrittivo individua nella necessaria presenza di un evento naturalistico l'unico argine valido per contenere la portata applicativa del combinato disposto tra gli artt. 110 e 40 cpv. c.p. Il ragionamento si fonda sulla natura stessa della clausola di equivalenza, concepita per equiparare normativamente l'omissione alla causazione fisica di un evento; pertanto, non vi è alcun fondamento logico per dilatare tale regola fino a far coincidere l'evento non impedito con un generico illecito altrui, a prescindere dalla sua struttura. Una simile operazione ermeneutica, infatti, violerebbe il principio di legalità, risolvendosi in una vietata analogia in *malam partem* dell'art. 40 cpv. c.p.¹¹ Un secondo filone argomentativo, sviluppato dalla dottrina più recente, fa leva sui presupposti strutturali della responsabilità omissiva. In linea di continuità con l'interpretazione rigorosa del concetto di evento, si sostiene che la punibilità per il mancato impedimento del reato altrui debba rivestire carattere di assoluta eccezionalità: essa

⁹ Le pronunce hanno coinvolto soggetti titolari di posizioni di garanzia di varia natura: dagli obblighi di protezione interpersonale (educatori, sanitari, custodi) ai doveri istituzionali (militari, forze di polizia, pubblici ufficiali). Significativa, altresì, l'applicazione nei confronti dei direttori di giornale e, soprattutto, degli esponenti della governance societaria (amministratori e sindaci). (A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 33).

¹⁰ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 30.

¹¹ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale*, pp. 635 ss., La responsabilità del garante presuppone che l'aggressore rientri nella sua sfera di dominio in virtù di «particolari circostanze». Fiandaca individua l'ipotesi paradigmatica nel genitore che cumula posizioni di protezione (verso il figlio vittima) e di controllo (verso il figlio aggressore); al di fuori di tali schemi, la punibilità richiederebbe la prova di specifici rapporti fattuali (es. la convivenza) idonei a garantire un effettivo governo sull'azione del terzo.

sarebbe configurabile, infatti, solo laddove il garante detenga un *effettivo potere di controllo* sull'agente. Tale conclusione discende direttamente dall'ontologia della posizione di garanzia: poiché quest'ultima si fonda sulla necessaria signoria del decorso causale; appare evidente come tale requisito manchi quasi sempre quando la fonte del pericolo è un essere umano libero. Di regola, infatti, l'agire volontario del terzo si colloca al di fuori della sfera di dominio di soggetti diversi dall'agente stesso, rendendo inesigibile, o talvolta impossibile, un efficace controllo impeditivo.¹² Dimostrata l'esistenza di un effettivo potere di impedimento in capo al soggetto obbligato, la dottrina in esame ne deduce l'inutilità normativa del modello concorsuale. Secondo tale ricostruzione, non vi è alcuna necessità logica di invocare la compartecipazione criminosa per punire l'omissione. Il garante, infatti, non risponderebbe per aver concorso nel reato altrui, bensì per aver violato, in via autonoma, il proprio dovere giuridico di attivazione. Ne consegue che il titolo di responsabilità va ricercato unicamente nella clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p., la quale opera in modo autosufficiente senza bisogno di innesti con la disciplina del concorso.¹³ Tale prospettiva, che impone un'applicazione separata degli artt. 40 cpv. e 110 c.p. a tutela della legalità, è soggetta ad una significativa obiezione di sistema. Secondo tale ricostruzione, la configurabilità del concorso omissivo in un reato commissivo deve ritenersi circoscritta esclusivamente alle fattispecie causalmente orientate e dotate di evento naturalistico. In questo perimetro, il garante non assume una posizione accessoria, bensì quella di autore o coautore a tutti gli effetti. Il nucleo del rimprovero, infatti, non riguarda il mancato impedimento del reato altrui inteso come fattispecie astratta, ma si appunta specificamente sul mancato impedimento dell'evento naturalistico (costitutivo dell'illecito) che egli aveva l'obbligo giuridico di scongiurare. Autorevole dottrina ha infatti rilevato come questa frammentazione operativa conduca a un esito paradossale: negando l'integrazione tra le due clausole, si finisce per cancellare l'autonomia concettuale della partecipazione omissiva. In tal senso, la tesi restrittiva si tradurrebbe in una vera e propria *interpretatio abrogans* della categoria, rendendo di fatto inapplicabile la disciplina del concorso all'omissione impropria.¹⁴

¹² L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, 1267 ss., p. 1281 ss.

¹³ *Ibi*, p. 1283, l'Autrice ne consegue che potrebbe configurarsi una «autonoma responsabilità monosoggettiva del garante per il mancato impedimento dell'evento, indipendentemente dall'indagine sulla fonte di pericolo che lo ha provocato».

¹⁴ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 358 ss.; per una confutazione della tesi della *superfluità* dell'art. 110 c.p. (sostenuta da L. RISICATO, *La partecipazione*, sulla base di una presunta autoria autonoma del garante), si veda I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 363 ss., nota 13. L'Autrice osserva come il modello unitario della pari responsabilità renda improprio il ricorso a categorie quali «autoria» o «complicità»; ne consegue che l'art. 40 cpv. c.p. non opera in solitudine,

Proprio per superare tale impasse ermeneutica e restituire operatività all'istituto, diviene necessario abbandonare la rigida adesione al dato naturalistico per abbracciare la prospettiva opposta: quella che identifica l'evento non impedito con la lesione giuridica, ovvero con il reato stesso. Si tratta di comprendere, però, se questa dilatazione concettuale trovi un solido fondamento nel diritto positivo o se si risolva in una forzatura. Al fine di verificare la tenuta sistemica dell'orientamento estensivo e saggiare, dunque, se l'equiparazione tra *evento* e *reato* possa vantare una reale coerenza all'interno dell'ordinamento occorre volgere lo sguardo al diritto penale militare.

È proprio qui, e segnatamente nella disciplina di cui all'art. 138 c.p.m.p.¹⁵, che i sostenitori di tale lettura rinvencono il più solido ancoraggio normativo a supporto della propria tesi. Questa fattispecie punisce l'inerzia del militare che non si adopera per impedire reati commessi da terzi (es. contro la fedeltà o la difesa), qualora l'omissione sia dettata da timore o motivi inescusabili. L'elemento chiave è la clausola di riserva che chiude l'articolo: «ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'articolo 40 del codice penale». Tale richiamo, argomentano gli autori, costituirebbe la prova indiretta ma inconfutabile della validità del concorso omissivo: il legislatore militare, infatti, non avrebbe avuto motivo di fare salvo l'art. 40 c. 2 c.p. se quest'ultimo non fosse strutturalmente capace di disciplinare la partecipazione omissiva al reato altrui. In questa prospettiva, l'art. 138 c.p.m.p. retrocede a norma speciale e residuale, applicabile solo quando l'inerzia non sia già punibile a titolo di concorso nel reato ai sensi dell'art. 40 c. 2 c.p.¹⁶

Sempre dall'esegesi dell'art. 138 c.p.m.p., la dottrina tradizionale trae un argomento a contrario decisivo per avvalorare l'equiparazione semantica tra “evento” e “reato”. Si osserva, infatti, che la norma militare include, tra gli illeciti da impedire, tipiche ipotesi di reati di mera condotta (come la rivolta o l'ammutinamento); nel contempo, essa fa salva l'applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. per i casi non espressamente disciplinati. Se ne deduce che, in astratto, la responsabilità

ma diviene il criterio normativo indefettibile per configurare il mancato impedimento quale condotta di agevolazione al reato.

¹⁵ Art. 138 c.p.m.p.: «Ferma in ogni altro caso la disposizione del secondo comma dell'articolo 40 del codice penale, il militare, che, per timore di un pericolo o altro inescusabile motivo, non usa ogni mezzo possibile per impedire la esecuzione di alcuno dei reati contro la fedeltà o la difesa militare, o di rivolta o di ammutinamento, che si commette in sua presenza, è punito: [...]»

¹⁶ L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 1340. Si legge: «Ora - si osserva - a tale inciso può conferirsi un significato positivo solo accedendo alla tesi per cui, quegli *'altri casi'* di mera inerzia, pur sussumibili nel disposto dell'art. 138 c.p.m.p., siano però evidentemente connotati da un *quid pluris* che -giustificando la clausola di riserva -consenta anche il richiamo all'art. 40 cpv. c.p.; di tal che, quando l'inerzia inescusabile del militare integri altresì l'inadempimento di un obbligo di impedimento, questi debba rispondere non già del reato omissivo di cui all'art. 138 c.p.m.p., ma proprio di concorso nel reato altrui non impedito.»

concorsuale ex art. 40 c.p. deve ritenersi compatibile anche con fattispecie prive di evento naturalistico, purché sussista un relativo obbligo di garanzia. Tale impostazione trova legittimazione anche sul piano politico-criminale: si ritiene infatti che preminenti istanze di difesa sociale impongano di sanzionare il mancato impedimento del reato a prescindere dalla sua struttura morfologica (d'evento o di condotta). Sulla scorta di queste premesse, l'orientamento dominante conclude per la generale ammissibilità del concorso omissivo rispetto a qualunque figura di reato, anche a forma vincolata.¹⁷

Non si tratta, peraltro, di un *unicum* normativo isolato nel codice militare. Anche all'interno del sistema penale comune è possibile rintracciare conferme della polisemia del concetto di evento, il quale assume in più occasioni il significato giuridico di evento-reato. Basti pensare alle ipotesi disciplinate dagli artt. 83¹⁸ e 116¹⁹ c.p., dove il legislatore utilizza tale locuzione riferendosi inequivocabilmente al risultato criminoso complessivo e non alla sola modificazione della realtà esterna. Sulla scorta di tali dati positivi, appare dunque ingiustificato porre limiti strutturali all'ammissibilità del concorso omissivo: il tenore letterale dell'art. 40 cpv. c.p., letto in combinato disposto con le norme citate, non autorizza a escludere l'obbligo di impedimento in dipendenza della morfologia, causale o di condotta, dell'illecito altrui.²⁰ Oltre a quanto già citato, un altro argomento decisivo si ricava per via logica dalle ipotesi di agevolazione colposa mediante omissione: risulterebbe infatti irragionevole che l'ordinamento punisca il contributo inerte colposo e lasci impunito quello doloso. Ne deriva che quest'ultimo deve necessariamente rientrare nella sfera di operatività dell'art. 110 c.p.²¹ Viene così smontato l'argomento della "volontà legislativa" di restringere l'omissione impropria ai soli reati causali. Tale limite, spiegano gli Autori, è valido per le ipotesi monosoggettive per una semplice ragione di impossibilità materiale (o ontologica); ma nel concorso di persone, dove l'evento è il reato altrui, tale barriera strutturale cade, rendendo la restrizione priva di fondamento logico. Si sancisce la generale applicabilità della compartecipazione omissiva a qualsiasi fattispecie incriminatrice. Ciò è reso possibile da un'interpretazione funzionale dell'evento non impedito, inteso non come modificazione fisica o lesione dell'interesse, bensì come *effetto dell'azione* o

¹⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico*, p. 164.

¹⁸ Art. 83 c.p.: «Fuori dei casi preveduti dall'articolo precedente, se, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, si cagiona un evento diverso da quello voluto il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell'evento non voluto, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo.

Se il colpevole ha cagionato altresì l'evento voluto, si applicano le regole sul concorso dei reati.»

¹⁹ Art. 116 c.p.: «Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento è conseguenza della sua azione od omissione.

Se il reato commesso è più grave di quello voluto, la pena è diminuita riguardo a chi volle il reato meno grave.»

²⁰ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 31.

²¹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 362

realizzazione del fatto tipico. Si tratta di una lettura che valorizza la semantica aperta del dato testuale codicistico, legittimando un uso del termine adattabile alle diverse esigenze di tutela presenti nel Codice.²²

Non mancano, comunque, ricostruzioni dottrinali tese a legittimare una forma di partecipazione omissiva atipica, sganciata cioè dai rigidi parametri dell'art. 40, comma 2, del codice penale.²³ Secondo tale prospettiva, il perimetro applicativo dell'art. 110 c.p. sarebbe sufficientemente ampio da includere, come suggerirebbe l'analisi dell'art. 116 c.p., anche condotte inerziali che, prese singolarmente, non costituirebbero illecito. Ne deriva l'ammissibilità, in sede concorsuale, di obblighi giuridici di agire pur in assenza di correlati poteri impeditivi. Sebbene tale spunto non abbia trovato una compiuta sistematizzazione, esso riecheggia le conclusioni della dogmatica tedesca, la quale tende a inquadrare il contributo omissivo più nell'orbita della complicità (o favoreggiamento) che in quella dell'autoria vera e propria.²⁴

L'orientamento maggioritario sposta il baricentro dell'indagine: ai fini della perimetrazione del concorso omissivo, perde centralità la disputa esegetica sulla nozione di evento ex art. 40 cpv. c.p., per lasciare spazio alla verifica concreta delle posizioni di garanzia. È la rigidità di tali requisiti, in primis l'obbligo di garanzia, a svolgere una preziosa funzione selettiva, risolvendo l'annosa questione della demarcazione tra il concorso omissivo punibile e il tacito consenso o tolleranza nei confronti di un'azione colpevole che pur essendo eticamente biasimevole, rimane penalmente irrilevante.²⁵

Ciò che rileva, dunque, è l'individuazione positiva di una norma che imponga lo specifico obbligo di impedire l'altrui reato e sulla presenza di reali poteri impeditivi. Ne consegue che la responsabilità per concorso omissivo si configura esclusivamente qualora sia ravvisabile una specifica tipologia di posizione di garanzia: non quella generica di controllo, bensì una *Garantenstellung* funzionalmente orientata alla prevenzione dell'altrui condotta criminosa.²⁶ Tale precisione definitoria risponde all'esigenza garantistica di arginare le tendenze giurisprudenziali volte a dilatare eccessivamente le maglie della responsabilità omissiva. È

²² I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 363, l'Autrice rintraccia l'uso di una nozione di evento generica e polivalente anche negli artt. 43 e 49 c.p.; tale scelta lessicale rifletterebbe la scarsa chiarezza derivante dal tentativo di conciliazione tra le teorie naturalistiche e quelle giuridiche. Una simile impostazione non è isolata: come evidenziato dall'Autrice, anche l'evento ex § 13 StBG è inteso dalla dottrina tedesca maggioritaria come semplice "risultato della condotta", prescindendo da rigide categorizzazioni.

²³ P. SEMARO, *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, CEDAM, 1986, pp. 589 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 36.

²⁴ L. RISICATO, *Combinazione E Interferenza Di Forme Di Manifestazione Del Reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2001, pp. 381 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 38.

²⁵ L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1997, p. 1340.

²⁶ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 34.

necessario, pertanto, mettere a fuoco l'effettiva consistenza dei poteri conferiti al soggetto: solo la presenza di una facoltà giuridica di impedimento legittima l'equiparazione normativa tra inerzia e azione.²⁷ Da qui la fondamentale distinzione dogmatica tra posizioni di garanzia in senso stretto e meri obblighi di sorveglianza. Mentre le prime attribuiscono al titolare il dovere-potere di inibire il reato, i secondi si esauriscono nel dovere di notificare terzi circa il pericolo in atto. Ebbene, si ritiene pacificamente che la sola titolarità di poteri informativi o di allerta non sia sufficiente a integrare gli estremi del concorso mediante omissione. Sebbene la prassi applicativa mostri una propensione ad estendere la qualifica di garante anche a chi svolge semplici funzioni di controllo, è necessario marcare la distanza tra la partecipazione omissiva e la mera inosservanza di doveri di sorveglianza. Il discrimine risiede nella qualità del potere giuridico: mentre il garante domina il rischio, il sorvegliante dispone solo di poteri ostativi, inidonei a fondare l'equiparazione causale richiesta dall'art. 40 cpv. c.p.²⁸ Si può infatti asserire che la responsabilità per concorso omissivo scatti solo quando l'obbligo giuridico abbia specificamente ad oggetto l'impedimento del reato altrui e dunque della condotta illecita del terzo. Al contrario, laddove l'obbligo imponga di impedire l'evento lesivo *tout court* (tutela globale del bene o controllo della fonte di pericolo), si ricadrà nella responsabilità monosoggettiva ex art. 40, comma 2, c.p., a prescindere dall'intervento umano nella catena causale.²⁹

La dottrina si è altresì interrogata sulla possibilità di qualificare l'inerzia come condotta di agevolazione. La risposta è comunque negativa: la tipicità del concorso mediante omissione è indissolubilmente legata ai requisiti dell'art. 40 cpv. c.p. Pertanto, un contegno passivo che non violi un obbligo impeditivo formale non può assumere rilievo neppure come forma attenuata di agevolazione dell'evento. Ragionare diversamente esporrebbe il sistema a censure di incostituzionalità. Punire il sorvegliante per il fatto del terzo, trasformando in reato

²⁷ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, pp. 370 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 35.

²⁸ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 34.

²⁹ P. SEMARO, *Il concorso mediante omissione nel reato*, in «Indice Penale», 2006, p. 592 c.p., se il soggetto è titolare di una posizione di garanzia – sia essa di protezione di un bene o di controllo su una fonte di pericolo – risulta giuridicamente indifferente che la minaccia derivi da forze naturali o dall'agire umano, oppure che si concretizzi in un reato piuttosto che in un mero fatto dannoso. In tali frangenti, il garante risponde direttamente del fatto come autore, in virtù del meccanismo operato dall'art. 40 cpv. c.p. in combinato disposto con la norma incriminatrice di parte speciale. Gli esempi scolastici sono noti: dal genitore che risponde di omicidio per non aver impedito l'uccisione del figlio per mano di un terzo, al custode che, lasciando aperto un accesso, risponde del danneggiamento della villa perpetrato da altri. In queste ipotesi non si configura un concorso di persone, difettando peraltro la necessità del dolo di partecipazione (la volontà di cooperare al fatto altrui).

Diversamente, nel campo dei reati a forma vincolata o di mera condotta, l'inerzia non può fondare una responsabilità diretta (essendo la condotta omissiva strutturalmente inidonea a integrare la fattispecie tipica), ma può rilevare solo come concorso ex art. 110 c.p., a condizione che si sostanzino gli estremi di un contributo atipico di natura causale o agevolatrice rispetto all'azione dell'autore materiale.

un'inadempienza che di per sé, nei reati monosoggettivi, non lo sarebbe, significherebbe infatti violare il principio di colpevolezza e personalità della pena.³⁰

3.2 La posizione di garanzia e di sorveglianza.

Nel nostro ordinamento, la responsabilità per il mancato impedimento del reato altrui si radica nel combinato disposto degli artt. 40, secondo comma, e 110 c.p., identificando l'evento da impedire con lo stesso reato commesso dal terzo. Attraverso tale operazione ermeneutica diviene possibile superare le diffuse riserve dottrinali sull'applicabilità della clausola di equivalenza ai reati di mera condotta o a forma vincolata.³¹ Indipendentemente dalle diverse opzioni ermeneutiche che si fronteggiano sul terreno della struttura del reato, vi è un punto di congiunzione che rimane fermo e indiscusso. Nell'architettura della responsabilità per omissione, anche quando questa si innesti nel complesso meccanismo della fattispecie plurisoggettiva eventuale, esiste un requisito che elevato a vera e propria *condicio sine qua non* della punibilità: la titolarità di una qualificata posizione di garanzia. Sia che l'evento non impedito venga inteso nella sua accezione naturalistico-causale o sia che lo si identifichi con la lesione dell'interesse protetto, il reato, il nucleo del rimprovero penale, risiede invariabilmente nell'esistenza di uno specifico obbligo giuridico di attivazione. È dunque su questo "dovere di impedimento", imposto dalla legge al garante, che occorre ora focalizzare l'attenzione, trattandosi del perno attorno al quale ruota l'intera legittimità dell'imputazione concorsuale. Analizzando i profili di responsabilità penale, diviene cruciale sciogliere il nodo relativo alla dicotomia tra obblighi di garanzia in senso stretto e meri obblighi di sorveglianza. Il quesito di fondo attiene all'ampiezza della condotta omissiva punibile: ci si interroga, in particolare, se la rilevanza penale sia circoscritta alla sola violazione delle posizioni di garanzia dotate di poteri impeditivi o se possa estendersi anche all'inosservanza di generici doveri di attivazione orientati *lato sensu* alla prevenzione del reato. In quest'ultima categoria ricadono, appunto, gli

³⁰ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 36. La violazione di doveri di mera vigilanza o informativi è strutturalmente inidonea a incardinare il concorso mediante omissione. Ne consegue che, in assenza di fattispecie incriminatrici ad hoc nella parte speciale che puniscano specificamente tale inerzia, la condotta rimane confinata nell'area del penalmente irrilevante.

³¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale, seconda ed.*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 251 ss. l'orientamento contrario alla configurabilità del concorso mediante omissione, il quale, muovendo da un'interpretazione strettamente naturalistica dell'«evento» di cui all'art. 40 cpv. c.p., denuncia i rischi di una «reciproca integrazione parassitaria» tra le norme: secondo tale tesi, l'interazione con l'art. 110 c.p. finirebbe per dilatare indebitamente la nozione di evento sino a farla coincidere con il concetto di «reato», estendendo così la punibilità a qualsiasi apporto omissivo causale, purché assistito da un obbligo giuridico di attivarsi. (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale, posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bologna University Press, 2009).

obblighi di sorveglianza, il cui contenuto precettivo non impone di impedire l'evento, bensì di esercitare un controllo sull'attività altrui e di allertare i soggetti legittimati (il titolare del bene o il garante vero e proprio) circa l'insorgenza del pericolo.³² L'inquadramento degli obblighi di mera sorveglianza comporta, per i sostenitori di tale distinzione, conseguenze dirompenti su più livelli. Anzitutto, l'assenza di poteri impeditivi rende inapplicabile lo schema del concorso omissivo nel reato altrui, pena la violazione del principio di personalità della responsabilità penale. Ne deriva che, nell'attuale assetto ordinamentale, l'inerzia del sorvegliante è punibile solo in presenza di norme incriminatrici *ad hoc*. Da qui l'auspicio di alcuni, in ottica di riforma, dell'introduzione di una clausola generale che definisca statuto e sanzioni dell'obbligo di sorveglianza.³³

La distinzione tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza è stata originariamente teorizzata da Fiorella³⁴ nell'ambito della sua analisi sulla delega di funzioni all'interno dell'impresa, con lo specifico intento di provare l'insussistenza di un dovere impeditivo "residuo" in capo al soggetto delegante; successivamente, tale categoria è stata estesa anche alla responsabilità degli organi societari. Nella sua ricostruzione, la posizione di garanzia in senso stretto si configura soltanto quando il bene giuridico sia affidato al soggetto in maniera pressoché totalizzante. Soltanto questa condizione di *presa in carico* completa, infatti, è idonea a legittimare, sul piano normativo, l'equiparazione tra il non agire e l'azione causale. Ne consegue che il nucleo essenziale di tali obblighi risiede nella titolarità di un potere d'intervento di intensità tale da risultare concretamente efficace nell'impedire l'evento lesivo.³⁵

Pur ammettendo che la funzione dell'art. 40. sia quella di delineare la tipicità della condotta omissiva piuttosto che il nesso eziologico, Fiorella sottolinea come la norma presupponga un'omissione che abbia la medesima efficienza causale dell'azione; affinché la clausola di equivalenza operi, è dunque necessario che la salvaguardia del bene protetto dipenda in modo reale e diretto dall'attivazione dell'obbligato. In questa prospettiva, il criterio della signoria sugli eventi (*Herrschaft*), pur essendo respinto come fondamento positivo e costitutivo della posizione di garanzia, recupera una validità *in negativo*: l'assenza di un potere d'intervento

³² *Supra*, 1.5 - *Le diverse posizioni di garanzia, gli obblighi di protezione, di controllo e di sorveglianza*, pp. 35 ss.

³³ 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», 2001. Si segnala il consolidato orientamento dottrinale che, ai fini della responsabilità per omesso impedimento, distingue tra il vero e proprio «obbligo di garanzia», idoneo a fondare la responsabilità ex artt. 40 cpv. e 110 c.p., e il mero «obbligo di sorveglianza» (inteso come dovere di vigilare e informare), la cui inosservanza assume rilievo penale soltanto in presenza di una specifica e autonoma previsione legislativa.

³⁴ A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini, 1985.

³⁵ *Ibi*, p. 201.

particolarmente incisivo diviene, cioè, un indicatore sicuro dell'inesistenza della posizione di garanzia stessa; l'ordinamento attribuisce tale qualifica a quei soggetti che, già in via preventiva e astratta, appaiano dotati di strumenti giuridici e fattuali idonei ad assicurare un effettivo dominio sulla situazione di rischio.³⁶

Una parte della dottrina propone una lettura estensiva della partecipazione atipica ex art. 110 c.p., ritenendo sufficiente, ai fini della punibilità, che l'omissione costituisca violazione di un dovere giuridico e si traduca in un aiuto materiale all'autore del reato. In quest'ottica, cade la rigida distinzione tra le diverse tipologie di obblighi: che si verta in tema di garanzia impeditiva o di semplice sorveglianza, ciò che conta è il risultato. L'attenzione dell'interprete deve spostarsi dalla natura formale dell'obbligo alla sua valenza sostanziale, valutando esclusivamente se l'inadempimento abbia o meno fornito un contributo causale alla realizzazione della fattispecie.³⁷

Di segno opposto è l'orientamento che circoscrive la responsabilità concorsuale alle sole ipotesi in cui l'omittente rivesta la qualifica formale di garante. Sebbene sia innegabile che, sul piano meramente naturalistico-causale, l'inerzia del sorvegliante (in termini di mancato controllo o omessa segnalazione) possa facilitare la consumazione dell'illecito, ciò non è sufficiente a fondare il rimprovero penale. Manca, infatti, il requisito strutturale della tipicità: l'assenza, cioè, di quei poteri-doveri giuridici specificamente preordinati all'impedimento del reato. Poiché il concorso omissivo trova la sua base normativa nel combinato disposto degli artt. 40 cpv. e 110 c.p., il mero apporto agevolatore fornito dal sorvegliante rimane un dato fattuale privo di rilevanza giuridica, non potendosi equiparare il "non sorvegliare" al "non impedire" richiesto dalla legge per la punibilità.³⁸

A fronte di tale chiusura dogmatica, ai fini della nostra indagine risulta particolarmente significativa la prospettiva secondo cui sia l'obbligo di garanzia che quello di sorveglianza condividano la medesima finalità preventiva rispetto alla commissione di reati.³⁹ La differenza risiederebbe unicamente nelle modalità di intervento: diretto e personale nel primo caso, mediato e indiretto nel secondo. Questa identità teleologica costituisce uno snodo sistematico cruciale; del resto, non mancano voci in letteratura che ammettono la configurabilità di una partecipazione criminosa mediante *omissione atipica*, ovvero attraverso condotte inerziali che,

³⁶ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 193.

³⁷ P. SEMARO, *Il concorso mediante omissione*, pp. 587 ss.

³⁸ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, p. 380; La punibilità del mero sorvegliante può residuare solo in due ipotesi: quale reato omissivo proprio, laddove esista una norma specifica che incrimini la mancata vigilanza; oppure a titolo di concorso morale (artt. 110 e 115 c.p.), qualora l'inerzia sia frutto di un preventivo accordo criminoso (*pactum sceleris*) intercorso con l'autore materiale al fine di eludere i controlli

³⁹ P. SEMARO, *Il concorso mediante omissione*, pp. 589 ss.

prese singolarmente, non rientrerebbero nello schema dell'art. 40 c.p. A supporto di tale visione, si riporta che la portata dell'art. 110 c.p. (letto anche alla luce dell'art. 116 c.p.) sia sufficientemente ampia da includere non solo le omissioni tipiche, ma anche quei mancati interventi che, pur non costituendo autonomamente reato, rilevano come contributo concorsuale. In quest'ottica, nel perimetro del concorso omissivo potrebbero rientrare anche la violazione di doveri giuridici di attivazione sprovvisti di poteri impeditivi diretti. A tale osservazione si lega l'interessante spunto, derivato dalla dogmatica tedesca, che avvicina il contributo omissivo più alla figura della complicità che a quella dell'autoria. Ritenere, però, che la violazione dell'obbligo di sorveglianza non sia punibile a titolo di concorso omissivo (salvo specifiche incriminazioni *ad hoc*) conduce all'irragionevole equiparazione di due situazioni ben distinte: da un lato, la mera connivenza dell'*extraneus* privo di qualsiasi dovere giuridico; dall'altro, l'inerzia di un soggetto qualificato, titolare di precisi obblighi di vigilanza o informazione. Tale esito deriva da un approccio ermeneutico che confina la violazione dei doveri di sorveglianza in una dimensione strettamente individuale e atomistica. Si valuta cioè il rapporto tra il singolo obbligato e il reato, trascurando invece le complesse dinamiche relazionali e organizzative che caratterizzano la realtà delle strutture complesse, dove la circolazione delle informazioni gioca un ruolo chiave.⁴⁰

Nell'ambito dei rapporti privatistici, merita specifica attenzione la particolare costituzione delle strutture imprenditoriali. L'impresa, in ogni sua articolazione formale, rappresenta per sua natura un terreno fertile per la commissione di illeciti e la propagazione di situazioni di pericolo. I rischi connessi all'esercizio dell'attività si riverberano su due distinti piani di tutela: da un lato, mettono a repentaglio il patrimonio aziendale in caso di amministrazione infedele o incauta; dall'altro, proiettano i loro effetti lesivi verso l'esterno, minacciando gli interessi di soggetti terzi attraverso una gestione operativa e commerciale illecita. In questo scenario, la posizione di garanzia, se letta attraverso la dialettica tra realtà individuale e sfera collettiva, rivela oggi una funzione sempre più complessa, inevitabilmente plasmata da logiche organizzative.⁴¹ La dottrina ravvisa in tal senso una fase di transizione, caratterizzata dalla coesistenza di due modelli: il paradigma classico della *Garantenstellung* e una nuova concezione di matrice *aziendalistica*, fondata sulla gestione globale del rischio.

⁴⁰ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 38.

⁴¹ L'art. 41 Cost. legittima l'attribuzione della responsabilità in capo all'imprenditore operando una sintesi tra libertà economica e utilità sociale. Riconoscendo l'intrinseca pericolosità dell'agire d'impresa, la Carta individua nel titolare dell'attività il soggetto funzionalmente deputato alla gestione del rischio, ponendo a suo carico un generale onere di controllo. Data l'ampiezza della norma costituzionale, infatti, la valida costituzione di una posizione di garanzia richiede sempre il supporto di una specifica disposizione di legge che ne definisca i contorni. (G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 155).

Dall'interazione tra questi schemi emergono due distinti livelli di responsabilità: una posizione di garanzia *dell'ente* (di natura istituzionale e collettiva) e le posizioni di garanzia *nell'ente* (di stampo individuale). Tali piani non sono compartimenti stagni, ma vasi comunicanti che tendono progressivamente a sovrapporsi: l'adempimento dell'obbligo individuale perde i connotati personalistici per divenire sempre più un atto "sistemico", parte integrante di una strategia organizzativa. Tale interazione è certificata dallo stesso legislatore che, disciplinando i doveri di vigilanza del delegante, individua nella "adeguata organizzazione" il punto di caduta comune di entrambe le responsabilità, unificate dal fine ultimo della prevenzione del rischio-reato.⁴²

Sotto il profilo dell'impatto applicativo, è indubbio che il diritto penale dell'economia costituisca il terreno d'elezione per la configurabilità del concorso omissivo. È proprio in questo ambito, infatti, che il processo di individualizzazione della responsabilità penale si ancora saldamente all'individuazione delle posizioni di garanzia, ricostruite sulla base delle norme di diritto pubblico o privato che regolano l'ente. Come evidenziato,⁴³ la *Garantenstellung*⁴⁴ svolge una funzione cruciale nel definire i centri di imputazione all'interno delle organizzazioni complesse: su di essa si scaricano le istanze repressive dell'ordinamento verso i crimini d'impresa, rispondendo altresì all'esigenza di semplificare l'accertamento della responsabilità negli organi collegiali. Tuttavia, tale meccanismo non è privo di criticità. L'impresa si configura come una fonte di rischio presidiata da una pluralità di garanti, ma l'imputazione penalistica, nel tentativo di mappare queste responsabilità, mostra una marcata tendenza ad appiattirsi sulla ripartizione formale dei compiti di stampo civilistico, rischiando di importare *tout court* schemi di responsabilità che non le sono propri.⁴⁵ Si registra, dunque, uno spostamento dell'asse punitivo dalla forma alla sostanza, con la piena legittimazione dei *garanti di fatto*. Nel contesto delle realtà societarie, caratterizzate da una pluralità di attori e da un'articolata struttura organizzativa, l'individuazione del garante segue appunto il criterio dell'effettività. Le posizioni di garanzia, infatti, devono essere primariamente incardinate in capo a chi detiene il reale potere decisionale: solo chi ha la signoria sulla gestione può, e dunque deve, intervenire

⁴² A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in «Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia», 2017, p. 508 ss., p. 512.

⁴³ A. ALESSANDRI, *Impresa (Responsabilità penali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, Utet, 1992.

⁴⁴ Le criticità ermeneutiche riguardano sia la genesi fattuale delle posizioni di garanzia (emersa in giurisprudenza già prima dell'introduzione degli artt. 2639 c.c. e 299 d.lgs. n. 81/2008), sia la latitudine dei poteri impeditivi. Come acutamente osservato da A. ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2005, p. 562, il rischio è che tali obblighi vengano «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».

⁴⁵ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 54.

per neutralizzare i rischi connessi all'attività d'impresa. Ne discende che i destinatari originari dell'obbligo di protezione sono, inevitabilmente, gli amministratori e i soggetti collocati ai vertici della gerarchia aziendale.⁴⁶

Spesso, la consistenza e l'intensità dei poteri ostativi vengono pesate instaurando un collegamento immediato con l'evento lesivo da impedire. Questo *modus operandi* finisce per trascurare la dimensione contestuale: non si tiene adeguatamente conto che l'omissione si colloca all'interno di un assetto organizzativo articolato. Manca, in altri termini, una valorizzazione dello scenario plurisoggettivo, il quale costituisce l'ambiente strutturale e funzionale imprescindibile per qualificare correttamente la condotta dell'omittente. Se in ambito monosoggettivo appare pacifico dover aderire a un'interpretazione restrittiva del potere impeditivo, inteso rigorosamente come capacità di intervento diretto e immediato idonea a neutralizzare o attenuare l'evento, la prospettiva muta radicalmente quando l'omissione matura in contesti organizzativi complessi, caratterizzati da una pluralità di soggetti obbligati. Diviene dunque necessario verificare se la nozione di "impedimento" possa mantenere il medesimo significato o se, al contrario, debba essere riconsiderata in ottica plurisoggettiva, valorizzando una visione d'insieme che tenga conto del reticolo degli obblighi, della distribuzione dei ruoli e del coordinamento funzionale.⁴⁷

Anche all'interno della categoria dei reati propri economici si delinea una frattura: accanto ai reati basati sulla violazione di doveri formali, acquistano autonomia i reati propri di posizione. La peculiarità di questi ultimi risiede nel fatto che la lesione del bene è legata all'effettivo potere esercitato sulla fonte di pericolo, a prescindere dall'investitura ufficiale. Ciò muta le regole del concorso: «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».⁴⁸

⁴⁶ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Milano, Giappichelli Editore, 2025, pp. 152 ss.

⁴⁷ *Ibi*, p. 161. La tesi sostenuta dall'Autore si colloca in una posizione mediana: se appare riduttivo affermare che l'inosservanza di meri obblighi di sorveglianza sia sempre penalmente irrilevante in assenza di poteri diretti, risulta parimenti eccessivo dilatare la qualifica di garante fino a includervi chi dispone di soli poteri mediati. L'assunto di fondo è che le norme sul concorso di persone siano di per sé idonee a estendere i confini della tipicità dell'omissione impropria, incidendo sulle modalità di accertamento dei poteri impeditivi. Tale ricostruzione dimostra, da un lato, l'inutilità di certe forzature dottrinali volte ad ampliare a dismisura la nozione di "posizione di garanzia" e, dall'altro, l'infondatezza di quegli orientamenti che ancorano la responsabilità concorsuale esclusivamente alla rigida dicotomia tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza.

⁴⁸ Si osserva una diretta correlazione tra l'aumento delle situazioni generatrici di obblighi impeditivi e l'espansione del concorso mediante omissione. Nell'ambito dei crimini d'impresa, la dimensione organizzativa impone una "fisiologica" attrazione delle fattispecie omissive impropri nell'orbita del concorso di persone, rendendo tale

La definizione e l'applicazione della posizione di garanzia come parametro per l'accertamento delle responsabilità individuali in contesti organizzativi complessi, presenta problematiche irrisolte. Sebbene la questione relativa alla fonte fattuale della garanzia, si pensi ad esempio la *querelle* sull'amministratore di fatto, sembri trovare una composizione normativa nell'art. 2639 c.c., il punto maggiormente critico riguarda l'ampiezza degli obblighi impeditivi. Sovente, infatti, tali obblighi vengono affermati sulla base di una esigenza astratta di tutela del bene giuridico, relegando in secondo piano i presupposti fondamentali della responsabilità omissiva: la concreta conoscenza dell'evento e la reale possibilità di impedirlo. Si assiste, in tal modo, all'affermazione di modelli di imputazione fondati su *formalismi presuntivi*; la dottrina ha ampiamente stigmatizzato il ricorso a questi che, equiparando l'impossibilità di non sapere alla conoscenza effettiva, trasformano la doverosità dell'informazione in prova del dolo.⁴⁹

La giurisprudenza tende talvolta a delineare una "impossibile non conoscenza" da parte del vertice aziendale, trasformando di fatto la conoscibilità doverosa in conoscenza effettiva. Questa operazione ermeneutica rischia di stravolgere il paradigma della responsabilità per omissione dolosa, convertendola in una responsabilità "di posizione", legata non tanto alla condotta tenuta, quanto al ruolo ricoperto all'interno dell'organigramma. La necessità di arginare questa deriva e di preservare il principio di tassatività aveva animato il Progetto Grosso⁵⁰, il quale tentava di definire normativamente le posizioni di garanzia per delimitare la sfera di riferibilità degli eventi, specialmente nell'attività d'impresa caratterizzata da una molteplicità di soggetti coinvolti. Se la dottrina ha tentato minuziosamente di circoscrivere, sul versante del reato monosoggettivo, l'ambito di operatività dell'art. 40 c. 2 ai soli reati di evento, la giurisprudenza, invece, omette di ricercare una solida legittimazione normativa per il diverso ambito operativo dell'art. 40 cpv. c.p., fondando la punibilità della partecipazione omissiva esclusivamente sulla portata e sulla consistenza degli obblighi di garanzia. Eppure, proprio il contenuto di tali obblighi può rivelarsi determinante per qualificare il ruolo dell'omittente: qualora il garante difetti in concreto di poteri impeditivi pieni, disponendo solo di doveri di vigilanza o "contenimento", la sua inerzia potrebbe rilevare unicamente come agevolazione negativa del fatto altrui. Appare dunque apprezzabile l'orientamento dottrinale che propone una

settore il principale banco di prova per l'istituto. (A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 55; A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, I, I principi generali*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 43 ss.).

⁴⁹ F. STELLA, D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in «Rivista trimestrale di diritto penale economico», 1990, pp. 553 ss.

⁵⁰ L'Autore si riferisce all'art. 16 e, in particolare, 22 e 23 del Progetto approvato dalla Commissione Ministeriale per la Riforma del codice penale nella seduta del 26 maggio 2001 (A. ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, p. 563).

graduazione della responsabilità basata sulla natura della posizione di garanzia, distinguendo tra obblighi di protezione, controllo e mera sorveglianza, a seconda che i poteri siano pienamente impeditivi o limitati alla supervisione.⁵¹ In particolare, chi è titolare di un mero obbligo di sorveglianza idoneo solo a ostacolare, non ad impedire, non dovrebbe rispondere a titolo di concorso omissivo, salvo l'esistenza di specifiche norme incriminatrici e ferma restando l'eventuale configurabilità del concorso morale in caso di accordo. La questione si complica ulteriormente sul piano della causalità: definire l'esatta rilevanza causale di un "non fare" atipico rispetto a una fattispecie commissiva appare operazione ardua e rischiosa per il principio di determinatezza, ancor più di quanto non avvenga per il contributo del complice attivo.

La giurisprudenza, però, non offre chiarimenti sulla qualifica del garante (autore, coautore o complice ex art. 110 c.p.), finendo spesso per sanzionare indistintamente sia l'omesso impedimento che il mero omesso controllo.⁵² Tale approccio, caratterizzato dal mancato approfondimento circa la legittimità dell'equiparazione tra agire e omettere, specie nei reati di mera condotta, rischia di dilatare indebitamente l'istituto concorsuale, estendendo la sanzione penale anche a condotte non impeditive che, a rigore, dovrebbero rimanere lecite. Se, per arginare tale rischio espansivo, ci si attenesse rigorosamente all'impostazione dogmatica tradizionale, il combinato disposto degli artt. 40 e 110 c.p. sembrerebbe precludere *tout court* la punibilità del mero sorvegliante. Poiché l'equiparazione normativa richiede un obbligo giuridico di impedire l'evento, il "non sorvegliare" non può essere sovrapposto al "non impedire"; di conseguenza, il mero apporto agevolatore fornito da chi ha solo compiti di vigilanza rimarrebbe un dato fattuale privo di rilevanza penale. Questa rigidità ermeneutica però rischia di trascurare un dato sostanziale fondamentale: l'identità teleologica che lega l'obbligo di garanzia in senso stretto a quello di sorveglianza. Entrambe le figure condividono la medesima finalità preventiva rispetto alla commissione dei reati, differenziandosi unicamente per le modalità operative: un intervento diretto e personale nel primo caso, un'azione mediata e indiretta nel secondo. Proprio questa comunanza di scopo costituisce lo snodo sistematico su cui far leva per superare le incertezze della dottrina classica. In tal senso, intervengono voci autorevoli che ammettono la configurabilità di una partecipazione criminosa mediante "omissione atipica". Si argomenta, infatti, che la forza espansiva dell'art. 110 c.p. sia tale da

⁵¹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 154 ss.

⁵² Per un'applicazione dello schema dell'esecuzione frazionata v. A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, Pisa University Press, 2022, pp. 171 ss.

attrarre nell'area del concorso punibile anche condotte inerziali che, isolatamente considerate, non soddisferebbero i requisiti dell'art. 40 c.p. In quest'ottica, che avvicina il contributo omissivo più alla complicità che all'autoria, diverrebbe rilevante anche la violazione di quei doveri di attivazione sprovvisti di immediati poteri impeditivi. Del resto, negare radicalmente la rilevanza penale dell'omessa sorveglianza condurrebbe a una conclusione difficilmente sostenibile: l'irragionevole equiparazione tra l'inerzia del soggetto qualificato, titolare di precisi doveri funzionali di vigilanza, e la mera connivenza dell'*extraneus*, totalmente privo di obblighi giuridici. Tale esito insoddisfacente è verosimilmente il frutto di una visione *atomistica* della responsabilità, che si limita a osservare il rapporto tra singolo obbligato ed evento; una prospettiva ormai inadeguata a comprendere le dinamiche delle organizzazioni complesse, dove la prevenzione del rischio non si gioca solo sul potere di impedimento fisico, ma sulla corretta circolazione delle informazioni e sulle interazioni tra diversi livelli di controllo. I giudici di legittimità sottolineano, inoltre, come il diritto societario attribuisca ai sindaci specifici poteri di ricognizione e segnalazione, quali l'attivazione dei flussi informativi endosocietari, la sollecitazione del Consiglio di Amministrazione o la denuncia al Tribunale, a cui va riconosciuta un'efficacia impeditiva, seppur di natura indiretta. Tali strumenti, infatti, assumono rilievo ai fini della responsabilità ex artt. 40 cpv. e 110 c.p. in quanto idonei a innescare l'intervento inibitorio di terzi soggetti (l'organo gestorio, l'assemblea o l'autorità giudiziaria). Si afferma così il principio per cui, all'interno delle complesse dinamiche societarie, la posizione di garanzia può legittimamente estrinsecarsi anche in obblighi di natura meramente «sollecitatoria»; questi ultimi, pur possedendo un'efficacia diversa e minore rispetto all'impedimento diretto, costituiscono comunque presidi validi per la prevenzione dell'evento illecito.⁵³

Come è emerso, se sul piano teorico la distinzione tra posizione di garanzia, che impone l'impedimento dell'evento, e mero dovere di sorveglianza appare nitida, la prassi giudiziaria in ambito societario ne svela la precarietà, rischiando di scivolare verso forme occulte di responsabilità di posizione. Un esempio paradigmatico delle tensioni tra dato normativo e prassi è offerto dalla figura dell'amministratore delegante. Nonostante la riforma del 2003 abbia inteso circoscrivere l'area del rischio penale sostituendo l'onnicomprendente obbligo di vigilanza con il più specifico "dovere di agire informati", la giurisprudenza di legittimità ha sostanzialmente neutralizzato tale portata innovativa. Facendo leva sul combinato disposto degli artt. 40 cpv. c.p. e 2392 c.c., le Corti continuano a riconoscere una posizione di garanzia *di default*,

⁵³ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 72. L'Autore riporta a titolo esemplificativo Cass. pen., Sez. V, 4 ottobre 2018, n. 44107.

trasformando spesso la mancata acquisizione di informazioni, condotta tipicamente colposa, in un indice sintomatico di dolo. Come denunciato da autorevole dottrina⁵⁴, si assiste ad una sorta di *interpretatio abrogans* della riforma: il dovere di agire informati rischia di divenire non un limite alla responsabilità, bensì lo strumento per affermare una responsabilità di posizione, prescindendo dalla verifica dei concreti poteri impeditivi. Ancora più problematica risulta la collocazione sistematica dell'Organismo di Vigilanza. Se da un lato la giurisprudenza più avveduta nega che l'O.d.v. possa vestire i panni del garante, stante la mancanza di poteri di amministrazione attiva e la limitazione dei suoi compiti alla verifica sistemica del Modello, dall'altro emergono tesi dottrinali che tentano di ridefinirne il ruolo in chiave repressiva. Si allude, in particolare, alla teoria che intravede nell'O.d.v. una sorta di *polizia interna*,⁵⁵ gravata da un obbligo di denuncia penalmente sanzionato, la cui omissione integrerebbe il mancato impedimento dell'evento. Una simile ermeneutica, eppure, pare tradire la ratio del d.lgs. 231/2001, che disegna l'O.d.v. come presidio di prevenzione e non di indagine. Pertanto, l'assenza di poteri impeditivi reali suggerisce cautela: piuttosto che dilatare le maglie del reato omissivo, sarebbe più coerente sanzionare l'O.d.v. solo laddove il suo operato si traduca in un contributo causale attivo all'illecito. Il quadro delineato invita a superare talune certezze granitiche. Sebbene la giurisprudenza dia per pacifica l'esistenza di una posizione di garanzia per sindaci e amministratori privi di delega, tale approccio si rivela spesso vago, fondandosi su norme generali (quale l'art. 2392 c.c.) piuttosto che sulla verifica della concreta governabilità del rischio. Critica è la scarsa tenuta della distinzione teorica tra obblighi di garanzia e meri doveri di vigilanza. Tale classificazione rischia di naufragare di fronte all'indeterminatezza dell'art. 40, comma 2, c.p., che non tipizza le modalità dell'impedimento. Ne consegue che l'unico criterio ermeneutico solido non va ricercato nelle etichette dogmatiche, bensì nello studio analitico dei poteri: occorre abbandonare le astrazioni per verificare, caso per caso, se i

⁵⁴ A. PROVERA, *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2025, p. 199, L'Autore riporta la lucida critica formulata da Alberto Crespi, il quale stigmatizzava le derive di una prassi giudiziaria incline a dilatare i doveri di vigilanza dell'amministratore fino a "concezioni ossessive". Tale monito appare oggi dirimente per evitare che, nell'ambito della responsabilità plurisoggettiva nelle strutture complesse, si reiterino automatismi colpevolisti volti a sanzionare a titolo di dolo condotte riconducibili, al più, a profili di negligenza o a un agire comunque informato (A. CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dall'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. 6/2003*).

⁵⁵ A. PROVERA, *L'intreccio e la successione delle posizioni*, pp. 202 ss.; l'Autore riporta la teoria di Padovani (T. PADOVANI, *Societas non delinquere, sed puniri potest, Corso di lezioni nella Scuola Superiore Sant'Anna*, a.a. 2020/21, lezione del 17 novembre 2020, p. 41), il quale rimarca la differenza strutturale rispetto ad altri organi di controllo: l'attività del collegio sindacale, ancorché rilevante ex art. 2403 c.c., nasce per la tutela di interessi privati endosocietari, collocandosi dunque al di fuori di una funzione di garanzia pubblicistica.

poteri attribuiti al soggetto, pur nella loro diversità, possedessero una reale efficacia impeditiva rispetto all'evento lesivo.⁵⁶

La giurisprudenza ha esteso con una certa disinvoltura l'ambito della compartecipazione omissiva a reati di mera condotta e a forma vincolata⁵⁷, spesso trascurando di verificare la solidità dell'obbligo impeditivo sottostante. Ciò è evidente nei confronti dei pubblici amministratori: si va dalla responsabilità dell'assessore per l'altrui reato ex art. 734 c.p., a quella del sindaco per omesso contrasto all'inquinamento. In ambito edilizio, invece, mentre si tende a escludere il concorso del proprietario per gli abusi dei congiunti,⁵⁸ si valorizza la responsabilità degli organi di controllo.⁵⁹ Grande rilievo assume la tematica dell'omesso impedimento nel diritto penale dell'economia: sebbene dottrina autorevole⁶⁰ avesse sollevato dubbi sull'effettività dei poteri impeditivi di amministratori e sindaci già sotto la vigenza dei vecchi artt. 2392 e 2403 c.c., la giurisprudenza ha mantenuto una linea rigorosa. Per quanto concerne i sindaci, si assiste a una precisazione: la loro responsabilità per i reati concorsuali degli amministratori non è una presunzione derivante dalla mera posizione di garanzia, ma necessita di riscontri probatori sintomatici di una reale partecipazione.⁶¹ Analogo rigore investe il rapporto tra prestanome e amministratore di fatto.⁶² Anche dopo la riforma del 2003, l'amministratore risponde ex art. 40 cpv. c.p. se omette di attivarsi pur in presenza di "segnali di allarme" che rendevano prevedibile l'evento.⁶³

Le distorsioni di tale sistema imputativo appaiono ancor più evidenti se si considera che la responsabilità dei vertici si concentra oggi prevalentemente su due settori: la bancarotta (complici i lunghi termini di prescrizione) e i reati di danno alla persona a lunga latenza. Nel

⁵⁶ A. PROVERA, *L'intreccio e la successione delle posizioni*, p. 205.

⁵⁷ Cass. pen., Sez. I, 22 ottobre 2013, n. 43273.

⁵⁸ C. 15.03.1994, in «Rivista penale», 1998, p. 888; C. 21.06.1985, in «Giustizia penale», 1986.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2012, n. 7765.

⁶⁰ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*, p. 353.

⁶¹ Cass. pen., Sez. V, 17 marzo 2021, n. 20867. Si legge «Deve ribadirsi, invece, che la responsabilità dei sindaci non può desumersi da una mera loro posizione di garanzia e dal mancato esercizio dei relativi doveri di controllo, ma postula l'esistenza di elementi, dotati di adeguato e necessario spessore indiziario, sintomatici della partecipazione, sia pur libera e portata "in qualsiasi modo", dei sindaci stessi all'attività degli amministratori ovvero dell'effettiva incidenza causale dell'omesso esercizio dei doveri di controllo rispetto alla commissione del reato di bancarotta fraudolenta da parte di costoro (Sez. 5, n. 15360 del 5/2/2010, Tacconi, Rv. 246956).»

⁶² Cass. pen., Sez. III, 27 novembre 2013, n. 47110, si legge: «Rileva in particolare che l'amministratore di diritto, quale legale rappresentante della società è obbligato alla presentazione delle dichiarazioni IVA e IRES ed è formalmente titolare di una posizione di garanzia, per cui risponde a titolo responsabilità omissiva in ordine alle violazioni della legge tributaria, avendo l'obbligo di impedire l'evento, anche se esiste, come nel caso di specie, un amministratore di fatto, il quale concorre nel reato».

⁶³ Spostando l'attenzione sulla struttura del concorso, interessante è l'ipotesi "speculare" in cui un soggetto, privo di obblighi, istighi un garante a non agire (es. istigazione alla madre a lasciar morire di inedia il figlio). Qui la condotta dell'istigatore, di per sé atipica rispetto all'art. 40 cpv., diviene punibile grazie all'art. 110 c.p., che estende la responsabilità *all'extraneus* che abbia causalmente contribuito all'omissione del garante, secondo un meccanismo analogo al concorso nel reato proprio. (L. RISICATO, *La partecipazione mediante*, p. 469).

primo caso, l'irragionevole severità del sistema parifica, dal punto di vista delle sanzioni, fattispecie di pericolo astratto (art. 216 l.f.) e di danno (art. 223, co. 2, l.f.), perpetuando un approccio formalistico.⁶⁴ Nel secondo caso (es. malattie professionali da amianto o sostanze tossiche), la gestione penalistica dei reati a lungo decorso causale mette in crisi la capacità stessa del diritto penale di governare le dinamiche della c.d. società del rischio, suscitando, alla luce della recente giurisprudenza, forti perplessità dogmatiche.⁶⁵

La complessità organizzativa delle medie e grandi imprese impone di classificare le posizioni di garanzia non come entità isolate, ma come nodi di una rete interconnessa che trova nell'organizzazione il proprio tessuto connettivo. Sotto il profilo classificatorio, si assiste al fenomeno della concatenazione dei ruoli, che si traduce in una struttura gerarchica di garanzie modulabili per intensità e funzione. È possibile, dunque, mappare queste responsabilità secondo un criterio "a cascata" che distingue diverse sfere di competenza: la sfera dell'alta amministrazione (livello decisionale), quella del management intermedio (livello direzionale ed esecutivo) e quella degli organi di vigilanza (livello di controllo). A questa ripartizione strutturale corrisponde, sul piano teorico, la distinzione tra diverse tipologie di obblighi: si va dai compiti di organizzazione primaria, tipici dei vertici e volti a disegnare i protocolli di sicurezza, a quelli di organizzazione secondaria, propri dei livelli operativi e focalizzati sull'attuazione delle misure preventive.⁶⁶

Un ulteriore piano di analisi, in cui il fattore organizzativo gioca un ruolo determinante, è quello segnato dalla tradizionale dicotomia tra posizioni di garanzia originarie e posizioni derivate. Le prime, come ribadito dalla Suprema Corte, attengono a figure di garanti che possiedono una sfera di responsabilità intrinseca, discendente direttamente dall'investitura formale o dalla situazione di fatto, senza necessità di ulteriori mediazioni;⁶⁷ il soggetto è titolare *ex lege* della garanzia in via immediata e diretta. Poiché il nostro ordinamento tende a tipizzare le qualifiche soggettive, il ruolo dell'organizzazione è quello di dare un volto concreto a queste figure:

⁶⁴ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in *Diritto penale, IV, Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, p. 971.

⁶⁵ A. ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, pp. 564 ss.

⁶⁶ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, p. 514. Osservando le posizioni di garanzia individuali, è possibile tracciare una distinzione basata sulla natura del pericolo fronteggiato. Sebbene unificate dalla medesima funzione preventiva, si profilano due aree di tutela. Da un lato, vi è la garanzia rivolta al governo del rischio lecito, che abbraccia settori quali la sicurezza sul lavoro, la tutela ambientale e l'igiene alimentare. Dall'altro, emerge la garanzia focalizzata sul rischio illecito, che si sostanzia nel dovere di impedire condotte criminose altrui (segnatamente illeciti societari e fallimentari). Indipendentemente dall'oggetto, entrambi i paradigmi condividono una dinamica evolutiva simile: si assiste, infatti, a una progressiva proliferazione dei vincoli di garanzia, alimentata tanto dalla creatività giurisprudenziale quanto dalla positivizzazione di nuovi obblighi da parte del legislatore.

⁶⁷ Cass. pen., Sez. 4, 13 settembre 2013, n. 37738.

l'investitura formale interna serve, dunque, a recepire e identificare i destinatari degli obblighi già fissati dalla legge, attraverso la definizione dell'organigramma e del riparto di competenze. Le seconde, invece, sono il prodotto diretto dell'assetto societario: esse nascono dalla redistribuzione degli obblighi e dalla delega di funzioni, rappresentando la vera essenza del fenomeno organizzativo che modifica la mappa delle responsabilità. Le posizioni derivate sono frutto di una scelta gestionale di dislocazione del potere, formalizzata nell'atto di delega.⁶⁸ In questo ambito, il fattore organizzativo assume una valenza costitutiva: delegando funzioni, l'impresa redistribuisce il carico delle responsabilità e modifica i vincoli di tutela primari. Tale processo di decentramento, che genera *garanti derivati*, deve necessariamente rispecchiare l'effettiva struttura gerarchica dell'ente, confermando l'inscindibile legame tra l'assetto organizzativo e la validità della *Garantenstellung* derivata.⁶⁹

Questa distinzione si intreccia inevitabilmente con le modalità costitutive della posizione di garanzia, che secondo la dottrina dominante possono sorgere sia *ex jure* che *ex facto*. È proprio in questo dualismo che le Sezioni Unite⁷⁰ hanno individuato il punto di caduta del fattore organizzativo: la definizione del responsabile nasce, infatti, dal continuo bilanciamento tra i modelli astratti di agente previsti dal diritto e l'effettività dei ruoli svolti nella prassi d'impresa. Accanto alle posizioni originarie e derivate, si individua una terza dimensione della garanzia: quella fattuale. La necessità di confrontarsi con questo ambito nasce dalla frequente scissione, tipica delle organizzazioni complesse, tra la forma (titolarità della qualifica) e la sostanza (esercizio del potere). Per evitare vuoti di tutela nei reati propri d'impresa, il legislatore è intervenuto con norme estensive⁷¹ che equiparano il soggetto di fatto a quello di diritto. Queste

⁶⁸ Disciplinato dagli artt. 16 e 17 d.lgs. 81/2008; V. MONGILLO, *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo'. Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 4, L'Autore evidenzia come l'atto di investitura nei ruoli tipizzati dal legislatore (datore di lavoro, dirigente, preposto) abbia natura di "atto attributivo di un incarico funzionale", idoneo a descrivere una precisa area di responsabilità. Il conferimento dei poteri insiti nella qualifica comporta, dunque, l'automatica assunzione iure proprio (a titolo originario) dei relativi obblighi di prevenzione.

⁶⁹ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, p. 518.

⁷⁰ Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014 n. 38343, c.d. Sentenza *Thyssenkrupp*.

⁷¹ Si pensi all'art. 2639 c.c. il quale prescrive: «Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.

Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni alla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi.»

O ancora, l'art. 299 d.lgs. 81/2008: «1. Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti.»

Sul punto, si evidenzia come l'art. 299 d.lgs. 81/2008 dia legittimità a posizioni di garanzia sorte per "partenogenesi" dal concreto assetto organizzativo. La dottrina le qualifica come posizioni derivate di natura

clausole fungono da moltiplicatori delle posizioni di garanzia: sancendo la rilevanza penale dell'esercizio continuativo e significativo dei poteri tipici, esse ampliano a dismisura l'area di applicazione dell'art. 40 c.p. Ne deriva un sistema in cui il garante di fatto è pienamente investito dell'obbligo di impedire i reati societari, esponendosi alla responsabilità per concorso mediante omissione. La dottrina ha evidenziato come tale meccanismo crei una sorta di doppio binario di controllo: si instaura una relazione speculare tra amministratore di fatto e di diritto, entrambi garanti l'uno dell'altro. Tuttavia, questa costruzione, se spinta all'estremo per assecondare esigenze probatorie, rischia di trasformarsi in una trappola presuntiva che deduce automaticamente la responsabilità dalla mera fungibilità dei ruoli, a discapito dell'accertamento concreto.⁷²

La sfida lanciata dalla modernità al diritto penale si sostanzia nel passaggio dal *pericolo* tradizionale al *rischio* globale e indecifrabile. Sebbene la gestione del rischio e il principio di precauzione siano strumenti legittimi e necessari nella sfera amministrativa e politica per governare l'incertezza, la loro trasmigrazione automatica nel diritto penale rappresenta una grave insidia per le garanzie individuali. Non appare costituzionalmente legittimo attribuire una responsabilità penale, basata sugli artt. 25 e 27 Cost., senza dimostrare scientificamente il nesso tra la condotta del garante e l'evento, né che tale evento rientrasse nel suo effettivo controllo.⁷³ In questo scenario, il garante rischia di rispondere per un evento *indeterminabile ex ante*, definito solo a posteriori come aumento del rischio, attraverso una dilatazione estrema delle regole cautelari in cui la precauzione si sostituisce indebitamente alla prudenza. Tale impostazione, lungi dal garantire una reale prevenzione, sembra assecondare una logica puramente retributiva, volta a soddisfare un bisogno sociale di punizione anche a costo di deformare i principi del diritto e del processo, rendendo le sanzioni arbitrarie e prive di efficacia preventiva.⁷⁴

fattuale, originate dalle scelte discrezionali dell'imprenditore nell'articolazione dei poteri (mosse organizzative), le quali assumono valore di fonte dell'obbligo giuridico. Sotto tale ombrello normativo ricadono ipotesi quali la subdelega vietata (ex art. 16), l'usurpazione di funzioni, nonché l'assunzione "in nero" o lo svolgimento di mansioni superiori (A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, p. 518).

⁷² A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, p. 519.

⁷³ P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, CEDAM, 2003.

⁷⁴ A. ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, p. 566.

3.3 Il garante: autore, coautore o complice? La posizione di omesso impedimento nel sistema tedesco.

In continuità con quanto esaminato nei capitoli precedenti⁷⁵, e prima di addentrarsi nell'analisi delle singole teorie dottrinali, appare indispensabile delineare con precisione le figure di autore e di partecipe così come codificate dal diritto penale tedesco.

Il dato legislativo dello *Strafgesetzbuch* offre parametri stringenti. La qualifica di autore (*Täter*) è disciplinata dal § 25 StGB, che ricomprende sia colui che realizza il fatto tipico in prima persona, sia colui che lo commette «per mezzo di altri» (autoria mediata, comma 1); nel caso di pluralità di agenti, la norma configura l'istituto della coautoria (*Mittäterschaft*, comma 2).

Diversa è la collocazione riservata al concorso in senso stretto (*Teilnahme*), ovvero la posizione di chi non esegue la condotta tipica ma offre un contributo esterno: si tratta delle figure dell'istigatore (*Anstifter*, § 26 StGB) e del complice che presta assistenza (*Beihelfer*, § 27 StGB). Tale distinzione normativa riflette una precisa differenziazione sul piano dell'elemento psicologico: mentre l'autore agisce volendo il fatto come proprio, il partecipe dirige la propria volontà unicamente al sostegno o alla provocazione dell'altrui condotta. Un punto di vista peculiare è offerto dalla ricostruzione dogmatica di Claus Roxin, nota come *Pflichtdeliktslehre* (teoria dei reati di violazione di un obbligo).⁷⁶ Secondo tale impostazione, la qualifica di autore non dipende tanto dal dominio sul fatto, quanto dalla violazione diretta di quei doveri speciali connessi alla posizione di garanzia; in quest'ottica, infrangere l'obbligo giuridico diviene elemento costitutivo ed essenziale dell'autoria. Comunque, tale automatismo non è rimasto esente da critiche nel dibattito giuridico tedesco. Parte della dottrina e della giurisprudenza, infatti, ridimensiona la necessaria coincidenza tra garante e autore facendo leva

⁷⁵ *Supra*, 2.3.- L'impostazione della disciplina tedesca in materia di concorso.

⁷⁶ C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Vol. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H.BECK, 2003 pp. 671-675.

sull'interpretazione dei §§ 8⁷⁷ e 9⁷⁸ StGB.⁷⁹ Sebbene tali norme regolino formalmente il *tempus* e il *locus commissi delicti*, la loro struttura logica suggerisce implicitamente che la condotta omissiva non debba sfociare necessariamente nell'autoria, ammettendo la configurabilità di un semplice concorso (*Teilnahme*) anche in capo al soggetto che omette di agire.

Premesso tale contesto, è utile osservare come la giurisprudenza di legittimità tedesca abbia tracciato, nella sua evoluzione storica, due percorsi ermeneutici distinti. L'orientamento che vanta la maggiore tradizione e adesione è quello incardinato sulla cosiddetta *teoria soggettiva*. Questa impostazione si muove da premesse teoriche agli antipodi rispetto alla *Pflichtdeliktslehre* di Roxin: il criterio discrezionale non è l'obbligo, bensì l'atteggiamento interiore dell'agente. Si qualifica come autore chi agisce con la volontà di fare proprio il fatto di reato, mentre è concorrente chi è mosso dalla mera intenzione di sostenere l'azione altrui. Occorre sottolineare che, quando tale criterio viene applicato al reato omissivo improprio, l'esito pratico finisce per coincidere paradossalmente con quello della teoria opposta. Poiché la posizione di garanzia è ritenuta di natura strettamente personale, la giurisprudenza tende a negare la configurabilità del semplice concorso, imputando l'omissione quasi invariabilmente a titolo di autoria. Ne consegue che due teorie, pur partendo da basi logiche divergenti, approdano al medesimo risultato sanzionatorio. Il secondo orientamento, sebbene minoritario, si fonda sul criterio della *valutazione complessiva* (*Gesamtbetrachtung*). Si tratta di un tentativo ermeneutico volto a operare una sintesi tra le opposte prospettive dottrinali, bilanciando dati

⁷⁷ § 8 StGB:

«Eine Tat ist zu der Zeit begangen, zu welcher der Täter oder der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen. Wann der Erfolg eintritt, ist nicht maßgebend.»

«Un reato è commesso nel momento in cui l'autore del reato o il partecipante ha agito o avrebbe dovuto agire in caso di omissione. Quando si verifica il successo non è decisivo.»

⁷⁸ § 9 StGB:

«(1) Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.

(2) Die Teilnahme ist sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat begangen werden sollte. Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist.»

«(1) Un reato è commesso in qualsiasi luogo in cui l'autore del reato ha agito o avrebbe dovuto agire in caso di omissione o in cui si è verificato il successo relativo al reato o dovrebbe verificarsi secondo l'idea dell'autore del reato.

(2) La partecipazione è praticata sia nel luogo in cui è stato commesso l'atto, sia in qualsiasi luogo in cui il partecipante ha agito o avrebbe dovuto agire in caso di omissione o dove, a suo avver idea, il reato dovrebbe essere commesso. Se il partecipante ha agito a un atto all'estero in Germania, il diritto penale tedesco si applica alla partecipazione, anche se il reato non è punito ai sensi della legge sulla scena del crimine.»

⁷⁹ M. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten. Überlegung aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer*, in «ZIS», 2011, pp. 1-8; BGH, sentenza del 17 luglio 2009 – 5 StR 394/08, paragrafo 31.

oggettivi e soggettivi.⁸⁰ Sotto il primo profilo, l'indagine si concentra su indicatori fattuali quali l'intensità del dominio sull'accadimento, l'interesse personale al risultato e l'effettiva incidenza del contributo omissivo. Sotto il secondo profilo, non si trascura la dimensione interiore, valorizzando la conoscenza del contesto fattuale e, ancora una volta, la direzione della volontà rispetto all'evento: torna quindi in gioco la distinzione basata sull'atteggiamento psicologico, ovvero la presenza di un *animus auctoris* o di un *animus socii*.⁸¹

Come precedentemente accennato, la sistematizzazione dogmatica della *Tatherrschaft* trova il suo punto di riferimento imprescindibile nell'opera di Claus Roxin.⁸² Secondo l'illustre giurista, la linea di demarcazione tra le forme di partecipazione corre lungo il crinale del controllo sugli eventi: assurge al rango di autore chi detiene il governo del processo causale, indirizzandolo verso l'evento lesivo; degrada a mero concorrente, invece, chi esercita un influsso sulla condotta senza però disporre di quel potere decisionale ultimo e determinante. Nonostante l'autorevolezza della fonte, questa ricostruzione appare oggi segnata da limiti operativi evidenziati dalla scienza penalistica contemporanea. Si osserva, infatti, come tale impostazione rischi di rivelarsi sterile di fronte a casi limite, quali la responsabilità del revisore interno. La debolezza risiederebbe nella stessa flessibilità del concetto di *dominio*, che Roxin non cristallizza in una formula rigida ma descrive come un criterio adattabile caso per caso, rendendolo di fatto poco tassativo e di difficile applicazione pratica in questi frangenti.

In quest'ottica, la tassonomia delle posizioni di garanzia, distinguendo tra funzioni di protezione e funzioni di sorveglianza, diviene la chiave di volta per definire il titolo di partecipazione al reato. Il dibattito dottrinale ha generato diverse soluzioni, tra cui spicca la cosiddetta *teoria formale del garante (formelle Garantentheorie)*.⁸³ Secondo questa impostazione, la qualifica soggettiva muta in base al tipo di dovere violato. Il garante di protezione (*Beschützergarant*), deputato alla difesa di un bene giuridico da aggressioni esterne, risponde come autore, poiché la sua omissione è considerata decisiva per la lesione del bene. Viceversa, il garante di sorveglianza (*Überwachungsgarant*), che ha il dovere di neutralizzare

⁸⁰ T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 58a ed., 2011, § 28 comma 5a.

⁸¹ M. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, p. 3; In dottrina si osserva come la pronuncia della V Sezione sembri riecheggiare proprio tale orientamento: l'esclusione dell'autoria in capo al *compliance officer* (nella veste di revisore) deriva dalla convergenza tra un dominio sul fatto ritenuto affievolito e un atteggiamento psicologico meramente adesivo (*animus socii*). Se tale ricostruzione appare coerente con le specificità del caso Berliner Stadtreinigungsbetrieb, essa presta il fianco a critiche se generalizzata alla figura del *compliance officer*: per quest'ultimo, infatti, il problema non risiede tanto nella limitatezza del dominio, quanto nella sua totale assenza rispetto a fatti di quella natura.

⁸² C. ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pp. 10 ss.

⁸³ J. NAGLER, *Rechts-Strafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung: Leipziger Kommentar*, Berlino, Gruyter, 1994, pp. 67 ss.; K. HOFFMAN- HOLLAND, *Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen*, in «ZStW», 2006, pp. 620 ss.

una fonte di pericolo, viene relegato al rango di mero concorrente qualora un terzo attivi tale fonte: il suo mancato intervento è letto come semplice agevolazione della condotta attiva altrui.⁸⁴ Tale impostazione è stata tacciata di irragionevolezza, in quanto riconduce a gradi di partecipazione diversi violazioni di doveri strutturalmente analoghi. A ciò si aggiunge la critica al metodo: un approccio troppo formale e rigido che applica la qualifica di garante a priori, senza la necessaria flessibilità valutativa.⁸⁵

In conclusione, la problematica relativa alla qualificazione giuridica del garante che rimanga inerte a fronte di un reato commesso attivamente da terzi non trova una soluzione univoca, sebbene si possano individuare linee interpretative prevalenti.

Una prima corrente di pensiero, basata su una lettura restrittiva della teoria della signoria sul fatto (*Tatherrschaftslehre*), degrada sistematicamente l'omissione a mera complicità, sostenendo l'impossibilità per il soggetto inerte di "dominare l'accaduto".⁸⁶ Tale impostazione si espone alla censura di contraddire la *ratio* stessa del § 13 StGB, il quale ammette l'equiparazione tra agire e omettere indipendentemente da una condotta attiva di dominio.⁸⁷ Parte della dottrina critica l'utilizzo della *Tatherrschaftslehre* come criterio di imputazione per l'omissione impropria. La tesi di fondo è che il garante, non avendo il dominio fattuale del decorso causale (che spetta all'autore attivo), non possa rispondere come co-autore (§ 25 StGB), bensì solo come partecipe (*Beteiligung* ex § 27 StGB). L'inerzia del garante viene così degradata da condotta principale a condotta accessoria, sebbene taluni autori suggeriscano di modulare tale conclusione verificando, caso per caso, la natura della posizione di garanzia.⁸⁸

Diametralmente opposta è la prospettiva della *Pflichtdeliktslehre* sostenuta tra gli altri da Roxin, che, valorizzando la violazione dell'obbligo di garanzia, qualificherebbe il garante sempre come autore. Anche questa tesi appare però insoddisfacente, in quanto finisce per obliterare la distinzione codicistica tra autoria e partecipazione nell'ambito dei reati omissivi. Né appare risolutiva la terza via, che tenta di discriminare in base alla tipologia di garante (della protezione o della sorveglianza), stante la difficoltà pratica di tracciare confini netti tra le due figure e l'assenza di un aggancio normativo esplicito.⁸⁹

Alla luce di tali criticità, appare preferibile aderire all'opinione dominante, la quale risolve la questione applicando i criteri generali di delimitazione validi per i reati comuni. Mentre la

⁸⁴ R. D. HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin- New York, 1972, pp. 257 ss.

⁸⁵ M. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, p. 6.

⁸⁶ K. KUHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Vahlen, 2017, p. 230.

⁸⁷ R. RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Strafrecht AT*, C.H.BECK, p. 15.

⁸⁸ ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, pp. 140 ss

⁸⁹ *Ibi*, p. 167.

giurisprudenza tende a valorizzare l'elemento soggettivo (*animus dell'agente*), la dottrina maggioritaria fa leva, in modo più convincente, sul concetto di "signoria potenziale sul fatto": il garante è qualificabile come autore se, adempiendo al proprio dovere giuridico, avrebbe avuto la concreta possibilità di dominare e arrestare il decorso causale dell'evento.⁹⁰

In questo quadro complesso, meritano menzione le tesi che differenziano il titolo di responsabilità sulla base del contenuto della garanzia. Secondo tale impostazione, se il garante riveste una posizione di protezione, egli risponde sempre come autore (*Täter*), essendo equiparati i pericoli naturali e quelli umani. Se invece ricopre una posizione di controllo, egli risponde come mero ausiliario (*Gehilfe*), in virtù del fatto che il dominio dell'azione resta nelle mani dell'agente materiale. Unica eccezione a quest'ultima regola si ha quando il terzo è un soggetto non imputabile: in tal frangente, venendo meno l'altrui autodeterminazione, il garante torna ad assumere la veste di autore principale.⁹¹ Una diversa corrente di pensiero individua il *discrimen* nell'efficacia causale ipotetica della condotta doverosa. Secondo tale impostazione, la qualificazione giuridica dipende dall'intensità dell'effetto impeditivo: qualora si accerti che l'intervento del garante avrebbe, con certezza, impedito il verificarsi dell'evento, si configura una responsabilità a titolo di co-autoria (*Mittäterschaft*). Viceversa, laddove l'azione omessa avrebbe comportato soltanto una riduzione del rischio, senza garantire la neutralizzazione dell'evento, l'omissione deve essere degradata e punita secondo gli schemi della mera partecipazione (*Teilnahme*).⁹²

Vale la pena esaminare un ultimo aspetto dogmatico di cruciale importanza per comprendere la portata, potenzialmente espansiva, della responsabilità penale all'interno degli enti complessi. Ci si riferisce, nello specifico, all'impatto che l'adozione di determinate teorie sull'autoria potrebbe avere sulla figura del *Compliance Officer*. Il nodo problematico emerge con chiarezza se si analizza la posizione di questi soggetti attraverso la lente della teoria obiettivo-formale della violazione dell'obbligo giuridico, elaborata dalla dottrina tedesca. Secondo tale impostazione, nei reati omissivi impropri, la distinzione tra autore e partecipe non si fonderebbe sul dominio fattuale dell'accaduto, bensì sulla natura dell'obbligo violato. Roxin pone infatti in

⁹⁰ In argomento, la teoria della *potentielle Tatbeherrschung* (dominio potenziale del fatto), che discrimina tra autoria (*Täterschaft*) e partecipazione (*Teilnahme*) misurando l'intensità del potere di controllo sulla persona vigilata. Il criterio è inversamente proporzionale allo sforzo necessario per impedire l'evento: se per bloccare il reato è sufficiente un mero richiamo verbale (es. rapporto docente-alunno), il garante ha un dominio tale da rispondere come autore. Viceversa, qualora l'ammonimento sia inefficace e si renda necessaria la privazione materiale dei mezzi (conseguente a una minore influenza psicologica sull'agente), la responsabilità degrada a mero concorso. Sul punto, con riferimento alla figura del *Compliance Officer*, (BGH, 17 luglio 2009 - 5 StR 394/08, in BGHSt 54, pp. 44 ss.)

⁹¹ R.D. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, München, 1977, pp. 82 ss

⁹² U. MURMANN, *Beteiligung durch Unterlassen*, C. FAHL et al. (a cura di), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, München, 2015, pp. 191 ss.

un rapporto di immediatezza la lesione dei doveri scaturenti dalla posizione di garanzia e il titolo di responsabilità: la violazione dell'obbligo extra-penale di garanzia sarebbe, di per sé, costitutiva della qualità di autore.

Applicando rigorosamente questo paradigma teorico alla realtà aziendale, le conseguenze giuridiche risulterebbero dirompenti. Se si riconoscesse in capo ai componenti del *Compliance Officer* una vera e propria posizione di garanzia impediva, l'adesione alla *Pflichtdeliktslehre* comporterebbe un automatico scivolamento della loro responsabilità verso l'autoria. In altri termini, l'inerzia del *Compliance Officer* a fronte della commissione di un reato da parte dei vertici o dei sottoposti non verrebbe qualificata come un mero contributo agevolatore (concorso), bensì come una condotta da co-autore del reato stesso.⁹³

Tale prospettiva ermeneutica, sebbene coerente sul piano formale, svela la sua irragionevolezza sul piano politico-criminale e pratico. Essa finirebbe per equiparare, il soggetto che ha il compito di vigilare sul rispetto delle procedure con colui che materialmente realizza l'offesa al bene giuridico. Si verificherebbe, dunque, un aggravamento ingiustificato della posizione processuale e sostanziale dei membri del *Compliance Officer*: pur privi spesso dei poteri impeditivi diretti tipici dell'amministratore, essi si ritroverebbero a rispondere come co-autori omissivi di una lesione attivamente cagionata da terzi. Questa frizione evidenzia come l'eventuale riconoscimento acritico di una posizione di garanzia in capo al *Compliance Officer*, coniugato con teorie formali dell'autoria, rischi di trasformare una funzione di controllo in un capro espiatorio automatico per le condotte illecite altrui, forzando le maglie del sistema penale oltre i limiti della colpevolezza personale e della ragionevolezza.⁹⁴

⁹³ BGH, sentenza del 17.07.2009 – 5 StR 394/08, riguardante la condanna per concorso in truffa mediante omissione di un responsabile della revisione interna di un'azienda comunale. Nel confermare la condanna, il V Senato ha equiparato la figura del revisore a quella del *Compliance Officer*. La Corte ha stabilito che il dovere di prevenire violazioni di legge per tutelare l'ente da rischi patrimoniali e reputazionali costituisce il fondamento di una posizione di garanzia penalmente rilevante (*Garantenstellung*) ex § 13 StGB. Tale obbligo di garanzia impone al soggetto di impedire attivamente la commissione di reati da parte dei dipendenti dell'impresa, rappresentando il necessario rovescio della medaglia dei doveri assunti verso la direzione aziendale. La decisione del BGH sul revisore interno si accontenta di un'unica frase, secondo cui sussiste complicità perché l'imputato "ha agito soltanto con dolo di favoreggiamento [...]". Dal punto di vista del diritto della revisione, non sorprende certo che il Senato non si soffermi a lungo sulla questione. Dopotutto, l'imputato non era gravato dall'assunzione della complicità (essendo questa meno grave dell'autoria).

⁹⁴ M. KRÜGER, *Beteiligung durch Unterlassen*, p. 8.

3.4 I poteri impeditivi nell'ambito del concorso omissivo

Come si è avuto modo di anticipare in più passaggi nel corso del presente elaborato, l'interazione tra la clausola di equivalenza prevista dall'art. 40, comma 2, c.p. e la norma sul concorso di persone di cui all'art. 110 c.p. rappresenta un aspetto delicato del nostro ordinamento. Si può configurare una responsabilità per concorso omissivo (ex art. 110 c.p.) solo quando la posizione di garanzia sia finalizzata ad impedire specificamente l'altrui reato, intercettando dunque il fatto nelle sue componenti oggettive e, in primis, la condotta umana illecita. Diversamente, qualora l'obbligo giuridico abbia come termine di riferimento il mero accadimento naturalistico (l'evento), si ricade nell'alveo della responsabilità monosoggettiva ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. In tale ipotesi, si è di fronte alle classiche posizioni di garanzia: o quella di protezione, volta a preservare un bene determinato da ogni fonte di pericolo, o quella di controllo, volta a neutralizzare una specifica fonte di pericolo a tutela di una pluralità di beni.⁹⁵

Nel caso in cui il dovere giuridico imponga di impedire specificamente la condotta illecita altrui, l'impedimento dell'evento lesivo diventa una conseguenza dell'impedimento di tale condotta. In questo scenario, l'omissione del garante non sussiste autonomamente, ma *accede* ad un fatto di reato commesso da un terzo. Per questo motivo, per punire il mancato intervento, è imprescindibile ricorrere alla combinazione tra l'art. 40 cpv. e l'art. 110 del codice penale. È l'istituto del concorso, infatti, che permette di estendere la punibilità a chi, non agendo, ha permesso la realizzazione del fatto tipico altrui. Trattandosi di compartecipazione, è necessario accertare anche la dimensione psicologica: il garante deve non solo omettere di agire, ma deve farlo con la volontà di concorrere nel reato, condividendone l'evento. Questa figura di garanzia si colloca in una zona autonoma rispetto alle classificazioni ordinarie. A differenza della garanzia di controllo, qui la fonte del pericolo è un soggetto libero e responsabile, non un fattore materiale; a differenza della garanzia di protezione, l'intervento doveroso non si concentra sulla salvaguardia passiva del bene, ma sull'interferenza attiva nella sfera d'azione dell'autore del reato. Pertanto, il titolare della posizione di garanzia va individuato esclusivamente in colui che possiede gli strumenti giuridici per condizionare l'attività del terzo: un potere di *ingerenza* che deve essere capace di arrestare la condotta illecita nel suo divenire, prevenendo l'evento attraverso il blocco dell'azione umana che lo causerebbe.⁹⁶

⁹⁵ P. SEMERARO, *La partecipazione mediante omissione*, p. 593.

⁹⁶ Sul tema, A. MASSARO, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene Editore, 2013, p. 258, individua il criterio discrezionale nella finalità della tutela: mentre nelle posizioni di protezione e controllo la salvaguardia del bene è immediata, nell'obbligo di impedire l'altrui reato essa è "mediata" (o indiretta), passando necessariamente attraverso la neutralizzazione della condotta criminosa del terzo. Proprio

Di fronte a una prassi giurisprudenziale che tende a operare una combinazione quasi automatica e talvolta indiscriminata di queste due disposizioni, rischiando di dilatare eccessivamente l'area della punibilità, la dottrina prevalente avverte l'urgenza di porre un limite. Secondo tale impostazione, ampiamente condivisa dagli studiosi, l'unico modo per soddisfare questa esigenza di contenimento è operare un vaglio molto più rigoroso sui requisiti oggettivi della partecipazione omissiva. In tal senso, l'indagine non può limitarsi a criteri generici, ma deve focalizzarsi sull'accertamento della titolarità di una vera e propria posizione di garanzia in capo al soggetto. Quest'ultima, intesa non come mero obbligo formale, ma come effettivo potere giuridico impeditivo, si configura dunque come il presupposto indefettibile e imprescindibile per poter anche solo ipotizzare un concorso mediante omissione. Non è quindi in discussione la rilevanza penale della condotta omissiva in sede concorsuale, quanto piuttosto l'individuazione dei criteri che ne legittimano la punibilità. La dottrina prevalente risolve la questione applicando rigidamente il binomio posizione di garanzia e nesso causale. Comunque, tale lettura appare oggi insufficiente, poiché resta incatenata ad una prospettiva individualistica che pretende di individuare nel singolo soggetto la pienezza dei poteri impeditivi. Un simile schema interpretativo, pur adatto a figure lineari e standardizzate, si pensi ai classici esempi della madre o della guardia del corpo, si dimostra inadeguato a decifrare le dinamiche delle strutture complesse.⁹⁷ L'errore di prospettiva risiede nel non cogliere appieno la portata estensiva delle norme sul concorso. Queste disposizioni, infatti, non si limitano a replicare la responsabilità per omesso impedimento ex art. 40 cpv. c.p., ma delineano una fattispecie autonoma: imputare ad un soggetto il mancato impedimento di un evento è operazione ben diversa dal chiamarlo a rispondere del concorso nell'altrui omesso impedimento, specialmente in contesti dove il potere di agire è frammentato o condiviso. Se nel primo scenario l'omettente è necessariamente il titolare di una posizione di garanzia piena, dotata di poteri impeditivi autonomi e diretti, nel secondo caso il criterio di imputazione cambia natura. Nelle realtà organizzative complesse, infatti, l'attenzione si sposta sulla rete di relazioni tra i consociati. Non è più indispensabile che il singolo disponga di una posizione di garanzia totalizzante; ciò

tale specificità strutturale implica una diversità qualitativa dei poteri di controllo e intervento richiesti al garante, come ben evidenziato da F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, p. 176 e I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*, p. 124.

⁹⁷ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 187. Basti confrontare, a titolo esemplificativo, la linearità causale dell'inerzia del bagnino che assiste all'annegamento – ove il potere impeditivo è fisico, immediato e risolutivo – con la posizione di un membro del Consiglio di Amministrazione di una multinazionale rispetto a un reato ambientale o finanziario commesso dai vertici operativi. In quest'ultimo scenario, il garante non dispone di un potere di intervento materiale hic et nunc, ma è inserito in un ingranaggio decisionale plurisoggettivo e procedimentalizzato, ove l'impedimento dell'evento non è diretto, ma transita necessariamente attraverso l'attivazione di flussi informativi, la sollecitazione di controlli e l'esercizio del diritto di voto.

che rileva è la partecipazione ad una *Garantenstellung* collettiva. In tale prospettiva, l'omissione assume rilievo penale non perché il soggetto avrebbe potuto impedire l'evento da solo, ma perché ha violato l'obbligo di attivarsi in modo sinergico con altri. Il dovere giuridico, quindi, si trasforma: non più obbligo di impedimento *tout court*, ma obbligo di co-impedimento, che vincola anche soggetti privi di poteri risolutivi autonomi ma essenziali alla gestione condivisa del rischio.⁹⁸

Muovendo dalla ormai consolidata differenziazione tra obblighi di garanzia e meri doveri di sorveglianza, la dottrina più recente ha focalizzato l'attenzione sulla natura dei poteri impeditivi, ritenuti elemento costitutivo esclusivo della prima categoria. Il punto di partenza di tali analisi risiede nel rifiuto di una concezione basata sul mero controllo *naturalistico* o fattuale dell'accadimento: si afferma, al contrario, la necessità di configurare l'obbligo di impedire l'altrui reato come un'autonoma posizione di garanzia, necessariamente presidiata da poteri di natura *giuridica*. Secondo un primo orientamento, la disponibilità di un «potere giuridico impeditivo» rappresenta il filtro indispensabile per fondare l'equivalenza causale. Affinché l'inerzia del garante possa essere equiparata alla causazione attiva, è necessario che egli disponga, sul piano astratto, di strumenti idonei a realizzare un intervento diretto e risolutivo sulla situazione di pericolo che minaccia il bene protetto.⁹⁹

Studi successivi hanno proposto un'ulteriore restrizione del concetto, valorizzando il principio di *autoresponsabilità*. Poiché tale principio rende eccezionale la responsabilità per fatto altrui, essa può legittimamente configurarsi solo all'interno di relazioni caratterizzate da gerarchia e soggezione, le uniche che giustificano un dovere di interferenza nella sfera dell'agente. In quest'ottica, il potere impeditivo non può ridursi a una generica possibilità di influenza, ma deve assurgere a vera e propria «potestà»: una posizione di supremazia che conferisca al garante la titolarità di atti giuridici vincolanti, capaci di neutralizzare gli effetti tipici della condotta criminosa. Ne deriva una relazione correlativa in cui al potere di conformazione del garante corrisponde, in capo al vigilato, uno stato di soggezione. Restano conseguentemente esclusi dall'area della garanzia tutti quei poteri che, pur potendo occasionalmente ostacolare l'illecito (come, ad esempio, il potere di denuncia), si risolvono in una mera possibilità di fatto di

⁹⁸ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 188.

⁹⁹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, pp. 73 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 194.

influenzare le decisioni del soggetto vigilato, senza costituire un vincolo giuridico alla sua condotta.¹⁰⁰

Vi è margine di criticità nella distinzione tra obblighi di sorveglianza e posizioni di garanzia in relazione a quelle condotte omissive dolose sintomatiche di una complicità interna tra organi nella realizzazione dell'illecito, pur in assenza di contributi attivi antecedenti al reato. Per risolvere tali ipotesi, la dottrina avanza una soluzione che non appare del tutto soddisfacente: la riconduzione della fattispecie al concorso morale. Tale opzione ermeneutica, infatti, permetterebbe di fondare la responsabilità penale prescindendo dalla necessaria sussistenza di una formale *Garantenstellung*.¹⁰¹ Appare difficile, però, dimostrare come l'inerzia di un soggetto del quale si è a priori esclusa la titolarità di poteri impeditivi materiale possa esercitare una reale efficienza causale sulla determinazione volitiva dell'autore. In altri termini, non si comprende quale stimolo al reato possa derivare dal mancato intervento di un organo che, per definizione, non avrebbe avuto comunque la capacità in astratto di ostacolare la condotta criminosa nemmeno attivandosi. Questa ricostruzione tenta di superare gli scogli della causalità materiale imponendo parametri molto rigidi per l'operatività della clausola di equivalenza ex art. 40 cpv. c.p.¹⁰²

La titolarità di una posizione di garanzia si conferma, dunque, quale elemento costitutivo imprescindibile per l'imputazione di qualsiasi condotta omissiva impropria ex art. 40, cpv. c.p.; tale requisito mantiene intatta la sua necessità strutturale anche quando l'ambito applicativo della norma viene esteso attraverso il combinato disposto con l'art. 110 c.p. Discorso diverso va fatto per quelle fattispecie in cui l'agire dell'organo di controllo non si risolve in un'inerzia, ma si sostanzia in una condotta attiva e si pensi, a titolo esemplificativo, alla redazione di una relazione falsa o mendace. In tali circostanze, configurandosi un contributo materiale di tipo commissivo, l'accertamento della responsabilità penale prescinde totalmente dalla verifica di un preesistente obbligo giuridico di impedimento.¹⁰³

Nessun altro settore come quello economico-finanziario ha registrato una tale pressione sul fronte della responsabilità soggettiva per omissione. È in questo ambito che si misura la vera

¹⁰⁰ N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pp. 60 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 197.

¹⁰¹ *Ibi*, pp. 462 ss., il quale riconduce l'omissione alla fattispecie dell'istigazione laddove essa si configuri come «garanzia di non impedimento». Secondo l'Autore, tale modalità di partecipazione, pur attuandosi mediante «atti negativi», prescinde dai requisiti della posizione di garanzia, imponendo piuttosto di verificare se la «complice inazione» non si traduca, di fatto, in un «contributo positivo alla realizzazione dell'altrui reato».

¹⁰² A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 201.

¹⁰³ *Ibi*, p. 202; Cass., 21.10.1999, in «Dir. pen. proc.», 2000, p. 1208 ss., con commento di E. BUSSON, *Responsabilità "commissiva" dei sindaci per il delitto di false comunicazioni sociali?*, p. 1212 ss.

consistenza dei poteri di impedimento, infatti, il garante non è chiamato a fronteggiare eventi naturali, bensì a neutralizzare condotte illecite altrui, come accade tipicamente nei reati fallimentari e nella bancarotta. Alla base della diffusione di casi di responsabilità omissiva nelle società vi è, però, un vizio di fondo: la tendenza dei giudici a sopravvalutare i reali poteri di impedimento del garante.¹⁰⁴ Spesso si assiste a un automatismo per cui il potere di impedire viene presunto dalla sola titolarità della carica.¹⁰⁵ La parificazione tra qualifica formale e ruolo fattuale è sancita espressamente dall'art. 2639 c.c.,¹⁰⁶ che estende la qualifica soggettiva a chiunque eserciti di fatto le prerogative gestorie con continuità e in modo significativo. La ratio della norma è evidente: intercettare il reale *dominus* dell'agire sociale. Ciò pone il problema, ad esempio, della responsabilità dell'amministratore di fatto. Affinché il prestanome risponda a titolo di concorso, non basta la carica: occorre accertare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi dell'art. 110 c.p., inclusa la rappresentazione e volontà di agevolare, tramite il mancato intervento, l'illecito del gestore di fatto. La dottrina più avveduta legge nell'art. 2639 c.c. la codificazione di un criterio sostanzialistico di portata generale, valido anche *extra moenia* rispetto ai reati societari, utile a scongiurare forme di responsabilità oggettiva occulta.¹⁰⁷ Al di là delle dispute teoriche, ciò che rileva ai fini della responsabilità omissiva è che non basta detenere una teorica possibilità di ingerenza poiché non si tratta di governare decorsi causali naturali, ma di neutralizzare condotte umane e processi organizzativi.

L'esistenza di una valida posizione di garanzia postula che il soggetto disponga non solo della titolarità, ma del concreto ed effettivo esercizio delle competenze funzionali necessarie a impedire l'evento. La corretta perimetrazione del potere impeditivo sconta la genericità delle fattispecie civilistiche che delineano gli obblighi di garanzia. Sia per gli amministratori e i

¹⁰⁴ L'organizzazione aziendale funge da criterio discrezionale tra la garanzia originaria, insita nella carica, e quella derivata, frutto di ripartizione interna. Secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite (2014), la perimetrazione dei soggetti responsabili non può prescindere dalla duplice natura *-ex jure ed ex facto* -dei poteri impeditivi. Ne consegue che l'influenza del fattore organizzativo si coglie proprio nel rapporto di tensione tra il "modello legale" astratto e l'effettività del ruolo svolto. (A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2017, p. 516).

¹⁰⁵ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in «Criminalia», 2012, pp. 664 ss.; Ciò è evidente nel trattamento riservato all'amministratore formale (o *testa di legno*), ritenuto responsabile per le azioni del gestore effettivo anche quando, nella realtà dei fatti, era privo di leve concrete per bloccare l'altrui condotta criminosa; F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, in «Le Società», 2012, pp. 556 ss.

¹⁰⁶ Art. 2639 c.c.: «c. 1: Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione.

c. 2: Fuori dei casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni alla stessa posseduti o gestiti per conto di terzi.»

¹⁰⁷ F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto* p. 561.

liquidatori (artt. 2392, 2489 e 2394 c.c.), sia per i componenti del collegio sindacale chiamati ex artt. 2403 e 2407 c.c. a un controllo sostanziale e anche sostitutivo, l'ordinamento pone ampi doveri di salvaguardia del patrimonio e della legalità gestoria. Tale assetto normativo è stato interpretato in sede penale in modo estensivo, trasformando ogni violazione di un dovere di controllo nella prova dell'esistenza di un potere impeditivo non esercitato. Questa sovrapposizione concettuale ha portato a qualificare come *impeditive* condotte che impeditive non sono. Si pensi alla verbalizzazione del dissenso o all'opposizione formale in consiglio: se tali atti servono a dimostrare la distanza soggettiva dall'illecito (la dissociazione), essi si rivelano inidonei a bloccare materialmente l'evento. La critica dottrinale evidenzia come il vero potere impeditivo non possa essere confuso con la mera *non adesione*; esso postula un'idoneità causale concreta ad arrestare il decorso criminoso mentre è ancora in atto. Le prerogative puramente reattive o testimoniali, intervenendo spesso a fatto compiuto, difettano strutturalmente di quella capacità preventiva e inibitoria che è l'essenza stessa della posizione di garanzia ex art. 40 cpv. c.p.¹⁰⁸

La questione si fa ancor più delicata quando l'oggetto dell'impedimento non è un evento naturale, bensì l'agire criminoso di un terzo. In tale frangente, la posizione di garanzia deve misurarsi con il principio di *autoresponsabilità*: poiché il terzo detiene il dominio sui propri atti, imputargli l'omesso impedimento altrui rischia di creare errori sistemici.¹⁰⁹ La dottrina risolve l'aporia richiedendo che il garante disponga di un potere di *interferenza* sulla condotta altrui. Tuttavia, la natura di tale ingerenza rimane oggetto di dibattito, specie nelle dinamiche societarie tra gestione e controllo. Un dato appare però certo: mentre fronteggiare un evento naturalistico implica un'azione di condizionamento fisico-materiale, impedire un reato altrui richiede l'esercizio di poteri di natura diversa. Non si tratta di individuare barriere fisiche, ma di porre in essere atti dotati di efficacia vincolante, idonei a incidere sulla sfera volitiva del soggetto controllato.¹¹⁰ Pertanto, la responsabilità del vertice gerarchico per il fatto del

¹⁰⁸ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, pp. 666 ss. L'Autrice riporta rispettivamente in nota: Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2009 (dep. 15 maggio 2009), n. 20515, in «Giur. comm.», 2010, II, p. 190 ss., con nota di G. GIORDANENGO, F. RESTANO, *Riflessioni in materia di responsabilità civile e penale dei sindaci di società per azioni*, nella quale si afferma la responsabilità per peculato del presidente del collegio sindacale che, omettendo sistematicamente i controlli, abbia permesso l'artificiosa dilatazione dei costi di gestione; e Cass. pen., Sez. V, 3 giugno 2005 (dep. 5 dicembre 2005), n. 44279, Ambrosin, est. P.A. Bruno, in Guida dir., 2006, fasc. 17, p. 105 (s.m.), significativa per aver valorizzato, in senso disculpante, l'attivazione dell'imputato volta a provare il proprio dissenso mediante denuncia-querela verso gli amministratori di fatto e successive dichiarazioni rese in giudizio

¹⁰⁹ H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, pp. 42 ss.

¹¹⁰ La letteratura tedesca identifica tale potere nelle *Befehlsbefugnisse*, tipiche dell'ordinamento militare e caratterizzate dalla capacità di inibire la volontà del sottoposto tramite il potere disciplinare. Tale modello gerarchico si estenderebbe anche al diritto privato, investendo non solo i minori (*natürliche Unmündige*), ma anche i soggetti definiti *rechtliche Unmündige* (giuridicamente incapaci): una categoria che ricomprende chi, come il

sottoposto è circoscritta all'omesso ricorso ai poteri disciplinari o coercitivi propri della funzione; al di là di tale sfera di influenza, l'ordinamento non può imporre obblighi impeditivi. Tale logica trova applicazione peculiare nelle strutture societarie complesse. L'impresa infatti è *fisiologicamente* una fonte di pericolo per beni eterogenei: dal patrimonio aziendale all'incolumità dei terzi. L'art. 41 Cost., che subordina l'iniziativa economica alla tutela della dignità e sicurezza umana, attribuisce all'imprenditore il *governo* dei rischi derivanti dalla sua attività; è la Costituzione a delineare la figura del garante. Nondimeno, trattandosi di principio generale, l'art. 41 non è sufficiente, da solo, a fondare la punibilità: occorre sempre una normativa specifica che, attuando il principio costituzionale, definisca puntualmente i contorni della posizione di garanzia.¹¹¹

L'analisi e definizione dei poteri impeditivi ha una ricaduta fondamentale sul piano della legalità, poiché specifica il comportamento richiesto al garante e chiarisce al cittadino il comando imposto.¹¹² Innanzitutto è possibile classificare,¹¹³ sotto il profilo soggettivo, il potere impeditivo a seconda che la titolarità del potere sia in capo a un *singolo* individuo oppure a un organo *collegiale*. A titolo esemplificativo, si consideri la profonda differenza operativa che intercorre tra un amministratore delegato e un membro di un organo. Nella prima ipotesi, il potere si manifesta con carattere di immediatezza e autosufficienza: il titolare, una volta intercettato il pericolo, possiede le prerogative giuridiche per agire in autonomia, bloccando l'attività rischiosa senza dover attendere passaggi intermedi. Diametralmente opposta è la fisionomia del potere collegiale. Qui il singolo componente, pur consapevole della criticità, soffre di un deficit di potere esterno: non potendo paralizzare l'azione *uti singuli*, il suo dovere impeditivo si converte nell'obbligo di attivare le procedure interne. L'impedimento dell'evento, in questo caso, non è frutto di un atto solitario, ma il risultato di un complesso iter deliberativo

dipendente, è privato dell'autonomia decisionale in virtù del vincolo di subordinazione al datore di lavoro. (H. OTTO, J. BRAMMSEN, *Die Grundlagen der strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, in «Jura», 1985, pp. 539 ss.).

¹¹¹ C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 1988, pp. 128 ss.

¹¹² A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 78.

¹¹³ Sotto un profilo strettamente dogmatico, appare improprio discorrere di poteri *forti* o *deboli*. La distinzione reale intercorre unicamente tra poteri funzionali al piano preventivo e poteri ad esso estranei. Le categorie della forza o della debolezza, infatti, non attengono alla definizione della posizione di garanzia, bensì alla tenuta della spiegazione causale: sono parametri che servono a valutare se il nesso tra omissione ed evento regga o si disperda. È essenziale ribadire che il complesso dei poteri-doveri costituisce soltanto il primo tassello della fattispecie, definendone la tipicità astratta. Al contrario, ogni valutazione fattuale sull'intensità del potere -ovvero sulle concrete chances di successo del suo esercizio in base alle circostanze contingenti -pertiene a una fase logica successiva: quella della sussunzione del fatto storico nello schema legale risultante dal combinato disposto dell'art. 40 cpv. c.p. (ed eventualmente dell'art. 110 c.p.) con la normativa *extra-penale* di riferimento. (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale, posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bononia University Press, 2009, p. 290).

in cui l'apporto del singolo è condizione necessaria, ma non sufficiente se non supportata dalla maggioranza.¹¹⁴

In secondo luogo, guardando all'efficacia causale, si contrappongono i poteri *direttamente* impeditivi (o immediati) a quelli *indiretti* (o mediati): una distinzione che si intreccia con quella tra poteri autonomi e non autonomi, a seconda che la neutralizzazione dell'illecito possa avvenire *motu proprio* o richieda necessariamente l'attivazione di terzi soggetti.

Se nel primo caso l'esercizio del potere direttamente impeditivo produce un effetto inibitorio istantaneo sulla fonte del pericolo, nel secondo caso, quello dei poteri indiretti, tipico delle strutture organizzate, il potere si esplica attraverso l'attivazione di una procedura: l'impedimento dell'evento non è frutto esclusivo dell'agente, ma dipende dall'intervento consequenziale di terze persone attivate dall'input del garante.¹¹⁵ La dottrina dominante, con un approccio pragmatico e funzionalista, ritiene che la posizione di garanzia imponga l'esercizio di tutti i poteri disponibili, compresi quelli indiretti o procedimentali. Ragionare diversamente, infatti, significherebbe creare vuoti di tutela inaccettabili nel diritto societario: si pensi agli organi di controllo (come i sindaci), i quali, pur privi di poteri gestori diretti, dispongono di strumenti di impulso indispensabili.¹¹⁶ Questa impostazione pragmatica nasce dalla presa d'atto che, nelle moderne corporazioni, il potere di impedimento diretto è raro, soppiantato da meccanismi decisionali collegiali e complessi. Eppure, pur comprendendo tali ragioni, non è ammissibile uno snaturamento della dogmatica dell'omissione impropria. L'eccessiva attenzione sull'accertamento fattuale *ex post* non può giustificare l'indeterminatezza del precetto: è indispensabile che il garante sia messo in condizione di conoscere *ex ante* quale condotta impeditiva sia esigibile all'interno del ventaglio di opzioni giuridiche a sua disposizione.¹¹⁷ In linea con tale visione, anche la Corte di Cassazione conferma che la posizione di garanzia sussiste anche quando i poteri impeditivi si sostanziano in obblighi di natura meramente sollecitatoria, dotati di minore immediatezza, ma non per questo privi di rilievo penale.¹¹⁸ Di notevole interesse è l'evoluzione giurisprudenziale che ha

¹¹⁴ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, IV ed., Milano, Giuffrè Editore, 2012, pp. 224 ss.

¹¹⁵ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 294.

¹¹⁶ La delimitazione dei poteri impeditivi mediati rappresenta uno snodo critico, complice una tendenza ermeneutica volta a dilatarne l'operatività. Parte della dottrina, focalizzandosi sulla *probatio* della responsabilità, finisce per attribuire natura impeditiva a qualsiasi facoltà giuridica che, in astratto, sia idonea a interferire con l'iter criminoso, demandando poi al giudizio controfattuale concreto la verifica della sua reale efficacia salvifica (oltre ogni ragionevole dubbio). In quest'ottica funzionale, il potere viene degradato a mero segmento procedurale: esso concorre a definire la tipicità dell'omissione solo *ex post*, ovvero nella misura in cui l'inerzia si riveli causalmente rilevante rispetto all'evento. (C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, pp. 669)

¹¹⁷ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, pp. 670.

¹¹⁸ Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in «Cass Pen.», 2011, pp. 101 ss., nota di A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative*,

investito la figura del responsabile del servizio di prevenzione e protezione. Abbandonato l'orientamento risalente che degradava l'RSPP a semplice consulente non punibile, e superata anche la tesi che ancorava la responsabilità alla sola ingerenza gestoria di fatto, l'approdo attuale sancito dalle Sezioni Unite Thyssenkrupp riconosce una posizione di garanzia funzionale propria del ruolo. La novità dogmatica risiede nella ridefinizione del concetto di impedimento. L'RSPP,¹¹⁹ pur non potendo intervenire direttamente sull'organizzazione, mancando di poteri di spesa, esercita un controllo qualificato sui dati e sulle procedure di sicurezza. Ne consegue che il suo potere impeditivo è di natura mediata, ma efficace: egli ha l'obbligo giuridico di attivare, tramite segnalazioni e consulenza, il soggetto munito di poteri decisionali (il datore di lavoro). In tal senso, la corretta informazione e la sollecitazione del decisore costituiscono l'adempimento di un preciso obbligo di garanzia, la cui omissione assume rilevanza causale rispetto all'evento lesivo.¹²⁰

possibili confusioni e sovrapposizioni; Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in «Riv. dott. comm.», 2012, pp. 187 ss., nota di G. CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*.

Sul tema si registrano arresti che svuotano di significato la verifica del nesso di condizionamento. La Cassazione, partendo dall'assunto che l'esperimento controfattuale non possa offrire garanzie di ripetibilità scientifica, finisce per postulare l'efficacia dell'intervento dei controllori sulla base di una presunzione legislativa. Ne deriva un pericoloso automatismo che la dottrina qualifica come nesso eziologico *in re ipsa*, dedotto dalla mera violazione dell'obbligo.

¹¹⁹ F. CONSULICH, *Odv e responsabilità penale: si scrive compliance e si legge complice. Condizioni e limiti dell'imputazione del reato al controllore del modello organizzativo*, in «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 2024, p. 33; Il Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione rappresenta il caso più emblematico di *garante mediato*: una qualifica che, pur mancando di un riconoscimento testuale nel d.lgs. 81/2008, è stata consolidata per via giudiziaria. Sebbene autorevole dottrina neghi tale inquadramento, la Suprema Corte muove dal presupposto che l'RSPP risponda *in proprio* dei reati colposi di evento. La sua colpa non risiede nel mancato funzionamento dell'apparato di sicurezza collettivo, ma nell'inerzia informativa rispetto al datore di lavoro, che avrebbe dovuto essere opportunamente dissuaso da scelte pericolose attraverso l'apporto delle competenze tecniche proprie della funzione. In sostanza, pur non avendo compiti operativi di vigilanza, l'RSPP è garante della corretta valutazione dei rischi e della pianificazione delle misure: la sua responsabilità scatta, dunque, ogniqualvolta l'evento lesivo sia riconducibile a una carente o errata elaborazione del sistema preventivo.

¹²⁰ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, pp. 522 ss.; L'orientamento ermeneutico della Cassazione è transitato da una visione che negava al RSPP una propria posizione di garanzia -relegandolo a consulente privo di poteri impeditivi e sanzionabile solo a titolo di concorso colposo -a una prospettiva che ne riconosce la piena responsabilità omissiva. Tale svolta, consolidatasi con la sentenza delle Sezioni Unite sul rogo Thyssenkrupp, ha chiarito che il RSPP risponde ex art. 40, comma 2, c.p. qualora ometta di comunicare al datore di lavoro dati essenziali per la sicurezza, impedendo a quest'ultimo di neutralizzare il rischio. Secondo tale lettura, non è necessario ricorrere alle categorie del concorso di persone né verificare l'esistenza di poteri gestionali di fatto: nell'ambito della sicurezza aziendale, intesa come interazione istituzionale di competenze, la responsabilità del RSPP deriva dalla violazione degli obblighi di consulenza e informazione che si riverberano inevitabilmente sulle scelte del datore di lavoro; A. NISCO, *Posizioni di garanzia*, p. 174, difende la sostenibilità dogmatica del potere impeditivo mediato, assimilandolo a quello degli organi di controllo nelle società di capitali. Secondo la ricostruzione dell'Autore, la rilevanza penale dell'omissione si fonda sull'inserimento del garante in un ingranaggio procedurale complesso: l'azione doverosa, infatti, consiste spesso nell'attivare un altro livello di garanzia (c.d. reticolo di posizioni di controllo). Pertanto, il potere impeditivo sussiste anche in assenza di una signoria diretta sull'evento, bastando la capacità di condizionare gli accadimenti attraverso l'impulso a procedure interne (es. *risk analysis*) o la segnalazione a organi terzi dotati di poteri interruttivi.

Quando l'attività d'impresa assume la veste societaria, caratterizzandosi per la pluralità dei centri d'imputazione e la complessità dell'assetto organizzativo, l'allocatione delle posizioni di garanzia deve seguire il criterio dell'effettività. Gli obblighi di protezione, in origine, gravano necessariamente su chi detiene il potere decisionale reale: vale a dire gli amministratori e i vertici apicali, unici soggetti che possono, e dunque devono, attivarsi per neutralizzare i rischi. Muovendo da tale premessa, parte della dottrina nazionale ha elaborato una ricostruzione fondata sulla *potestà ordinatoria* (o di comando) quale nucleo essenziale del potere impeditivo. In forza di tale visione, la posizione di garanzia viene estesa oltre i gestori operativi, abbracciando anche gli amministratori privi di delega e i sindaci, ai quali si attribuisce il potere-dovere di impedire i reati commessi dagli organi esecutivi.¹²¹ Il dibattito sulla responsabilità penale degli organi di controllo riguarda l'idoneità stessa dei poteri sindacali a fondare una valida posizione di garanzia. La dottrina si presenta, sul punto, nettamente divisa circa la sussistenza di una reale «capacità impeditiva» in capo al collegio sindacale. Da un lato, un orientamento restrittivo contesta la configurabilità di un vero obbligo impeditivo, rilevando come i poteri dei sindaci, ontologicamente limitati: alla ricognizione, alla segnalazione e all'impulso, difettino di quella capacità inibitoria immediata sulla condotta criminosa altrui necessaria per impedire l'evento. In quest'ottica, qualificare il sindaco come garante costituirebbe una forzatura dogmatica, confondendo il mero obbligo di sorveglianza con l'obbligo di impedimento e rischiando, di conseguenza, di trasformare l'addebito penale in una sanzione per il mero «omesso controllo» anziché per il mancato impedimento dell'evento lesivo. A tale lettura si contrappone specularmente la tesi estensiva, la quale riconosce la pienezza della *Garantenstellung* sindacale fondandola sulla corretta attivazione dei poteri reattivi, quali le denunce al Tribunale o le segnalazioni alla Consob; secondo questa prospettiva, tali strumenti, pur privi di coercizione fisica diretta, possiedono un'efficacia «paralizzante» sulla gestione illegittima. Tale impostazione sdogana e legittima il concetto di «impedimento mediato», ritenendo che, per la tenuta del sistema di responsabilità nelle organizzazioni complesse, il dominio del garante sui fattori causali non debba essere assoluto, essendo invece sufficiente che l'attivazione dei poteri istituzionali costituisca una condizione necessaria per la salvaguardia del bene protetto.¹²²

Un terzo criterio attiene alla fonte normativa, differenziando tra poteri *nominati*, ossia oggetto di una tassativa tipizzazione legislativa, e poteri *innominati*. È proprio su questa dicotomia,

¹²¹ L. BISORI, L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, in «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 1997, pp. 1635 ss.

¹²² A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, pp. 79 ss.

poteri tipici e atipici, che si consuma la frattura più netta tra giurisprudenza e dottrina.¹²³ La Suprema Corte adotta un approccio sostanzialistico ed estensivo: il garante è tenuto ad attivare ogni leva disponibile, sia essa giuridica o meramente fattuale e a prescindere da una stretta connessione funzionale con la propria carica, incontrando l'unico limite nel divieto di compiere atti illeciti. Secondo i giudici, il potere impeditivo va rinvenuto nella concreta dotazione di fatto del soggetto. Diametralmente opposta è la posizione della dottrina, preoccupata dalla tenuta del principio di legalità.¹²⁴ Gli studiosi ritengono che debba trattarsi esclusivamente di poteri giuridici, ovvero rigorosamente ricostruibili sulla base della normativa che disegna la posizione di garanzia; un potere meramente fattuale, non incardinato nello statuto dell'organo, non potrebbe dunque fondare la responsabilità penale.¹²⁵

L'efficacia risolutiva del potere impeditivo rappresenta spesso il "grande assente" nelle aule di giustizia. L'accertamento giurisprudenziale, al fine di semplificare l'iter decisionale, tende infatti a eclissare il piano oggettivo della causalità per focalizzarsi quasi esclusivamente sull'elemento psicologico; ne consegue la rarità di pronunce che assolvano l'imputato per l'inidoneità tecnica del potere ad impedire l'evento. Tale lacuna è ancor più evidente nel diritto penale societario: a fronte di una sovrabbondante elencazione delle fonti civilistiche dell'obbligo, manca sovente una verifica concreta sulla reale *presa* impeditiva di tali poteri. Eppure, l'efficacia paralizzante è innegabile in una specifica categoria: i c.d. *poteri di blocco*. Si tratta di prerogative capaci di interdire istantaneamente l'attività illecita altrui, privando l'agente della legittimazione ad operare per la società o delle competenze funzionali necessarie. La forza di questi strumenti, inquadrabili nello schema delle potestà, è apprezzabile già *ex ante*: il garante sa che il loro esercizio vincola il destinatario e, con probabilità prossima alla certezza, neutralizza il rischio di reato.¹²⁶ Sebbene si tratti di casistiche marginali, l'ordinamento societario contempla ipotesi in cui il potere impeditivo può essere esercitato in via diretta e

¹²³ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 78.

¹²⁴ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932; Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690, in «Cass. Pen.» 2011, pp. 4422, con nota di M. PICCARDI, *La causazione del fallimento "per effetto di operazioni dolose"*.

¹²⁵ Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, In tale contesto, suscita vivo interesse un *obiter dictum* della pronuncia in commento, laddove la Corte afferma: «se sono da intendere solidalmente responsabili [...] coloro che "non hanno fatto quanto potevano" per impedirlo, occorre che i poteri [...] 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: il che non sembra essere nella legislazione vigente». Sebbene tale passaggio resti isolato nell'economia della motivazione, esso pare delineare una concezione estremamente garantista, esigendo la tipicità e l'efficacia diretta dei poteri impeditivi. Una presa di posizione che, segnando una netta discontinuità con il diritto vivente di legittimità, suona come un monito al legislatore per una più rigorosa definizione degli obblighi in capo ai *gatekeepers*.

¹²⁶ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, pp. 669; N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 69, p. 71.

individuale dal garante. Un esempio è quello della società in nome collettivo composta da due soli soci con pari quote e amministrazione disgiunta. In tale assetto, ove vige la piena autonomia gestoria, l'unico limite è costituito dal diritto di opposizione (o veto) ex art. 2257, comma 2, c.c.:¹²⁷ l'esercizio di tale potere da parte del socio-amministratore, a fronte di un'operazione illecita o pregiudizievole, determina un effetto paralizzante immediato. Poiché la decisione sull'opposizione spetta alla maggioranza delle quote (art. 2257, comma 3, c.c.): la contrapposizione paritaria tra i due soci genera uno stallo insuperabile, bloccando di fatto l'atto indesiderato.

Spostando lo sguardo ancora una volta sulle società di capitali e sulle strutture più complesse, le prerogative di blocco perdono la natura individuale per assumere una dimensione collegiale. Lo strumento principe diviene la revoca degli amministratori, esercitabile *ad nutum* (salvo risarcimento). La titolarità di tale potere varia in base al modello di *governance*: nel sistema tradizionale spetta all'Assemblea (art. 2383 c.c.)¹²⁸; nel sistema dualistico è prerogativa del Consiglio di Sorveglianza nei confronti dei consiglieri di gestione (art. 2409-terdecies c.c.); nel sistema monistico, infine, è il Consiglio di Amministrazione a revocare i membri del Comitato per il controllo sulla gestione (art. 2409-octiesdecies c.c.).¹²⁹

L'efficacia dell'impedimento mediato si riduce drasticamente quando il potere di revoca richiede passaggi collegiali complessi. Mentre nel sistema dualistico il Consiglio di Sorveglianza revoca direttamente i gestori, nel sistema tradizionale il singolo sindaco può solo sollecitare il collegio a convocare l'Assemblea: un iter lungo che degrada il potere del singolo a mera facoltà *pre-impeditiva*, inidonea a fondare, da sola, una responsabilità per l'evento non impedito. Ciononostante, la giurisprudenza tende a forzare le maglie del sistema, imputando

¹²⁷ Art. 2257, c. 2, cc.: «Se l'amministrazione spetta disgiuntamente a più soci, ciascun socio amministratore ha diritto di opporsi all'operazione che un altro voglia compiere, prima che sia compiuta.»

¹²⁸ Art. 2383 cc.: «1. La nomina degli amministratori spetta all'assemblea, fatta eccezione per i primi amministratori, che sono nominati nell'atto costitutivo, e salvo il disposto degli articoli 2351, 2449 e 2450. La nomina è in ogni caso preceduta dalla presentazione, da parte dell'interessato, di una dichiarazione circa l'inesistenza, a suo carico, delle cause di ineleggibilità previste dall'articolo 2382 e di interdizioni dall'ufficio di amministratore adottate nei suoi confronti in uno Stato membro dell'Unione europea.

2. Gli amministratori non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi, e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

3. Gli amministratori sono rieleggibili, salvo diversa disposizione dello statuto, e sono revocabili dall'assemblea in qualunque tempo, anche se nominati nell'atto costitutivo, salvo il diritto dell'amministratore al risarcimento dei danni, se la revoca avviene senza giusta causa.

4. Entro trenta giorni dalla notizia della loro nomina gli amministratori devono chiederne l'iscrizione nel registro delle imprese indicando per ciascuno di essi il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, il domicilio e la cittadinanza, nonché a quali tra essi è attribuita la rappresentanza della società, precisando se disgiuntamente o congiuntamente.

5. Le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l'adempimento della pubblicità di cui al quarto comma, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza.»

¹²⁹ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, pp. 669.

responsabilità penali anche in assenza di poteri impeditivi effettivi, sovvertendo il rapporto di sussidiarietà tra norma civile e sanzione penale. La soluzione a questa aporia non può che passare per una riforma normativa: o attraverso l'introduzione di reati di pura omissione (che puniscano l'inerzia a prescindere dall'evento), o mediante un potenziamento strutturale dei poteri di intervento individuale all'interno degli organi collegiali, rendendo l'impedimento un obiettivo realisticamente perseguibile.¹³⁰

L'imperativo di impedire la commissione di reati durante l'attività sociale presuppone, infatti, una macro-garanzia globale volta al governo del rischio. È l'organizzazione stessa a divenire presidio di legalità: il problema della prevenzione si risolve nella corretta "organizzazione dell'organizzazione", ponendo a carico dell'impresa un dovere di auto-organizzazione strutturale. Tale obbligo si sostanzia in due attività complementari. Da un lato, l'ente deve costruire la rete delle garanzie individuali, predisponendo un sistema di deleghe e responsabilità proporzionato alla complessità dell'impresa. Dall'altro, deve codificare il sistema di *risk management*: l'adozione dei modelli di gestione è espressione di una *meta-posizione* di garanzia collettiva, funzionalmente superiore alla mera sommatoria delle responsabilità individuali, capace di garantire un'efficacia preventiva che i singoli, isolatamente considerati, non potrebbero assicurare.¹³¹

L'analisi della struttura della posizione di garanzia all'interno delle organizzazioni complesse impone di affrontare un'altra problematicità relativa alla natura dei poteri impeditivi: è necessario, cioè, stabilire quale grado di efficacia debbano possedere gli strumenti giuridici in capo al garante affinché la sua inerzia possa essere equiparata alla causazione dell'evento ex art. 40, comma 2, c.p. Sul punto, il dibattito scientifico si è articolato lungo tre direttrici fondamentali. Un primo orientamento, di stampo selettivo-restrittivo, ancora la responsabilità penale alla sussistenza di un potere impeditivo dotato di efficacia diretta e *paralizzante*.¹³² Muovendo dalla rigida distinzione tra il vero e proprio obbligo di garanzia e il meno pregnante obbligo di sorveglianza, questa tesi sostiene che solo il primo sia idoneo a fondare la responsabilità per l'evento, in quanto presuppone una potestà giuridica capace di conformare la condotta altrui o di bloccarne gli effetti. In quest'ottica, i poteri di mera sollecitazione, denuncia o segnalazione tipici, ad esempio, del collegio sindacale, degradano a strumenti di semplice sorveglianza: essi, infatti, non garantiscono l'interruzione del decorso causale, ma rimettono

¹³⁰ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, p. 674.

¹³¹ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, pp. 513 ss.

¹³² C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento*, pp. 668.

l'intervento risolutivo alla volontà di terzi soggetti.¹³³ Ne consegue che, in assenza di poteri autorizzativi preventivi o di ratifica successiva (e stante l'assenza di gerarchia tra organi di controllo e di gestione), l'inerzia del controllore non potrebbe mai integrare gli estremi del concorso omissivo, mancando dei requisiti necessari per l'applicazione della clausola di equivalenza.¹³⁴

A questa lettura rigorosa si contrappone una prospettiva intermedia, la quale evidenzia come la pretesa di un potere impeditivo assoluto e diretto finirebbe, di fatto, per immunizzare intere categorie di soggetti (come i sindaci) che, per definizione normativa, non amministrano direttamente la società.¹³⁵ Si propone, pertanto, di valorizzare il concetto di impedimento mediato: il potere giuridico del garante sussiste anche quando l'interruzione del pericolo richieda l'attivazione di soggetti terzi (autorità giudiziaria, assemblea, altri organi), purché lo strumento giuridico attivabile sia astrattamente idoneo a produrre effetti inibitori o risolutivi. In tal senso, non si richiede la capacità materiale di impedire l'evento autonomamente, bensì la titolarità di poteri d'iniziativa giuridica vincolata che, se esercitati tempestivamente, avrebbero innescato l'intervento "bloccante" dell'organo competente. In definitiva, ammettere che l'attivazione di un terzo possa integrare il requisito del potere impeditivo significa legittimare la sussistenza della posizione di garanzia pur in assenza di una capacità di intervento immediato e risolutivo sul fatto di reato.¹³⁶

Infine, in una prospettiva di più ampio respiro influenzata dalla dogmatica tedesca e dalla sociologia dell'organizzazione, si colloca l'orientamento estensivo-funzionale. Qui il

¹³³ Sul punto si osserva come, affinché i poteri "mediati" (spesso di natura comunicativa) assumano valenza impeditiva ex art. 40 cpv. c.p., non sia sufficiente il mero adempimento formale, ma occorra che l'attivazione del garante appaia astrattamente "risolutiva". In altri termini, l'iniziativa del singolo deve essere idonea a innescare l'intervento di organi terzi muniti di effettivi poteri di blocco o inibizione (c.d. delega dell'intervento ostativo). In tale prospettiva, si tende a escludere la portata impeditiva di generici poteri di denuncia o impugnativa, riconoscendo rilevanza penale solo all'attivazione di procedure capaci di portare alla revoca o all'avocazione degli incarichi gestori, frapponendo così un reale ostacolo all'evento lesivo. (A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, pp. 83 ss.).

¹³⁴ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, pp. 84 ss.

¹³⁵ Nell'ambito della sua ricostruzione sistematica, 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», 2001, p. 342 ss. traccia una netta linea di demarcazione tra l'obbligo di garanzia in senso stretto e il mero obbligo di sorveglianza. Quest'ultimo, infatti, si caratterizza per l'assenza di poteri giuridici impeditivi in capo al soggetto obbligato: il compito del sorvegliante si esaurisce nel monitoraggio delle attività altrui al fine di rilevare potenziali offese e nel conseguente dovere di informare il titolare del bene o il garante, unici soggetti cui spetta, in via esclusiva, il potere-dovere di intervenire per neutralizzare il pericolo. A chiusura del sistema, l'Autore isola una terza categoria residuale, definita come «mero obbligo di attivarsi». Tale figura ricomprende, per esclusione, tutti quei doveri di agire imposti direttamente dalla norma incriminatrice -al verificarsi di determinati presupposti fattuali- a carico di soggetti che non sono investiti né di poteri impeditivi né di funzioni di sorveglianza.

¹³⁶ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, pp. 85 ss.

baricentro si sposta dal *dominio individuale* alla *competenza organizzativa*.¹³⁷ Nelle strutture societarie moderne, caratterizzate da frammentazione dei poteri e interdipendenza delle funzioni, la posizione di garanzia scaturisce dallo stesso organigramma e dagli obblighi di corretta organizzazione.¹³⁸ Secondo questa ricostruzione, il potere impeditivo non va inteso come capacità solitaria di arrestare l'evento, bensì come potere di attivare una specifica procedura o un flusso informativo all'interno di un sistema reticolare. La società viene vista come una istituzione cumulativa di garanti dove le competenze sono frazionate: pertanto, assume rilevanza penale anche l'omissione di chi, pur non potendo impedire l'evento finale da solo, avrebbe dovuto attivare quella procedura o fornire quell'informazione necessaria per allertare gli altri livelli di controllo. In quest'ottica, il potere diventa sinonimo di *possibilità di influenza procedurale*: l'attivazione della procedura corretta costituisce una condizione necessaria, anche se non sufficiente, per la salvaguardia del bene, legittimando così la costruzione di una responsabilità fondata sul mancato innesco delle filiere di garanti previste dal modello organizzativo. In conclusione, la tutela dei beni giuridici all'interno delle organizzazioni complesse appare sempre più affidata a un articolato reticolo di posizioni di controllo, strutturalmente interdipendenti e concepite proprio per rendere possibile l'intervento sinergico di diversi soggetti garanti. Da tale assetto discende che: ai fini del riconoscimento della responsabilità penale, non è più necessario che il singolo detenga il dominio assoluto sull'intero processo causale. Lo sviluppo degli accadimenti, infatti, può essere condizionato in modo determinante anche dal mancato innesco di uno specifico piano organizzativo o dall'omessa attivazione di organi terzi, unici legittimati a produrre quell'effetto giuridico paralizzante idoneo a neutralizzare la condotta illecita. Ne deriva che il contenuto del potere impeditivo non è monolitico, ma si modula in relazione allo specifico processo organizzativo coinvolto, concretizzandosi ora in flussi informativi interni, ora nell'attivazione di procedure di rilievo pubblicistico. Sebbene tale prospettiva comporti l'inevitabile moltiplicazione dei centri di imputazione e la creazione di vere e proprie filiere di garanti, essa non deve tradursi in un automatismo sanzionatorio. Al contrario, per scongiurare un'indebita espansione della responsabilità penale, resta indispensabile mantenere ferma, in chiave garantistica, la

¹³⁷ Si osserva come l'idea di confinare l'obbligo impeditivo alle sole ipotesi di influenza «neutralizzante» rischi di depotenziare le capacità estensive della fattispecie plurisoggettiva (rispetto al *Tatbestand* monosoggettivo). Tale approccio riduttivo, infatti, finisce per trascurare la dimensione eminentemente «collettiva» che governa le dinamiche dei moderni contesti organizzativi proceduralizzati.

¹³⁸ In dottrina si osserva come la natura reticolare delle moderne strutture societarie imponga il superamento dei tradizionali paradigmi fondati sulla gerarchia e sulla signoria (*Herrschaft*). In tale prospettiva, il baricentro della responsabilità si sposta dal mancato controllo sui sottoposti alla cosiddetta *Organisationsmangel* (carezza organizzativa), intesa come deficit sistemico nel governo dell'ente e violazione dello specifico obbligo di corretta organizzazione (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, pp. 234 ss.).

distinzione dogmatica tra la mera titolarità della posizione di garanzia e l'effettiva imputazione dell'evento, nonché tra la disponibilità astratta del potere e la concreta efficienza causale della sua omissione.¹³⁹

Come evidenziato da Gargani, una simile impostazione espone al concreto rischio di un indebito livellamento e di un'arbitraria estensione del vincolo di tutela rilevante ai fini concorsuali. La progressiva perdita di selettività nel concetto di garante, unita all'evanescenza dei contorni della nozione di potere impeditivo, finisce per dilatare all'infinito la platea dei soggetti chiamati a rispondere del mancato impedimento dell'altrui reato. Si assiste, così, a una proliferazione incontrollabile di posizioni di garanzia dai confini incerti, con l'effetto distorsivo di scaricare l'incapacità preventiva del sistema sul singolo garante, colpevole di aver tradito le aspettative di intervento, riducendolo alla mera funzione di *capro espiatorio*. Tale processo di responsabilizzazione tradisce la persistenza di una prospettiva ancora marcatamente monosoggettiva, ancorata quasi esclusivamente alla forza espansiva dell'art. 40, cpv., c.p., laddove il ricorso alle norme sul concorso di persone appare strumentale a finalità meramente disciplinari piuttosto che dogmatiche.¹⁴⁰

3.5 Il dovere di organizzazione.

Se il richiamo al concetto di "competenza" appare ormai insufficiente a spiegare le complesse dinamiche di imputazione, è necessario riconsiderare l'organizzazione non come semplice somma di funzioni individuali, ma come una vera e propria struttura di mediazione tra l'*agente* e l'*accadimento*. L'organizzazione, dunque, assume rilevanza autonoma quale fondamento di un dovere di corretta strutturazione, la cui violazione giustifica l'addebito dell'evento che un modello organizzativo efficiente avrebbe evitato. L'esperienza giuridica tedesca offre un peculiare spunto di riflessione attraverso l'elaborazione della "signoria sull'organizzazione" (*Organisationsherrschaft*), un costrutto che eleva l'apparato organizzativo a vero e proprio strumento di imputazione penale. In tale prospettiva, i vertici aziendali vengono chiamati a rispondere come autori diretti (*Täter*) dell'illecito commesso dai sottoposti non in virtù di una coercizione sulla volontà del singolo esecutore, bensì grazie al dominio esercitato sulla struttura stessa. Si assiste, dunque, a una retrocessione del giudizio di responsabilità: il fondamento dell'imputazione si sposta dal controllo sull'azione materiale al controllo

¹³⁹ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, pp. 92 ss.

¹⁴⁰ *Ibi.*, pp. 157 ss.

sull'apparato che la rende possibile. Teorizzata da Roxin, la figura della *Organisationsherrschaft* permette di imputare l'illecito ai vertici che dominano un apparato di potere, sfruttando la fungibilità degli esecutori per garantire la realizzazione del reato a prescindere dall'identità del singolo agito. Sebbene concepita originariamente per contesti criminali o statali deviati, la giurisprudenza del BGH ne ha forzato l'applicazione anche all'ambito societario, fondando la responsabilità sul mero potere direttivo.¹⁴¹ Tale estensione è aspramente contestata dalla dottrina: alle imprese lecite mancano infatti il totale distacco dal diritto e l'automatismo esecutivo tipici degli apparati criminali. Pur trattandosi di un istituto estraneo al nostro sistema, il dibattito tedesco rimane un monito fondamentale contro i rischi di un'attribuzione automatica della responsabilità ai vertici basata sulla sola gerarchia organizzativa.

In Italia, la *colpevolezza di organizzazione* si erge a fondamento dogmatico della responsabilità penale degli enti collettivi. Tale canone non si sostanzia in un mero automatismo, bensì identifica un preciso deficit strutturale: il mancato approntamento, da parte della *governance*, di quelle misure cautelari indispensabili per garantire una gestione aziendale impermeabile al rischio-reato. In questo contesto normativo, delineato dagli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001,¹⁴² tale concetto si traduce nella mancata o inidonea adozione dei *Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo*. È qui che il legislatore ha operato una sintesi di esperienze giuridiche straniere: da un lato, ha recepito il pragmatismo nordamericano dei *compliance programs*, strumenti nati per prevenire il corporate crime; dall'altro, ha ancorato tale prassi alla robusta elaborazione dogmatica tedesca della *Organisationsverschulden*. Questa operazione di ingegneria giuridica risponde a una precisa istanza di garanzia: costruire un rimprovero fondato su una *colpa* dell'ente, intesa come disfunzione organizzativa, per immunizzare il sistema da censure di incostituzionalità legate al principio di colpevolezza e al divieto di responsabilità

¹⁴¹ La figura dell'autore "dietro le quinte" (*Täter hinter dem Täter*) si fonda sulla capacità di sfruttare un apparato di potere che, grazie a meccanismi di automatismo e alla fungibilità degli esecutori, garantisce la realizzazione dell'evento illecito a prescindere dall'identità o dalla volontà del singolo agito. Sebbene la dottrina originaria limitasse tale istituto agli apparati statali deviati o alle organizzazioni criminali distaccate dal diritto, la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (BGH) ne ha progressivamente esteso l'applicabilità. Dapprima utilizzata per sanzionare i vertici della DDR in relazione alle uccisioni dei civili presso il Muro di Berlino, la teoria è stata successivamente traslata nel diritto penale dell'economia, come dimostra il caso *Bremer-Vulkan*. In tale occasione, i giudici tedeschi hanno ritenuto sufficiente il potere direttivo (*Leitungsmacht*) dei membri del consiglio di amministrazione per fondare la responsabilità per infedeltà patrimoniale, prescindendo dal loro contributo alle singole delibere dannose. (A. NISCO, *Obblighi di organizzazione*, pp. 229 ss.).

¹⁴² In particolare, gli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001 impennano il meccanismo esimente sull'adozione ed efficace attuazione – da parte dell'organo amministrativo – di Modelli di organizzazione, gestione e controllo idonei a prevenire i reati, distinguendo tra illeciti commessi da soggetti in posizione apicale o subordinata. Per gli enti di maggiori dimensioni, il sistema impone altresì l'istituzione di un Organismo di Vigilanza (O.d.v.) dotato di autonomi poteri e non sovrapponibile tout court al collegio sindacale.

oggettiva. Al centro del sistema preventivo si pone la posizione di garanzia collettiva, radicata su specifici obblighi procedurali e organizzativi. La dottrina ha opportunamente chiarito come la responsabilità non nasca *ex novo* con il d.lgs. 231/2001, ma affondi le radici nella qualifica del soggetto che governa l'attività disciplinata (imprenditore, gestore ambientale, ecc.): la persona fisica, in questo quadro, opera come il terminale attuativo di una garanzia che appartiene originariamente all'ente. È comunque con la normativa del 2001 che tale posizione assume una valenza preventiva diretta: l'obbligo di impedire la commissione di illeciti si trasforma in un imperativo di auto-organizzazione. L'impresa è chiamata a strutturarsi in modo tale da neutralizzare il rischio-reato, spostando il baricentro del rimprovero dalla condotta del singolo alla gestione della complessità organizzativa.¹⁴³

L'adozione del paradigma della colpa di organizzazione impone una riflessione sulle ricadute per le persone fisiche. Poiché l'ente è un soggetto incapace di agire tramite i suoi organi, l'imperativo di minimizzare il rischio-reato attraverso procedure idonee finisce inevitabilmente per gravare sui vertici aziendali. Questo fenomeno è palese nella materia della sicurezza sul lavoro, dove i doveri organizzativi del datore (ex d.lgs. 81/2008) si intersecano ormai con le esigenze preventive del d.lgs. 231/2001.¹⁴⁴ Si sta dunque consolidando una tendenza ermeneutica che rilegge la responsabilità individuale attraverso la lente organizzativa: l'addebito mosso al manager non riguarda più tanto la commissione attiva di un illecito, quanto il fallimento nella strutturazione dei presidi di controllo, sancendo il passaggio dal *non aver fatto* al *non aver organizzato*.¹⁴⁵ Non può passare inosservata la sostanziale diversità qualitativa che intercorre tra il concetto di colpevolezza d'organizzazione e i criteri ordinari di imputazione soggettiva. Il rimprovero mosso all'ente, infatti, non sanziona il singolo atto, bensì il deficit gestionale che ha preceduto l'illecito, evocando una forma di colpevolezza per la condotta di "vita" piuttosto che per il fatto specifico. In questa prospettiva, il rapporto tra l'organizzazione carente e il reato non va letto in chiave strettamente eziologica, configurandosi piuttosto come una connessione di rischio. Specularmente, il precetto violato non costituisce una cautela

¹⁴³ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, p. 4; Questo obbligo generale si scompone in due direttrici fondamentali. Da un lato, la mappatura delle posizioni di garanzia individuali: l'ente deve disegnare una rete di competenze e responsabilità che copra ogni livello di rischio aziendale. Dall'altro, la proceduralizzazione del rischio: è necessario stabilire ex ante come le decisioni vengono prese e come i rischi vengono gestiti. In sintesi, il Modello 231 non è altro che la cristallizzazione di questa meta-garanzia, una tutela di rango superiore che unifica e potenzia le singole garanzie personali, rendendo l'organizzazione stessa il primo baluardo di legalità.

¹⁴⁴ C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in «Resp. amm. soc. ed enti», 2006, 167 ss

¹⁴⁵ A. NISCO, *Obblighi di organizzazione*, pp. 238 ss ; F. SGUBBI, *La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001: profili penali, civili e amministrativi*, in «Sanità Pubblica e Privata», 2008, pp. 11 ss..

puntuale, volta all'impedimento dell'evento, ma si qualifica come una norma di natura strutturale, tesa a governare la gestione del rischio alla radice in modo preventivo.¹⁴⁶

Secondo l'opinione prevalente in dottrina, il tentativo di applicare alle realtà aziendali la teoria dell'autoria mediata fondata sul dominio dell'organizzazione si scontra con limiti strutturali evidenti. Tale costruzione, infatti, presuppone una visione gerarchica e monolitica dell'ente basata sul mero potere di comando, la quale appare ormai arretrata rispetto alla fluidità delle moderne organizzazioni.¹⁴⁷ La realtà dimostra, al contrario, come l'organigramma formale sia costantemente affiancato da reti relazionali informali e come gli obiettivi dei singoli agenti non siano sempre sovrapponibili alle finalità istituzionali dell'ente. In questi scenari, specialmente nel campo dei reati d'evento maturati in contesti plurisoggettivi, l'illecito appare spesso come il prodotto di una "dominante collettiva", piuttosto che l'esito di un singolo ordine gerarchico. In tale prospettiva, risulta prezioso l'apporto della sociologia dei sistemi: superando l'analisi meramente psicologica dell'adattamento individuale, essa permette di indagare le complesse interazioni tra l'organizzazione, intesa come sistema sociale autonomo, e l'ambiente in cui essa opera.¹⁴⁸

Proprio la presa d'atto di tale complessità sistemica riverbera i suoi effetti sulla perimetrazione dei poteri impeditivi, fondamento della posizione di garanzia. La dottrina tradizionale, accanto alla *moral suasion*, intesa come capacità di orientare le scelte gestorie, prevede nel sistema dei controlli l'attribuzione di poteri interdittivi veri e propri. Solo questi, infatti, conferiscono al titolare la capacità di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica altrui, estinguendo o paralizzando gli effetti di un'attività in corso prima che essa si consolidi. Questa fase, definibile come *comminatoria*, rappresenta il nucleo della prevenzione: essa trascende il momento cognitivo (ispezione) e quello di giudizio (valutazione), concretizzandosi in un intervento attivo volto a neutralizzare il rischio penale prima che l'evento lesivo si verifichi.¹⁴⁹ Ai fini della responsabilità penale, però, è essenziale operare una selezione tra i poteri disponibili. Vanno esclusi dal novero degli strumenti impeditivi le facoltà di mera denuncia o impugnazione, in quanto inefficaci rispetto a un reato in itinere. Rilevano, invece, quei poteri che garantiscono un controllo diretto sul processo decisionale, come il potere di veto, di annullamento o di revoca. La discriminante risiede nella tempestività e nella vincolatività dell'intervento: il potere

¹⁴⁶ C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, pp. 176 ss.

¹⁴⁷ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 243; A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, p. 5.

¹⁴⁸ C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2000, pp. 481 ss.

¹⁴⁹ N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, pp. 65 ss.

deve poter essere esercitato prima della consumazione del reato e deve produrre l'effetto di bloccare l'azione del controllato.¹⁵⁰ Soltanto a queste condizioni il controllore assume quella *posizione di signoria* sul decorso causale che giustifica l'esistenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento. Pertanto, l'indagine sull'eventuale responsabilità concorsuale impone di verificare se il singolo controllore disponga di tale fase comminatoria o se, come sovente accade, il suo ruolo si esaurisca nella segnalazione del disvalore, lasciando ad altri organi il compito e la responsabilità della reazione sanzionatoria.¹⁵¹

Se da un lato la dottrina tende a valorizzare i soli poteri interdittivi dall'altro lato tale impostazione rischia di apparire eccessivamente rigida. All'interpretazione del potere impeditivo quale mero strumento di interposizione diretta e arresto *fisico* del crimine, si contrappone infatti una lettura più moderna che, attingendo alla sociologia, definisce il potere in termini di *autorità*. Si tratta di una dinamica relazionale complessa, fondata sul riconoscimento della supremazia del garante da parte del sottoposto in virtù della norma giuridica.¹⁵² Sotto questo profilo, il potere perde i connotati di coercizione materiale diretta per assumere quelli di mera "possibilità", intesa come l'attesa normativa che il comando impartito venga eseguito.¹⁵³

Nel diritto societario, dove la protezione dei beni giuridici è predisposta da norme di natura organizzativa,¹⁵⁴ si è ipotizzato che tali poteri non debbano limitarsi ai soli atti di imperio diretti (quali, nel sistema dualistico, la revoca del consiglio di gestione). Al contrario, assumerebbero rilievo anche quei poteri, tipici delle strutture complesse, capaci di innescare meccanismi preventivi indiretti: si pensi alla definizione di adeguati assetti organizzativi, nonché ai poteri di denuncia, di impugnazione e di attivazione dei flussi informativi interni.¹⁵⁵ Tuttavia, rispetto ai poteri di informativa, occorre precisare un limite: essi assumono rilevanza penale solo in quanto funzionali all'attivazione di procedure impeditive del reato, e non quando perseguono meri obiettivi di efficienza gestionale.¹⁵⁶

Nelle imprese di grandi dimensioni, la formalizzazione degli assetti organizzativi serve a «garantire la riconoscibilità dei confini dei singoli sottosistemi, altrimenti in grado di

¹⁵⁰ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, pp. 277 ss.

¹⁵¹ *Ibi*, p. 152. L'Autore evidenzia come il nesso funzionale tra controllo e impedimento dell'evento illecito possa concretizzarsi, nella realtà societaria, solo a condizione che la vigilanza non rimanga confinata in una dimensione meramente "statica", ma sia integrata da effettivi poteri di reazione e correzione.

¹⁵² A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, pp. 276 ss.

¹⁵³ *Ibi*, p. 279.

¹⁵⁴ *Ibi*, p. 297.

¹⁵⁵ C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pp. 467 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 298.

¹⁵⁶ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 199.

minacciare l'unità del sistema nel suo complesso». ¹⁵⁷ L'apparato organizzativo agisce quindi come un filtro per la riduzione dell'incertezza; si definiscono i processi decisionali ed esso stabilisce *ex ante* come devono essere risolte le opzioni gestionali. ¹⁵⁸ Nascono in questo modo le regole sulla formazione della volontà sociale, i c.d. *programmi decisionali*, con cui l'impresa disegna la propria struttura interna ¹⁵⁹ e crea flussi di comunicazione che legano ogni decisione alla successiva. Conseguentemente, cambia il ruolo dei singoli attori: il profilo di ogni posizione lavorativa è determinato dalle interazioni con il resto della struttura e la classica autorità gerarchica lascia il posto a logiche di coordinamento e mediazione, necessarie per governare la complessità dell'organizzazione. ¹⁶⁰

Le disposizioni che definiscono i requisiti dei modelli organizzativi ai fini dell'esclusione della responsabilità amministrativa dell'ente (d.lgs. 231/2001) testimoniano come il legislatore abbia ormai recepito e validato assetti strutturali ben più complessi del tradizionale schema gerarchico. Tale mutamento di prospettiva emerge chiaramente dal lessico adottato: il termine "sistema" ricorre con frequenza sia negli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001 (in riferimento all'apparato disciplinare), sia nell'art. 30 del d.lgs. 81/2008, relativo ai modelli di gestione per la sicurezza sul lavoro. ¹⁶¹ In quest'ottica, il concetto di "sistema", o di "articolazione di funzioni" trascende la semplice somma di singoli compiti per identificare un vero e proprio processo dinamico. ¹⁶² Esso si sostanzia in un'attività complessa che svolge una triplice funzione: in primis, opera una "organizzazione dell'organizzazione", valutando i rischi a monte e distribuendo le relative competenze; si interconnette con i sottosistemi di controllo e sanzione, deputati a monitorare e registrare le attività aziendali; ¹⁶³ infine, regola l'interazione con l'ambiente esterno, garantendo, ad esempio, l'adeguamento al progresso tecnologico. ¹⁶⁴

¹⁵⁷ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 244.

¹⁵⁸ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, Mondadori, 2005, pp. 151 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 245.

¹⁵⁹ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, pp. 249 ss., l'Autore scrive di «organizzazione dell'organizzazione».

¹⁶⁰ *Ibi*, pp. 257 ss.

¹⁶¹ L'art. 30, d.lgs. 81/2008. La norma delinea un'architettura complessa che impone l'adozione di un «sistema aziendale» operativo (comma 1), supportato da idonei sistemi di registrazione (comma 2). Viene altresì richiesta un'articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari, presidiata da un sistema disciplinare (comma 3), e completata da un sistema di controllo dinamico, deputato al riesame del modello in caso di violazioni o di mutamenti organizzativi e tecnologici (comma 4), (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, pp. 248 ss.).

¹⁶² G. DE TERSSAC, *Come cambia il lavoro. Efficacia, autonomia, valorizzazione delle competenze*, Milano, Rizzoli, 1993, pp. 98 ss.

¹⁶³ In particolare: «È connesso ad altri "sistemi", tant'è che alcuni di questi si limitano a controllare, a "registrare" le attività dell'intero sistema aziendale e a sanzionare le trasgressioni che in esso avvengono», (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, pp. 248 ss.).

¹⁶⁴ *Ibidem*, si pensi: «al ruolo di adattamento al progresso scientifico svolto dal "sistema di controllo"».

Occorre, però, comprendere come l'assetto sistemico delineato dall'art. 30 del d.lgs. 81/2008 si concili con i criteri tradizionali di imputazione della responsabilità individuale. È necessario, cioè, verificare il rapporto tra questi modelli gestionali astratti e la concreta individuazione dei soggetti «debitore di sicurezza», valutando se e come permanga la necessaria corrispondenza tra poteri effettivi e responsabilità penali tipica delle posizioni di garanzia classiche.¹⁶⁵ Infatti, la tenuta del sistema gerarchico tradizionale è stata erosa da due fattori concorrenti: l'internalizzazione dei meccanismi di mercato attraverso la verifica costante della catena del valore del prodotto facilitando l'adozione di una struttura a *rete* all'interno dell'impresa stessa e il gap cognitivo tra vertici e dipendenti, causato dall'ingresso di figure professionali ad altissima specializzazione tecnica che sfuggono al controllo direttivo classico.¹⁶⁶

Tali mutamenti, pur alimentando il dibattito sulla crisi della gerarchia, non segnano la fine del potere direttivo, bensì la sua evoluzione in forme più sofisticate. Il potere si fa *funzionale* e si parcellizza: nell'impresa a rete, il vertice, o comunque la coalizione dominante, esercita la propria autorità definendo il perimetro procedurale entro cui i singoli devono operare. Conseguentemente, cambia anche la natura del controllo sul lavoratore: divenuta obsoleta la sorveglianza sulle modalità esecutive, spesso patrimonio esclusivo del tecnico, la verifica si concentra sulla rispondenza del risultato finale a standard predefiniti. Si passa, dunque, dal controllo sul comportamento alla standardizzazione del soggetto, valutato in base alla sua capacità di allinearsi agli obiettivi sistemici.¹⁶⁷

Affinché il Modello organizzativo non si riduca a una mera enunciazione di principi, è indispensabile la previsione di un sistema sanzionatorio idoneo a reprimere le deviazioni dalle regole comportamentali. Tale sistema, pur dovendo rispettare le garanzie statutarie di pubblicità e contraddittorio, costituisce il fondamento della prevenzione. Sotto il profilo oggettivo, la sanzionabilità si estende a qualsiasi comportamento che metta a repentaglio la sicurezza, inclusa l'inerzia di fronte alle infrazioni dei colleghi. Si delinea così un nuovo paradigma di responsabilità condivisa: il lavoratore cessa di essere mero destinatario delle misure di

¹⁶⁵ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 245.

¹⁶⁶ L'imperativo di eguagliare uno standard tecnico-qualitativo elevato impone l'impiego di risorse umane iperspecializzate, il cui know-how supera spesso quello dei vertici, rendendo di fatto impraticabile un controllo basato sulla mera superiorità gerarchica. (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 250).

¹⁶⁷ *Ibi*, p. 252. Nelle organizzazioni a rete, intese come processi decisionali dinamici, l'autorità diviene uno strumento comunicativo volto a orientare le scelte, piuttosto che a imporle. In questo scenario, il management agisce come una *coalizione dominante* che detiene non tanto il potere di ordinare la singola azione, quanto quello di definire le procedure che governano la produzione delle regole. Di riflesso, la soggezione del lavoratore non viene meno, ma cambia oggetto: non essendo più possibile (né utile) sorvegliare l'esecuzione della prestazione tecnica, il controllo si sposta sul risultato e sulla sua conformità a parametri astratti, attuando quella che è stata efficacemente definita una *normalizzazione della persona*.

protezione per divenire un attore protagonista della sicurezza aziendale, gravato da specifici obblighi di diligenza e segnalazione.¹⁶⁸

Parallelamente, l'adozione dei modelli di *compliance* ridisegna i confini dell'autorità privata. Qualunque sia il fondamento teorico del potere gerarchico (contratto o inserimento nell'organizzazione), esso non può più esaurirsi nella logica dello scambio prestazione-retribuzione né giustificarsi con il solo perseguimento dell'interesse aziendale. I protocolli preventivi introducono, infatti, "scopi e valori" che modificano sostanzialmente la relazione di supremazia. L'incidenza dei codici di comportamento è duplice: essi non solo misurano il grado di diligenza esigibile dal dipendente, ma vincolano la discrezionalità dell'imprenditore, aprendo la strada a un sindacato più penetrante sulle modalità di esercizio del potere.¹⁶⁹ Ne deriva che potere e soggezione vengono assorbiti da una funzione superiore: l'autorità del datore sopravvive, ma imbrigliata in una rete di vincoli; la dipendenza del lavoratore persiste, ma finalizzata alla tutela di beni che travalicano l'impresa e che appartengono anche alla sfera del soggetto debole. L'imperativo disciplinare è divenuto così cogente da sovvertire le classiche dinamiche di autotutela della gerarchia.¹⁷⁰

Sociologicamente, l'applicazione di sanzioni ai gradi alti della piramide è sempre stata osteggiata per il timore di esporre l'ente a una pubblicità negativa; da qui la tendenza a mascherare la reazione punitiva attraverso modifiche dell'organigramma o spostamenti di mansioni. Il modello di responsabilità delineato dal d.lgs. 231/2001, ancorché fondato sulla bipartizione tra apicali e subordinati,¹⁷¹ rigetta tali espedienti elusivi. Esigendo la predisposizione di un sistema sanzionatorio idoneo a colpire anche i vertici, il legislatore ha non solo rivitalizzato il tema della responsabilità dirigenziale, ma ha anche legittimato l'introduzione di sanzioni a carico degli amministratori. Ne consegue che i concetti di potere e disciplina sopravvivono, pur mutando pelle, anche nelle moderne organizzazioni sistemiche. Cionondimeno, la validità di tali categorie resta subordinata alla riconoscibilità dei confini dell'ente: il potere si esercita legittimamente solo su chi appartiene al sistema. Quando tali confini divengono labili o incerti, come accade nelle strutture a rete, si aprono complessi interrogativi sulla tenuta dei criteri di imputazione penale.¹⁷²

¹⁶⁸ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 252.

¹⁶⁹ *Ibi*, p. 252 ss.

¹⁷⁰ *Ibi*, pp. 254 ss.

¹⁷¹ P. BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV., *Societas puniri potest - La responsabilità da reato degli enti collettivi* (atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002), Padova, 2003, pp. 49 ss.

¹⁷² A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 256.

Günter Heine¹⁷³ utilizza la teoria dei sistemi non per superare, ma per comparare le moderne dinamiche aziendali con i paradigmi penali tradizionali. Heine evidenzia come la specializzazione e la divisione del lavoro abbiano eroso la classica struttura gerarchica lineare. Nelle organizzazioni complesse, caratterizzate dall'interdipendenza tra sottosistemi, il potere decisionale si frammenta e si decentra: le decisioni non discendono più linearmente dal vertice alla base, ma si formano attraverso l'interazione orizzontale di sottosistemi interdipendenti. Il management, dunque, perde la capacità di intervento diretto sui processi, limitandosi a una funzione di coordinamento. Tale assetto genera una pericolosa asimmetria informativa che scherma la responsabilità penale. Le informazioni cruciali circolano spesso in via orizzontale e informale, non raggiungendo i livelli apicali se non in casi eccezionali. Ciò rende arduo non solo l'intervento correttivo preventivo, ma anche la prova dell'elemento soggettivo (il dolo) in sede giudiziaria: il vertice non sa, e il subordinato non percepisce l'offensività complessiva della propria condotta parcellizzata, rendendo l'evento lesivo un "prodotto del sistema" orfano di un autore consapevole.¹⁷⁴

In questo scenario, Heine propone una rilettura della posizione di garanzia. L'obbligo del vertice non è più quello di "stare a guardia" della fonte di pericolo in senso fisico, bensì quello di "organizzare" la sicurezza, predisponendo assetti produttivi idonei a prevenire eventi lesivi.¹⁷⁵ Questo dovere primario convive con la delega di funzioni, che sposta responsabilità operative ai livelli inferiori, ma non esonera il vertice dal garantire la tenuta complessiva del sistema. Nelle strutture decentralizzate, dove il controllo personale è impraticabile, la competenza dei vertici si converte in *Risk Management* (gestione del rischio). Si tratta di un'attività complessa che impone di prevenire i difetti organizzativi attraverso una valutazione strategica e tecnologica delle criticità, monitorando costantemente i processi.¹⁷⁶

Tali premesse svelano i limiti strutturali dell'imputazione individuale. L'affermazione della responsabilità penale per violazione degli obblighi organizzativi incontra, infatti, ostacoli

¹⁷³G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995.

¹⁷⁴*Ibi*, pp. 44 ss.

¹⁷⁵*Ibi*, pp. 120 ss.

¹⁷⁶ L'espressione *Enterprise Risk Management* (ERM) definisce un processo strategico integrato che coinvolge l'intera struttura organizzativa: dai vertici decisionali al personale operativo. Tale metodologia mira a individuare proattivamente i potenziali eventi avversi, gestendoli in linea con il *risk appetite* aziendale e il perseguimento delle finalità istituzionali. Sebbene le radici della tecnica affondino nell'economia aziendale e abbiano trovato inizialmente applicazione in ambiti specialistici (come il contrasto alla criminalità organizzata), l'evoluzione attuale tende verso una visione unitaria. Si parla oggi di *risk management* "integrato" per indicare una sintesi onnicomprensiva di diverse analisi e strumenti, affiancata dal concetto di *compliance risk*, focalizzato specificamente sulla prevenzione delle violazioni normative e regolamentari (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 66).

significativi: da un lato, i provvedimenti gestionali possiedono per loro natura un'efficacia differita, dispiegando effetti concreti solo nel lungo periodo; dall'altro, il pericolo che l'organizzazione è chiamata a intercettare appare spesso fluido e continuativo, privo di una precisa collocazione temporale. Ne consegue l'impossibilità di fissare con certezza il termine perentorio entro il quale la misura correttiva avrebbe dovuto essere adottata, rendendo così sfuggente il momento esatto dell'omissione penalmente rilevante.¹⁷⁷ Proprio questa inefficacia sui tempi e sulle modalità dell'agire individuale suggerisce un cambio di paradigma: secondo Heine, lo sforzo teorico deve indirizzarsi verso una responsabilità dell'impresa in quanto tale, ancorando il rimprovero direttamente al difetto organizzativo strutturale piuttosto che alla colpa del singolo.¹⁷⁸ Ciò non determina una totale eclissi della responsabilità delle persone fisiche. L'imputazione ai vertici riemerge e rimane configurabile in due specifici scenari: nelle realtà aziendali che mantengono tratti gerarchici tradizionali, oppure laddove sia possibile ricostruire una linearità causale diretta e inequivocabile tra il processo decisionale del manager e l'evento dannoso. Ne consegue che gli obblighi di corretta organizzazione (*funktionale Organisationspflichten*) non si pongono in antitesi rispetto alla tradizionale posizione di garanzia apicale. La questione critica, piuttosto, trasla dal piano della titolarità a quello dell'imputazione oggettiva: la vera difficoltà risiede nel ricondurre l'evento verificatosi alla specifica violazione delle regole organizzative, dimostrando che il corretto adempimento dell'obbligo avrebbe impedito il fatto.¹⁷⁹

¹⁷⁷ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 262.

¹⁷⁸ G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 146 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 263.

¹⁷⁹ L'Autore si sofferma sull'analisi di N. BOSCH, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002, p. 216 ss., il quale attribuisce ai vertici aziendali una specifica posizione di garanzia fondata sul dovere di mitigare i fattori di rischio entro la propria sfera organizzativa. Con riferimento alla responsabilità da prodotto, Bosch chiarisce che tale obbligo non è statico, ma va declinato in base alla struttura concreta della gestione. In quest'ottica, la figura dell'ingerenza risulta superflua: è sufficiente individuare il soggetto preposto alla vigilanza di una determinata fase produttiva per fondare l'obbligo di riduzione del rischio. La responsabilità assume poi una dimensione "collettiva" qualora il singolo amministratore, pur non potendo deliberare autonomamente, solleciti gli altri membri del board a una decisione condivisa, fornendo un'adeguata base informativa sulla pericolosità del prodotto (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 262).

Capitolo IV

Le posizioni di garanzia in ambito societario

SOMMARIO: 4.1 La centralità delle figure di garanzia nel contesto societario. - I componenti degli Organi di Amministrazione: gli amministratori privi di deleghe. - 4.3 Il Collegio Sindacale: una posizione di garanzia? – 4.4 I revisori esterni quali *gatekeepers* societari: evoluzione normativa e configurabilità dell'obbligo di garanzia. – 4.5 La problematica estensione della *Garantenstellung* all'Organismo di Vigilanza.

4.1 La centralità delle figure di garanzia nel contesto societario.

Il diritto penale dell'economia è popolato quasi interamente da reati propri di posizione esclusivi nei quali la qualifica soggettiva è *conditio sine qua non* della rilevanza penale del fatto. Il legislatore ha infatti ritagliato i precetti attorno a figure apicali e di controllo tipizzate: amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori e revisori legali. La diffusione di reati propri esclusivi dell'ambito societario, fallimentare e dei mercati finanziari trova la sua ratio nell'intrinseca natura di questi illeciti, basata sulla violazione di doveri funzionali. Tali obblighi, strettamente inerenti all'esercizio di atti di gestione, amministrazione o controllo dell'ente, presuppongono necessariamente l'investitura del soggetto agente. Pur essendo prevalentemente strutturate in forma commissiva, tali responsabilità assumono non di rado una natura omissiva, specialmente laddove dai doveri di vigilanza scaturiscano correlativi obblighi giuridici di impedire eventi lesivi per la società o per i terzi.¹ Genera, all'interno della medesima categoria

¹ L'ancoraggio della punibilità alla violazione di doveri funzionali solleva, tuttavia, una complessa problematica di teoria generale, determinando un'oscillazione della nozione di "reato proprio" tra il dato strettamente formale e quello materiale-fattuale. Se è vero che l'obbligo funzionale discende tipicamente dalla qualifica giuridica formale, è altrettanto vero che la reale capacità di offendere il bene protetto deriva dalla posizione di potere concretamente esercitata. A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, pp. 53 ss.

dogmatica, un profondo dualismo interpretativo che si articola lungo due direttrici. Da un lato, si rinvencono i reati propri fondati sul dovere, nei quali l'offesa al bene giuridico può provenire esclusivamente dal soggetto che riveste la qualifica formale. Costui, infatti, è l'unico destinatario istituzionale dei poteri e degli obblighi la cui trasgressione (o il cui abuso) integra il nucleo di disvalore tipico della fattispecie. In questo primo modello normativo, la salvaguardia del bene è assicurata in senso stretto, operando esclusivamente contro le violazioni poste in essere da soggetti formalmente investiti della carica. Di contro, nei cosiddetti reati propri di posizione, l'ambito di operatività della norma incriminatrice si sgancia dal presupposto formale della nomina, estendendo la responsabilità penale a chiunque eserciti *de facto* poteri e funzioni corrispondenti a quelli del soggetto qualificato. In tale seconda ipotesi, la norma abbraccia altresì colui che, inserendosi nei meccanismi aziendali, assume in concreto il dominio sulla fonte di rischio, realizzando materialmente i presupposti idonei a ledere l'interesse tutelato. Mentre nel primo modello la tutela del bene è garantita solo contro le offese provenienti da specifici soggetti formalmente investiti, nel secondo il bene giuridico è protetto contro le aggressioni di chiunque abbia l'effettiva capacità e l'opportunità fattuale di comprometterlo.²

A partire dagli anni Ottanta le inchieste sui grandi scandali finanziari hanno iniziato a coinvolgere sistematicamente, accanto agli autori materiali (amministratori esecutivi e dirigenti), anche i componenti degli organi di garanzia. Sul piano tecnico, l'imputazione si fonda sul combinato disposto dell'art. 40, comma 2, c.p. e dell'art. 110 c.p., agganciato alla specifica fattispecie incriminatrice di volta in volta contestata. Nella prassi giudiziaria si assiste sovente, sin dalle fasi embrionali del procedimento, all'iscrizione nel registro degli indagati dell'intera filiera dei controllori: ne deriva l'urgenza dogmatica di perimetrare con rigore i confini della responsabilità penale di tali soggetti.

L'argomento ha acquisito ulteriore drammaticità a seguito dei dissesti societari che hanno segnato l'inizio del nuovo millennio. La risposta dell'ordinamento italiano a tali crisi si è tradotta in una strategia di politica criminale volta alla moltiplicazione dei livelli di controllo e alla sostanziale privatizzazione della lotta all'illegalità economica.³ La problematica del concorso omissivo riguarda potenzialmente una moltitudine di attori che popolano l'apparato

² A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto pensale commerciale*, p. 55.

³ Basti pensare al ruolo di "sentinella" affidato all'ente dal d.lgs. 231/2001, agli oneri preventivi introdotti dalla normativa antiriciclaggio (d.lgs. 231/2007 e successive modifiche), al potenziamento dei poteri-doveri del collegio sindacale e alla riforma della revisione legale (d.lgs. 39/2010, F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in «Riv. soc.», 2012, pag. 317.

dei controlli societari nostrano, una costruzione complessa e ridondante, tacciata di essere «barocca».⁴ Specie nelle S.p.A., il sistema di vigilanza appare come l'esito di una costante addizione di organi e competenze, scaturita dal tentativo di importare nel nostro ordinamento istituti e modelli di *governance* propri di altre tradizioni giuridiche. Ne consegue che il vaglio giudiziario finisce per coinvolgere trasversalmente l'intera catena di comando e controllo: sotto la lente della magistratura possono finire gli amministratori (delegati e non), i sindaci (o i loro corrispettivi nei modelli dualistico e monistico), i membri dell'O.d.v. (d.lgs. 231/01), il Dirigente preposto e le società di revisione, in un intreccio di responsabilità spesso difficile da districare.⁵

Per affrontare il tema delle posizioni di garanzia, occorre muovere da una premessa di fondo: la ricerca del centro d'imputazione penale all'interno degli enti collettivi si risolve nell'identificazione dei titolari di obblighi impeditivi. Non è un caso, infatti, che il diritto penale d'impresa rappresenti l'ambito di massima espansione e rilevanza pratica del concorso omissivo. La *Garantenstellung* si atteggia a snodo fondamentale per tradurre la complessità dell'agire societario in responsabilità individuale, catalizzando su di sé la forte domanda di punizione che caratterizza i reati economici e rispondendo all'esigenza pratica di decifrare le dinamiche degli organi collegiali.⁶ Cionondimeno, l'assunzione dell'organizzazione aziendale a *fonte di rischio* strutturalmente vigilata da molteplici garanti espone l'interprete a un cortocircuito metodologico.⁷

Nelle imprese di medio o grandi dimensioni, maggiormente strutturate, si assiste ad una *concatenazione* dei ruoli lungo l'*iter* delle diverse fasi produttive. L'organizzazione aziendale funge da collante per questa struttura, generando un sistema reticolare e interdipendente di doveri di protezione. Si costituiscono, in questo modo, posizioni di garanzia a fisionomia *scalare* le quali «vanno dal piano decisionale a quello direzionale, dal livello gestionale a quello di controllo».⁸ Questa architettura assume inoltre una connotazione *multilivello*, essendo le responsabilità ripartite trasversalmente nei vari comparti aziendali e modellate sulla base dei concreti poteri e doveri di natura organizzativa attribuiti a ciascun attore. Sempre all'interno

⁴ S. FORTUNATO, *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, Torino, 2007, pp. 92 ss.

⁵ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, p. 318.

⁶ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 138 ss., «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»

⁷ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, Pisa University Press, 2022, p. 54.

⁸ A. PROVERA, *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2025, p. 183.

delle organizzazioni complesse, le posizioni di garanzia sono definite attraverso meccanismi di auto-normazione interni. Ne consegue che le regole organizzative, pur avendo natura privatistica ed essendo emanate dai vertici aziendali, assumono un ruolo determinante nell'individuare chi debba concretamente farsi carico di tali obblighi di garanzia.⁹

Il pericolo, ampiamente denunciato in dottrina, è che il giudice penale asseondi passivamente gli schemi privatistici di distribuzione delle competenze, trasformando la violazione di una regola organizzativa civile nel fondamento automatico della responsabilità penale.¹⁰ Più che di un *sistema* ordinato, il meccanismo dei controlli in Italia assume oggi le sembianze di un confuso reticolo. Le indagini di settore svolte dalla Camera di Commercio di Milano confermano che i principali *vulnus* normativi risiedono nella duplicazione dei ruoli, nell'eccesso di organi con conseguente polverizzazione delle responsabilità e nella prevalenza della forma sulla sostanza dei controlli.¹¹ Questa realtà, che pure necessiterebbe di una profonda revisione in ottica civilistica, ha ricadute immediate e delicate nel processo penale. Di fronte alla complessità degli organigrammi societari, il giudice deve guardarsi dalla tentazione di applicare schemi di responsabilità collettiva. Al contrario, è tenuto a un rigoroso vaglio individualizzante, separando con precisione chirurgica le posizioni dei singoli controllori per accertarne l'effettivo apporto all'illecito e la reale *rimproverabilità* dolosa o colposa.¹²

L'individuazione del garante all'interno delle moderne organizzazioni complesse rappresenta l'esito di un travagliato percorso giurisprudenziale e dottrinale. In una prima fase, dominata da una visione «organicistica»¹³ dell'impresa, la giurisprudenza ha tentato di fronteggiare l'insieme dei reati societari: dai reati propri del datore di lavoro a quelli comuni risalendo meccanicamente al vertice della piramide gerarchica. La prassi giurisprudenziale si è trovata a dover gestire una complessa ed eterogenea fenomenologia di illeciti d'impresa. Se in una fase iniziale l'attenzione degli interpreti si è focalizzata prevalentemente sulla figura del *datore di lavoro*, il progressivo affinamento dell'analisi ha condotto all'estensione del novero dei soggetti qualificati. Hanno così assunto rilievo penale, accanto ai tradizionali ruoli del dirigente e del

⁹ A. PROVERA, *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia*, p. 184, Come riporta l'Autore, la titolarità della posizione di garanzia nell'ambito delle organizzazioni complesse viene definita anche sulla base di norme organizzative di carattere privatistico, espressione del potere decisionale del management. Tale orientamento è stato recentemente recepito dalla S.C. nella nota sentenza relativa al disastro di Viareggio (Cass. pen., Sez. IV, sent. 8 gennaio 2021, n. 32899), ove si chiarisce che l'assetto concreto delle funzioni aziendali concorre a determinare i soggetti su cui grava l'obbligo di gestione del rischio e di salvaguardia dei beni giuridici.

¹⁰ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 54.

¹¹ C. BELLAVITE PELLEGRINI, *Il sistema dei controlli interni nelle società quotate in Italia: un'indagine empirica*, Camera di Commercio di Milano, 14 maggio 2010, pp. 33 ss.

¹² F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, p. 318.

¹³ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto pensale commerciale*, Vol. 1, Torino, Giappichelli Editore, 2025, p. 55.

preposto, anche figure titolari di specifiche attribuzioni funzionali o ambientali, quali il committente, il titolare dello scarico, il gestore della discarica, nonché i vertici gestionali quali l'amministratore e il direttore.¹⁴ L'automatismo che identificava il *responsabile* nel legale rappresentante o nel presidente del consiglio di amministrazione, in virtù della mera titolarità formale della carica, si è rivelato però un criterio fallace e insoddisfacente. Tale approccio, basato su una sorta di *respondeat superior* che talvolta ancora echeggia nelle fasi preliminari delle indagini, sconta il limite di attribuire la responsabilità a soggetti spesso privi dei poteri reali per governare le specifiche fonti di rischio.¹⁵

Superato anche l'opposto e transitorio orientamento che tendeva ad appiattire la responsabilità sui soggetti operativi materialmente prossimi all'evento lesivo, è stato il recepimento delle categorie civilistiche a fornire la chiave di volta. La dottrina ha chiarito come il diritto penale non possa ignorare la *trama* organizzativa dell'impresa: l'accertamento della responsabilità deve tradurre il precetto astratto nella concreta realtà aziendale, individuando chi detenga, originariamente o per delega, il dominio fattuale sul rischio. Si afferma così il passaggio da un criterio formale a uno sostanziale-funzionale: la posizione di garanzia non discende dalla mera investitura ufficiale o da una procura, bensì dall'effettivo esercizio di poteri decisionali e, soprattutto, di autonomia di spesa, unici strumenti idonei a garantire l'impedimento dell'evento e a rendere la sanzione penale conforme al principio costituzionale di personalità della responsabilità.¹⁶ L'accertamento della responsabilità penale all'interno delle strutture societarie impone un necessario confronto con la categoria dogmatica delle posizioni di garanzia. Pur trattandosi di un istituto proprio della Parte Generale, esso ha trovato nel diritto penale dell'economia il suo ambito di applicazione più florido, divenendo fulcro di una complessa elaborazione giurisprudenziale volta a definire i criteri di imputazione del fatto. Nel contesto aziendale, la qualifica di garante diviene il criterio cardine per imputare la *mala gestio* delle fonti di rischio, a partire dal titolare dell'obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.¹⁷

Ritracciando quanto precedentemente analizzato, l'obbligo di garanzia necessita «di essere specificato da norme puntuali, espressive di regole cautelari sufficientemente precise, e calato

¹⁴ ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto pensale commerciale*, p. 55.

¹⁵ *Ibi*, p. 56; Cass. pen., Sez. IV, 26 aprile 200, n. 7402; Cass., 17 gennaio 1986, in «Giustizia penale», 1987, p. 37.

¹⁶ Rispetto alla figura del datore di lavoro è stato affermato che «nell'ambito di organizzazioni complesse, d'impronta societaria, la veste datoriale non può essere attribuita solo sulla base di un criterio formale, magari indiscriminatamente estensivo, ma richiede di considerare l'organizzazione dell'istituzione, l'individuazione delle figure che gestiscono i poteri che danno corpo a tale figura», munita di «poteri decisionali e di spesa», Cass. pen., Sez. IV, 10 novembre 2017, n. 55005.

¹⁷ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto pensale commerciale*, pp. 57 ss.

nella concreta organizzazione dei fattori produttivi»;¹⁸ il consolidato orientamento dottrinale subordina la validità della posizione di garanzia al principio di effettività. Affinché l'obbligo di impedimento assuma rilevanza penale, è indispensabile che il garante disponga dei *poteri giuridici impeditivi* necessari a governare la fonte di rischio. Tali poteri, siano essi attribuiti a titolo originario (statuto) o derivato (delega), non possono limitarsi a una investitura formale, ma devono sostanziarsi in una reale capacità gestionale e, *conditio sine qua non*, in un'autonoma disponibilità di spesa. Senza il potere economico di intervento per la neutralizzazione del rischio, infatti, la posizione di garanzia si svuoterebbe di contenuto, rendendo inesigibile la condotta doverosa.¹⁹

La realtà delle aule di giustizia si confronta però con uno scenario imprenditoriale assai meno articolato. Anzitutto, per un dato dimensionale: il tessuto economico nazionale è infatti dominato dalle PMI e le statistiche confermano che circa il 95% delle imprese conta meno di 10 addetti, mentre le realtà con oltre 50 dipendenti rappresentano un'esigua minoranza (0,5%). In secondo luogo, il modello di *governance* prevalente in Italia è quello accentrato o familiare: il controllo è saldamente nelle mani di un *dominus* o di un nucleo familiare ristretto che è al contempo fornitore del capitale di rischio e gestore operativo.²⁰ Tale sovrapposizione tra proprietà e *governance* si riflette anche nelle grandi imprese private, dove la figura dell'azionista di riferimento rimane centrale, sia che gestisca direttamente, sia che vigili strettamente sull'operato di *manager* di fiducia. In questo contesto l'imprenditore esercita un potere egemonico: accentra ogni decisione, nomina nel Consiglio e negli organi di controllo professionisti a lui legati da rapporti fiduciari e tollera malvolentieri le ingerenze delle minoranze. Ne deriva una sostanziale immunità da azioni di responsabilità civile, che divengono un rischio concreto solo nelle fasi patologiche di insolvenza.²¹

Queste osservazioni assumono un rilievo determinante poiché spiegano la problematica che affligge l'impresa italiana e, di riflesso, l'inefficacia dei meccanismi di vigilanza, tema centrale nelle aule di giustizia. Un esempio paradigmatico ci viene offerto dalle motivazioni della sentenza sul caso Parmalat. In quella sede, il Tribunale ha stigmatizzato una gestione aziendale di tipo "padronale", dove gli organi sociali previsti dalla legge erano stati svuotati di ogni

¹⁸ Come precedentemente esposto: sotto il profilo sistematico, la dottrina ha elaborato la fondamentale distinzione tra posizioni di protezione e posizioni di controllo, cui si affianca il dovere di sorveglianza. La prima categoria si riferisce alla tutela di beni determinati (es. il minore o l'incapace) rispetto alla generalità dei rischi; la seconda, di cruciale rilievo per l'attività d'impresa (sia essa di produzione o di servizi), concerne il governo di specifiche fonti di pericolo a tutela di una platea indeterminata di soggetti.

¹⁹ A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto pensale commerciale*, pp. 59 ss

²⁰ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, p. 319.

²¹ *Ibi*, p. 320.

funzione a vantaggio del dominio incontrastato di Calisto Tanzi. Emerge chiaramente come il *dominus*, coadiuvato da pochi collaboratori fidati, abbia gestito la crisi finanziaria del gruppo ricorrendo a imponenti falsificazioni di bilancio,²² in totale autonomia rispetto alle strutture formali di controllo.²³ È la prova che l'accentramento del potere in capo al fondatore o alla famiglia proprietaria è in grado di anestetizzare i controlli, riducendoli a pura apparenza burocratica, con organi spesso inconsapevoli delle reali manovre societarie. Tale scenario giustifica il severo giudizio della dottrina internazionale, che in uno studio sulla *governance* ha paragonato il caso italiano alle dinamiche del Gattopardo (*Everything Changes, Everything Stays the Same*):²⁴ le riforme si susseguono, ma la sostanza del potere e i suoi vizi restano immutati.²⁵

4.2 I componenti degli organi di amministrazione e controllo: gli amministratori privi di deleghe.

La cronaca giudiziaria degli ultimi tre decenni, costellata da gravi dissesti societari e scandali finanziari di portata sistemica, ha imposto una profonda revisione degli assetti di *corporate governance*, rendendo indifferibile un rafforzamento dei presidi di controllo e una maggiore responsabilizzazione dei vertici aziendali. A questa crisi di fiducia dei mercati, il legislatore e la giurisprudenza hanno risposto con una moltiplicazione dei livelli di verifica e, parallelamente, con una marcata dilatazione dell'area della responsabilità penale. Si è assistito, in altri termini, a una vera e propria *esplosione* dei doveri di garanzia in capo ai cosiddetti *vigilantes*, coinvolgendo nella sfera del rischio penale l'intera filiera degli organi di controllo. È in questo mutato scenario che il Consiglio di Amministrazione ha smesso di essere visto come mero organo di ratifica per assumere il ruolo cruciale di «avamposto del controllo interno

²² F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, p. 320; Trib. Milano, 18 dicembre 2008 - 5 maggio 2009

²³ Il caso Parmalat costituisce un *leading case* in materia di crisi d'impresa e fallimento dei sistemi di controllo interno. Il "buco" di bilancio, pari a circa quattordici miliardi di euro, fu celato per oltre un decennio grazie a sofisticate tecniche di manipolazione contabile, venendo alla luce solo nel 2003. Oltre alle responsabilità penali del vertice societario, le sentenze hanno evidenziato le gravi carenze degli organi di vigilanza (revisori e sindaci) condannati per non aver intercettato segnali di crisi rilevabili già nel decennio precedente.

²⁴ Si fa riferimento alla celebre massima contenuta nel romanzo *Il Gattopardo* (1958) di Giuseppe Tomasi di Lampedusa, pronunciata dal personaggio di Tancredi Falconeri: «Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi». L'espressione è divenuta il manifesto del cosiddetto "gattopardismo", ovvero quella strategia politica e sociale volta a promuovere trasformazioni puramente formali o di facciata al solo scopo di preservare inalterati i privilegi e gli equilibri di potere preesistenti.

²⁵ R. M. BARKER, *Corporate Governance, Competitions and Political Parties*, Oxford, 2010, p. 268; F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, p. 321.

sull'operato degli amministratori esecutivi».²⁶ Nel tessuto economico italiano, storicamente caratterizzato da una struttura proprietaria concentrata o a conduzione familiare, si assiste frequentemente a una distorsione del modello legale: il Consiglio di Amministrazione tende a trasformarsi in un organo di mera ratifica, popolato da soggetti *docili* e subordinati alla volontà del socio di comando.²⁷ L'effettività dei poteri consiliari varia in relazione al grado di coinvolgimento della proprietà. Se l'azionista di maggioranza è anche il gestore operativo (*manager-proprietario*), il ruolo del Consiglio è pressoché nullo. Se, invece, la proprietà resta distinta dalla gestione esecutiva, il Consiglio acquista una funzione residuale di monitoraggio: in tale scenario, il potere dell'amministratore scontento o preoccupato per la *mala gestio* si riduce essenzialmente a una facoltà di appello al proprietario, il quale siede spesso nel C.d.A. stesso. Al di fuori di questa interlocuzione diretta con il socio di riferimento, l'amministratore non dispone di leve correttive autonome.²⁸ Nelle grandi società quotate, la dissociazione tra proprietà e controllo si traduce spesso nell'irrelevanza gestionale degli amministratori non esecutivi. Si evidenzia come la *governance* reale si svolga altrove: la maggior parte delle decisioni vitali è assunta dal management e dalla struttura dipendente, scavalcando di fatto il Consiglio.²⁹ Il *board*, confinato a una presa d'atto tardiva e limitata alle sole transazioni maggiori, finisce spesso per scoprire l'esistenza di atti dannosi solo quando gli azionisti intraprendono le vie legali. Il patto implicito tra consiglieri e manager è chiaro: a fronte di benefit, i primi offrono una docile ratifica di ciò che i secondi hanno già stabilito. I *boards*, dunque, lungi dall'essere organi di governo, appaiono come entità *amabili* ma totalmente succubi dell'egemonia manageriale.³⁰

Sotto il profilo sistematico, la clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. avrebbe dovuto fungere da naturale cassa di risonanza per le modifiche introdotte dal diritto societario. Una rigorosa applicazione dei principi avrebbe infatti richiesto un proporzionale ridimensionamento degli obblighi impeditivi, riallineando la responsabilità penale ai nuovi e

²⁶ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, in «Rivista delle società» a cura di G. ROSSI, Giuffrè Editore, 2009, pp. 64 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, Pisa University Press, 2022, p. 63.

²⁷ M. L. MACE, *Directors: Myth and Reality*, Boston, 1971; R. Costi, M. Messori (a cura di), *Per lo sviluppo. Un capitalismo senza rendite e con capitale*, Bologna, 2005, pp. 83 ss.

²⁸ F. CENTONZE, *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, in «Riv. soc.», 2007, p. 6.

²⁹ R. HAMILTON, J. MACEY, *Cases and Materials on Corporations*, St. Paul, MN, 2005, pp. 710 ss.;

³⁰ J. K. GALBRAITH, *The Economics of Innocent Fraud. Truth For Our Time*, Boston-New York, 2004, trad. it., *L'economia della truffa*, Milano, 2004, pp. 54 ss., il Consiglio di Amministrazione «consiste in un certo numero di uomini, con la doverosa aggiunta di una o due donne, la cui conoscenza dell'impresa può essere la più superficiale. Eccezioni a parte, il ruolo dei suoi membri è di semplice assenso. In cambio di una retribuzione e di qualche manicaretto, gli amministratori accettano di essere periodicamente informati dal management sul già deciso e l'universalmente noto».

più circoscritti poteri preventivi attribuiti agli amministratori privi di delega. La giurisprudenza di legittimità, però, ha mostrato una marcata resistenza nel recepire le reali ricadute dogmatiche di tale norma.³¹ Pur riconoscendo formalmente l'alleggerimento degli oneri a carico dei consiglieri non esecutivi, la Suprema Corte continua a postulare l'esistenza di una pervasiva, seppur sfumata e incerta nei confini, posizione di garanzia tesa a prevenire la commissione di illeciti in capo agli amministratori privi di deleghe.³² I giudici penali, in sostanza, neutralizzano la portata delimitativa della riforma civile, decretando che la responsabilità penale si configuri a prescindere dal tipo di canale o flusso informativo istituzionalmente previsto. Come evidenziato in dottrina, tale orientamento si fonda su una palese inversione metodologica: si finisce per far dipendere l'accertamento della causalità oggettiva dalla sussistenza della colpevolezza e, segnatamente, dal dolo eventuale.³³ In questa prospettiva distorta, la mera ricezione di un set informativo, con la conseguente rappresentazione soggettiva di un possibile evento lesivo, diviene di per sé l'elemento genetico dell'obbligo di agire. Si assiste così alla trasmutazione di un coefficiente meramente psicologico, ovvero la conoscenza del rischio, nel fondamento oggettivo del dovere impeditivo, svuotando di significato le limitazioni introdotte dalla riforma a tutela dei consiglieri non operativi.³⁴

Il mutato orizzonte normativo scaturito dalla riforma del diritto societario ha radicalmente ridefinito i confini della responsabilità all'interno del Consiglio di Amministrazione. L'epicentro di tale trasformazione risiede nel nuovo art. 2381 c.c.,³⁵ il quale, nel regolare i

³¹ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 8, sul punto, Trib. Milano, sez. II, 19 dicembre 2006, n. 12487, inedita, 3. «Il tribunale giunge alla condanna di trentasette imputati enunciando il seguente principio giuridico: “non sembrano apprezzabili come discriminanti ai fini della responsabilità distinzioni tra membri muniti di deleghe e semplici membri degli organi gestionali [...] atteso che, come ha più volte sottolineato la giurisprudenza anche di legittimità, la semplice accettazione della carica attribuisce all'amministratore di diritto dei doveri di vigilanza e di controllo la cui violazione comporta sempre responsabilità penale (Cass. pen. 3/6/05-5/1/06, n. 5 2006). Questo principio tradotto in termini concreti [...] significa che chiunque partecipi a pieno titolo alle deliberazioni di un organo collegiale, quale che sia stato il suo contributo, non può essere a priori esonerato dal rischio che ne deriva, anche se si potrà poi giungere all'affermazione positiva della sua responsabilità, solo dopo aver accertato che il suo contributo partecipativo sia stato preceduto dall'informazione completa dei fatti sui quali si è deciso, e che la sua eventuale inerzia, rispetto a segnali di allarmante gravità, non sia stata comunque consapevole frutto di una scelta intesa ad accettarne il rischio».

³² Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 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», 2013, pp. 173 ss.; GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 65.

³³ T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa, Pisa University Press, 2015, pp. 77 ss.

³⁴ GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 66.

³⁵ Art. 2381 c.c.: «c. 1 Salvo diversa previsione dello statuto, il presidente convoca il consiglio di amministrazione, ne fissa l'ordine del giorno, ne coordina i lavori e provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri.

c. 3 Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

rapporti con gli organi delegati, abbandona la logica del controllo indifferenziato per introdurre un sistema procedimentalizzato di flussi informativi. La norma codifica un reticolo di obblighi informativi stringenti per tempi e contenuti, ponendo il Presidente del Consiglio di Amministrazione a presidio della corretta circolazione delle informazioni relative alle materie all'ordine del giorno. A fronte di tale architettura, la legge prescrive che gli amministratori debbano agire «in modo informato». Tale formula, pur nella sua perdurante ambiguità interpretativa, in bilico tra il dovere di sollecitare nuove informazioni e l'onere di approfondire quelle già acquisite, segna un confine netto rispetto al passato.³⁶ Il C.d.A., ai sensi dell'art. 2381, comma 3, c.c., è infatti tenuto a valutare l'adeguatezza degli assetti organizzativi e il generale andamento della gestione non più in virtù di un sindacato ispettivo autonomo e pervasivo, ma strettamente «sulla base delle informazioni ricevute» e delle relazioni degli organi delegati. Si assiste, in definitiva, all'abrogazione del previgente e onnicomprensivo dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, con decisive ricadute sul piano della configurabilità di posizioni di garanzia in capo agli amministratori non esecutivi.³⁷

Al fine di inquadrare il perimetro dei poteri e dei doveri facenti capo ai membri del Consiglio di Amministrazione, è necessario fissare, come punto di partenza, i dettami dell'art. 2392 c.c., rubricato “Responsabilità degli amministratori”. Tale disposizione, al suo primo comma, delinea una responsabilità di natura contrattuale e risarcitoria, ancorata all'inadempimento degli obblighi imposti dalla legge o dall'atto costitutivo. Di cruciale rilevanza è il secondo comma, il quale statuisce la responsabilità solidale degli amministratori qualora essi, pur essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, omettano di attivarsi per impedirne il compimento o per eliderne le conseguenze dannose, fatto salvo quanto previsto dall'art. 2381, comma 3, c.c.³⁸ La

c. 5 Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

c. 6 Gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società.»

³⁶ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 63; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, pp. 176 ss.

³⁷ «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).», A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 64.

³⁸ Art. 2392 c.c.: «c. 1 Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori.

corretta trasposizione di tale precetto civilistico sul versante penale esige una rigorosa separazione dogmatica tra il mero dovere di informazione e vigilanza e il ben più stringente dovere di impedimento dell'illecito. Nell'assetto normativo previgente, tale distinzione tendeva a sfumare: la prassi giudiziaria finiva spesso per sovrapporre i due piani, fondando l'addebito concorsuale per il mancato impedimento del reato altrui sulla semplice inosservanza del generico obbligo di controllo. Un decisivo mutamento di paradigma è stato impresso dal d.lgs. 6/2003. Intervendendo sull'art. 2392, comma 2, c.c., il legislatore della riforma societaria ha infatti eliminato il precedente e indeterminato *obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione*.³⁹ Al suo posto, ha introdotto un rinvio sistematico al nuovo art. 2381 c.c., tracciando così confini ben più netti e *proceduralizzati* in merito ai doveri che vincolano il C.d.A. rispetto all'operato dei delegati.⁴⁰ La formulazione della norma consente quindi «di escludere, con un elevato grado di sicurezza, il diritto dei singoli amministratori di attingere informazioni presso i dirigenti e di procedere ad atti di ispezione e controllo presso le strutture aziendali».⁴¹

Le prerogative di controllo del Consiglio di Amministrazione si articolano oggi lungo due direttrici fondamentali: la verifica dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili predisposti dagli amministratori esecutivi e la valutazione del generale andamento della gestione. Quest'ultima operazione è strettamente ancorata al perimetro delle informazioni fornite dagli organi delegati attraverso la reportistica periodica (art. 2381, comma 5, c.c.). Tale meccanismo è bilanciato, al sesto comma, dalla clausola che impone ai consiglieri l'agire informato, dotandoli della facoltà di sollecitare approfondimenti in sede consiliare.⁴² Quindi,

c. 2 In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'articolo 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.»

³⁹ La Relazione alla riforma (par. 6. III. 4) specifica che «L'eliminazione dal precedente secondo comma dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensioni che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili».

⁴⁰ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 161.; R. BORSARI, *I confini della responsabilità penale degli amministratori privi di deleghe*, in «Fin. contr. contab.», 2009, pp. 266 ss.; I. MERENDA, *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, in «Cass. pen.», 2011, pp. 1182 ss.

⁴¹ P. ABBADESSA, *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in P. ABBADESSA, G.B. PORTALE, *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum*, v. II, Torino, 2006, p. 502.

⁴² F. CENTONZE, *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in «Cass. pen.», 2008, pp. 109 ss., «La riforma della disciplina delle società (d.lg. n. 6 del 2003) ha alleggerito gli oneri degli amministratori privi di deleghe e comportato una obbiettiva restrizione della loro responsabilità. L'amministratore non esecutivo risponde di omesso impedimento di un reato doloso posto in essere dagli amministratori delegati purché si sia rappresentato l'evento, nella sua portata illecita, e abbia consapevolmente omesso di impedirlo. Non può dunque esservi equiparazione tra "conoscenza" e "conoscibilità" dell'evento che si deve impedire, attenendo la prima all'area della fattispecie volontaria e la

mentre l'orientamento pre-riforma dilatava l'obbligo di vigilanza fino a trasformarlo in un dovere di onniscienza su tutte le operazioni sociali, il nuovo assetto normativo ha confinato il controllo dei non delegati entro i limiti degli atti formalmente portati all'attenzione del Consiglio. L'esercizio della funzione di controllo risulta essere strettamente dipendente dal flusso informativo veicolato o dagli organi delegati in ottemperanza agli obblighi di *reporting* sanciti dall'art. 2381 c.c. (comma 5) o acquisito su specifica sollecitazione dei consiglieri non esecutivi ex comma 6. La centralità di tale meccanismo informativo è tale da indurre autorevole dottrina a escludere, nell'attuale assetto normativo, la persistenza di autonomi poteri di ispezione individuale in capo agli amministratori privi di delega. Ne consegue che il dovere di vigilanza ha perso il suo carattere di continuità per assumere una natura intermittente, legata ai momenti deliberativi.⁴³ Risulta essere fondamentale distinguere tale dovere di *valutazione informata* dall'obbligo di *attivazione impeditiva* previsto dall'art. 2392, comma 2, c.c., il quale presuppone la conoscenza *effettiva* del pregiudizio. Nel regime antecedente, la mancata distinzione tra queste due sfere portava spesso i giudici a dedurre automaticamente la responsabilità penale per omesso impedimento dalla semplice inosservanza del generico dovere di vigilanza, operando un'inammissibile estensione dell'area di rischio penale.⁴⁴ Occorre distinguere nettamente la fase del controllo da quella dell'impedimento. Quest'ultima scatta solo in presenza di un'effettiva conoscenza del fatto pregiudizievole da parte dell'amministratore, configurando una responsabilità necessariamente dolosa per la consapevole scelta di non intervenire. Al contrario, il mancato assolvimento del dovere di vigilanza preventiva integra, al più, gli estremi della colpa. L'inerzia del controllore che non si informa, e dunque non impedisce il reato altrui per ignoranza colpevole, potrà assumere rilievo penale esclusivamente in relazione a reati contravvenzionali o alle sporadiche fattispecie di delitti colposi previste dal diritto penale societario, restando esclusa la punibilità per i delitti dolosi.⁴⁵

Benché la violazione degli obblighi di vigilanza valga a delineare la posizione di garanzia in capo agli amministratori privi di delega, essa non è condizione sufficiente a fondare la responsabilità penale per il mancato impedimento dell'evento. Ai fini dell'integrazione del

seconda, quale violazione ai doveri di diligenza, all'area della colpa. La responsabilità penale dell'amministratore non esecutivo postula la dimostrazione di un effettivo ed efficace ragguaglio circa l'evento oggetto del doveroso impedimento.»

⁴³ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*, pp. 163 ss.

⁴⁴ *Ibi*, p. 162. È di tutta evidenza, infatti, l'inidoneità del dovere di eliminazione delle conseguenze dannose a fondare una responsabilità concorsuale per mancato impedimento, presupponendo tale obbligo un illecito già interamente consumato.

⁴⁵ G. MARINUCCI, M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in «Riv. it., dir. proc. pen.», 1971, p. 703.

reato ex art. 40 cpv. c.p., è indispensabile riscontrare altresì l'inottemperanza al dovere di attivazione previsto dall'art. 2392 c.c.: occorre, cioè, che il garante abbia omissso di esercitare quei poteri *contro-impeditivi*, tipicamente comminatori e risolutivi, idonei ad arrestare la condotta illecita. L'identificazione del comportamento alternativo doveroso rappresenta lo snodo più problematico della fattispecie. Manca, infatti, la possibilità di predeterminare *ex ante* quali siano le condotte concretamente idonee a neutralizzare l'illecito, stante l'assenza di specifici poteri interdittivi attribuiti dalla legge civile agli amministratori privi di delega. Di fronte a tale vuoto normativo, la prassi giudiziaria tende a ripiegare su valutazioni *a posteriori* e «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».⁴⁶ Tale orientamento trova riscontro nella giurisprudenza di legittimità, la quale, facendo leva sull'art. 2381, comma 2, c.c., ha sancito la responsabilità di tutti i componenti del Consiglio per gli illeciti deliberati dall'organo. Secondo la Corte, al di fuori delle attribuzioni delegate, ciascun amministratore risponde in solido dell'operato del Consiglio, anche qualora non abbia materialmente deciso o compiuto l'azione illecita, a meno che non riesca a invocare la procedura di esonero di cui all'art. 2392, comma 3, c.c. La pronuncia cristallizza così il principio della responsabilità solidale di tutti i consiglieri per gli atti dell'organo di cui fanno parte.⁴⁷ In tale ottica retrospettiva, si finisce spesso per trascurare la verifica controfattuale sulla reale efficacia impeditiva delle condotte omesse; il rimprovero penale si appunta non tanto sul nesso causale, quanto sul disvalore dell'inerzia, rimproverando il mancato attivismo dell'amministratore nel contrastare l'iniziativa criminosa. In questo scenario, l'unica via d'uscita per l'amministratore senza delega si sposta dal piano dell'efficienza causale a quello della dissociazione formale. A prescindere dall'effettiva idoneità a impedire l'evento, l'atto di opposizione o di agire contro assume una valenza liberatoria fondamentale. L'amministratore è onerato di fornire la prova tangibile della

⁴⁶ A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, Relazione svolta al Convegno per il XXX anniversario della fondazione della rivista Giurisprudenza Commerciale, svoltosi a Bologna l'8 e 9 ottobre 2004, in «Riv. it., dir. proc. pen.», 2005, p. 263, «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.»

⁴⁷ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 68, l'Autore si riferisce alla sentenza Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2022, n. 11087. La Suprema Corte, richiamando il combinato disposto degli artt. 2381 e 2392 c.c., ha ribadito la natura solidale della responsabilità degli amministratori di S.p.A. per i danni derivanti dall'inosservanza dei doveri imposti dalla legge o dallo statuto. Tale regime si estende a tutti i componenti del Consiglio per gli illeciti deliberati dall'organo, fatta eccezione per le attribuzioni specifiche del comitato esecutivo o dei consiglieri delegati. Resta salvo, per il singolo amministratore immune da colpa, il meccanismo di esonero previsto dall'art. 2392, comma 3, c.c., subordinato alla tempestiva annotazione del proprio dissenso.

propria estraneità dall'operato degli autori materiali del reato attraverso atti inequivoci, quali il voto contrario in assemblea o la verbalizzazione del dissenso, idonei a recidere il vincolo concorsuale, pur se inidonei a impedire materialmente il reato.⁴⁸

Non appare condivisibile la tesi che ancora la posizione di garanzia all'esercizio di poteri quali l'impugnativa delle delibere consiliari (artt. 2388 e 2391 c.c.) o la denuncia al Tribunale ex art. 2409 c.c. facoltà, quest'ultima, che per i non delegati è peraltro circoscritta alle sole società quotate e mediata dal filtro del Pubblico Ministero.⁴⁹ Tali strumenti, infatti, si rivelano inidonei a fondare un obbligo di impedimento penalmente rilevante. Essi possiedono una valenza meramente reattiva e non preventiva: intervengono cioè in una fase in cui l'evento illecito si è già verificato o è in corso di perfezionamento. Mancando di un potere comminatorio diretto e autonomo, tali iniziative demandano la risoluzione del problema a un'autorità esterna (il giudice), rendendo l'intervento dell'amministratore inefficace ai fini della neutralizzazione immediata del rischio.⁵⁰

Andando con ordine, l'amministratore privo di deleghe è tenuto a opporsi fermamente all'adozione di deliberazioni potenzialmente criminose, pretendendo la verbalizzazione del proprio dissenso nel libro delle adunanze e dandone tempestiva comunicazione al Presidente del Collegio Sindacale, oltre a poter sollecitare la convocazione dell'assemblea rivolgendosi al Presidente del C.d.A. L'analisi delle prerogative individuali conferma però un dato strutturale incontrovertibile: il singolo amministratore difetta di un potere inibitorio diretto e autonomo. Egli non possiede, *uti singulus*, la facoltà giuridica di paralizzare l'azione illecita. La sua condotta si risolve, pertanto, nell'attivazione di un meccanismo di tutela che è solo astrattamente idoneo a scongiurare l'evento: l'efficacia impeditiva concreta resta infatti subordinata al necessario concorso di volontà o all'intervento autoritativo di soggetti terzi, sia esso il Pubblico Ministero, l'Autorità Giudiziaria o gli organi di controllo endo-societari.⁵¹

Se si guarda, invece, all'orientamento delle corti, l'individuazione dei poteri impeditivi dell'amministratore appare spesso fugace. In luogo di una verifica puntuale sulla *signoria* del garante rispetto alla fonte di rischio, le sentenze si accontentano di richiamare clausole generali di vigilanza o di elencare una serie di iniziative che, a ben vedere, risultano inidonee a bloccare l'evento, finendo così per aggirare il problema del nesso causale. Al contrario, la dottrina, già

⁴⁸ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 66, a ben vedere, la logica punitiva nei confronti dell'amministratore non esecutivo prescinde dalla causazione materiale del danno; essa si concentra, invece, sull'inosservanza degli obblighi di carica e sul conseguente incremento del rischio, spostando così il baricentro del giudizio dal disvalore dell'evento a quello della mera omissione.

⁴⁹ F. CENTONZE, *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva*, pp. 337 ss.

⁵⁰ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*, pp. 166 ss.

⁵¹ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, pp. 24 ss.

nel vigore della vecchia disciplina, ha tentato di dare concretezza a tali poteri. Studiosi come Pedrazzi e Crespi hanno individuato nell'attivazione di istanze esterne, Autorità di vigilanza e P.M. ex art. 2409 c.c. o nell'impugnativa delle delibere, gli unici strumenti dotati di reale efficacia preventiva in mano al singolo amministratore.⁵² Grasso ha opportunamente precisato che l'efficacia dell'impugnativa sussiste solo se il reato non si è già consumato con la delibera stessa, mentre Antolisei ha messo in guardia dai rischi di un eccessivo rigorismo: imporre azioni giudiziarie contro la propria società significa ignorare le possibili ripercussioni negative sull'impresa, aspetto che il giudice deve sempre valutare.⁵³ La sintesi di tali posizioni restituisce un quadro complesso: se è vero che il singolo ha poteri limitati rispetto all'assemblea, è altrettanto vero che il ricorso all'autorità giudiziaria o amministrativa costituisce uno strumento potente, ma traumatico. Pertanto, come suggerito da un'attenta lettura delle dinamiche societarie, tale via dovrebbe essere percorsa solo come *extrema ratio*, qualora ogni tentativo di rimedio interno si sia rivelato vano.⁵⁴

I poteri dotati di reale efficacia impeditiva risiedono, quindi, unicamente nelle mani del Consiglio nella sua collegialità. Solo l'organo amministrativo nel suo complesso ha la forza giuridica per intervenire sugli organi delegati mediante la revoca delle procure, l'avocazione di singole operazioni, l'emissione di direttive ostative o l'annullamento di precedenti delibere illegittime. Il potere del singolo amministratore si configura, di conseguenza, come un potere di *sollecitazione* o di *impulso*. Egli è tenuto a provocare la reazione dell'organo attraverso una serie di passaggi procedurali: chiedere informazioni e pretendere che vengano fornite in Consiglio; sollecitare la convocazione dell'organo; argomentare attivamente per impedire l'adozione di delibere illecite. Per andare esente da responsabilità, il consigliere deve oggettivizzare la propria opposizione facendola annotare nel libro delle deliberazioni e dandone pronta notizia per iscritto al Presidente del Collegio Sindacale (art. 2392, comma 3, c.c.).⁵⁵ Tali prerogative, pur risolvendosi in atti di mero stimolo, costituiscono il presupposto indefettibile per l'esercizio della funzione impeditiva collegiale. Di conseguenza, il mancato ricorso a tali

⁵² A. CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, in «Riv. it. dir. pen.», 1957, pp. 541 ss.; C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in «Riv. soc.», 1962, p. 282.

⁵³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, v. I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 85.

⁵⁴ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 23. Si osserva come la riforma del diritto societario abbia notevolmente ridimensionato l'operatività dell'art. 2409 c.c., depotenziando di fatto gli strumenti di reazione degli amministratori privi di delega. Tale contrazione si manifesta, in primis, nell'esclusione della legittimazione del Pubblico Ministero per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio e, in secondo luogo, nella subordinazione del controllo giudiziario alla sussistenza di gravi irregolarità potenzialmente dannose per la società o per le controllate. Ne consegue che la sollecitazione dell'intervento pubblico da parte del singolo amministratore diviene un rimedio residuale, esperibile esclusivamente nei contesti di società aperte e a fronte di un concreto rischio di pregiudizio patrimoniale.

⁵⁵ *Ibi*, p. 161.

poteri propulsivi fonda il rimprovero mosso nei confronti del singolo amministratore per l'inerzia dell'intero organo.⁵⁶ L'imperativo di evitare l'imputazione automatica di reato collegiale, incompatibile con il carattere personale della responsabilità penale, impone di frammentare l'accertamento, isolando la condotta di ciascun consigliere. È necessario, dunque, valutare se il componente, *uti singulus*, abbia attivato i poteri-doveri a sua disposizione per contrastare le deviazioni dell'ente. Non basta un dissenso sterile: è richiesta un'opposizione attiva e motivata. Eppure, la prova che una resistenza più netta, rispetto al semplice voto contrario, avrebbe avuto efficacia risolutiva rimane uno degli snodi più critici del giudizio. Individuato il comportamento doveroso, il baricentro della responsabilità si sposta sulla verifica del nesso causale e del dolo di partecipazione omissiva: occorrerà dimostrare non solo che l'intervento del singolo avrebbe impedito il reato, ma anche che la sua omissione sia stata sorretta dalla consapevolezza dell'illecito e dall'accettazione del rischio.⁵⁷ Se in linea teorica l'inerzia nell'impugnare una delibera pregiudizievole può considerarsi concausa dell'infedeltà patrimoniale commessa dall'esecutivo, il passaggio alla causalità concreta richiede ben altro rigore probatorio. Il giudice penale deve immergersi nella realtà fattuale e chiedersi: l'impugnazione avrebbe certamente impedito il reato? La risposta presuppone una simulazione dell'iter civilistico: occorre provare che il vizio della delibera fosse talmente palese da indurre un ipotetico giudice civile a disporre la sospensione cautelare (art. 2378 c.c.), impedendo così all'amministratore delegato di dare seguito al proposito criminoso.⁵⁸ È proprio su questo terreno che la giurisprudenza mostra le sue maggiori fragilità, omettendo spesso qualsiasi indagine sul grado di certezza del nesso⁵⁹ e accontentandosi di riscontrare l'omesso controllo o l'incremento del rischio.⁶⁰ Questo approccio tradisce un'influenza civilistica: nel diritto civile, infatti, l'esigenza di ripartire il danno ha favorito l'adozione di criteri probabilistici,⁶¹ avallati da quella dottrina che vede nella violazione dello standard di diligenza la prova stessa del nesso. Nel processo penale, però, sull'altro braccio della bilancia si posa la libertà personale e i diritti fondamentali dell'imputato. Per questo le Sezioni Unite hanno alzato un argine insormontabile contro la teoria dell'aumento del rischio, chiarendo che le difficoltà di prova non legittimano scorciatoie: la causalità non può essere *debole* o presunta, pena un'abnorme espansione della

⁵⁶ In tal senso v. A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 327. Di diverso avviso F. CENTONZE, *La Suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva*, p. 337.

⁵⁷ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 65.

⁵⁸ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, pp. 29 ss.

⁵⁹ G. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2002, pp. 826 ss., il quale rileva come in questo campo "l'accertamento della causalità non è impensabile in assoluto".

⁶⁰ A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettiva di soluzione*, in «Ind. Pen.», 2000, pp. 54 ss.

⁶¹ *Ibi*, p. 192, inteso come il criterio del *più probabile che non*.

responsabilità. Condannare qualcuno sulla base della sola probabilità che il suo intervento avrebbe evitato l'evento risulterebbe, in ultima analisi, una scelta *intimamente immorale*.⁶²

4.3 Il Collegio Sindacale: una posizione di garanzia?

Il Collegio Sindacale, centro tradizionale del sistema di controllo interno nel nostro ordinamento, risponde originariamente alla logica della separazione tra titolarità del capitale e potere gestorio, ponendosi a tutela della proprietà contro le possibili deviazioni del *management*.⁶³

Il combinato disposto degli artt. 2403 e 2407 c.c. e dell'art. 149 T.U.F. per le realtà quotate è stato interpretato in chiave concorsuale per fondare la responsabilità dei sindaci ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. In virtù delle loro ampie funzioni di controllo, i sindaci sono considerati titolari di una vera e propria posizione di garanzia, che include non solo il dovere di vigilanza sulla legalità formale, ma anche l'obbligo giuridico di impedire i reati commessi dagli amministratori. Restano, tuttavia, forti criticità dovute all'indeterminatezza del sistema: da un lato, non è chiara la categoria di fattispecie di reato che dovrebbero attivare l'intervento sindacale; dall'altro, non sono definiti i poteri impeditivi concretamente esigibili. A ciò si aggiunge l'annosa questione del nesso di causalità, con una giurisprudenza oscillante tra il rigore della teoria *condizionalistica* e la soglia, più sfumata, della mera agevolazione.⁶⁴

Anche l'assetto dei poteri-doveri del Collegio Sindacale è stato profondamente rimodellato dalla riforma societaria, che ha sottratto all'organo il controllo contabile in senso stretto per concentrarne l'attività su tre specifici ambiti di vigilanza, oggi cristallizzati nell'art. 2403 c.c.⁶⁵

Il primo ambito attiene al controllo di legalità, inteso come verifica di conformità dell'agire sociale alle norme di legge e statutarie, a prescindere dalla diretta riferibilità degli atti agli amministratori. Il secondo profilo riguarda l'osservanza dei principi di corretta amministrazione: tale supervisione mira esclusivamente a sanzionare l'irrazionalità o la negligenza gestionale, in linea con i canoni della diligenza professionale. Il terzo e più

⁶² F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 30.

⁶³ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bononia University Press, Bologna, 2009, p. 32.

⁶⁴ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 70.

⁶⁵ Art. 2403 c.c.: «Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. Esercita inoltre il controllo contabile nel caso previsto dall'articolo 2409 bis, terzo comma.»

innovativo aspetto concerne la valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili. In questo contesto, il sindaco è tenuto ad accertare che la struttura implementata dagli amministratori sia idonea a prevenire i rischi tipici d'impresa, riducendo i margini di errore e garantendo il costante monitoraggio delle procedure aziendali.⁶⁶

Specificatamente, la riforma ha determinato un mutamento genetico nel ruolo del Collegio Sindacale, con ricadute immediate sulla definizione della responsabilità penale omissiva. Tale cambiamento investe due ambiti: l'estensione del dovere di vigilanza e l'efficacia dei poteri di reazione. Il legislatore ha operato una scelta di campo netta: il baricentro della vigilanza si è spostato dal controllo contabile alla legalità, ai principi di corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi. L'aver vincolato il controllo non solo alla legge, ma anche ai criteri di corretta gestione segnala un cambio di paradigma: il sindacato non verte più sul merito o sul risultato, ma si concentra sulla genesi delle decisioni. L'obiettivo è vagliare *ex ante* la correttezza procedurale e metodologica delle scelte gestorie, in una logica prevenzionistica volta a intercettare sul nascere disfunzioni e abusi.⁶⁷ Durante il proprio mandato, il Collegio Sindacale quindi non è chiamato a compiere un controllo analitico di ogni singolo atto, ma in una verifica di alto livello sulle metodologie adottate dagli amministratori. L'obiettivo è scongiurare il compimento di atti imprudenti, in conflitto di interessi o estranei all'oggetto sociale, garantendo così che nessuna delibera violi la legge o lo statuto con conseguente danno per la società e i terzi.⁶⁸

Tale obbligo delinea il perimetro della posizione di garanzia: il sindaco è custode dell'integrità aziendale anche a beneficio dei terzi. Su questo impianto si innesta agevolmente la responsabilità colposa per omesso controllo.⁶⁹ Più complesso è il discorso sul dolo eventuale: affinché questo sussista, non è sufficiente rimproverare al controllore di non aver riconosciuto i fattori di rischio (condotta tipicamente colposa), ma è necessario dimostrare un atteggiamento psicologico reale di adesione all'evento, evitando automatismi presuntivi. Analizzando l'elemento oggettivo del reato omissivo, le competenze in materia di vigilanza organizzativa confermano l'ibridazione tra diritto e tecnica aziendale nell'attività dei sindaci, confermando le implicazioni generali discusse in precedenza.⁷⁰

⁶⁶ N. PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, Giuffrè Editore, 2003, pp. 183 ss.

⁶⁷ Resta aperta in dottrina la questione relativa alla profondità di tale accertamento. La giurisprudenza tende comunque a richiedere una verifica sui criteri economici, volta a impedire che la gestione degeneri in operazioni di "mero rischio". (A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 335)

⁶⁸ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, pp. 334 ss.

⁶⁹ M. IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, p. 272.

⁷⁰ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 334.

Nonostante l'evoluzione normativa, per la S.C. la posizione di garanzia del collegio sindacale mantiene intatta la propria funzione di presidio contro gli illeciti gestori. La giurisprudenza di legittimità ha infatti chiarito che l'obbligo di vigilanza non ha subito mutamenti sostanziali, fondandosi su poteri di natura *ricognitiva* e *segnalatoria* capaci di prevenire indirettamente la realizzazione di reati. In particolare, la responsabilità penale dei sindaci si configura attraverso l'omissione di quegli obblighi sollecitatori che, sebbene meno immediati rispetto a un intervento diretto, sono funzionali a stimolare la reazione di altri soggetti (Assemblea, C.d.A. o Autorità Giudiziaria) per neutralizzare il rischio. Tale schema di impedimento mediato costituisce il fulcro del nesso causale nel concorso omissivo nel reato degli amministratori.⁷¹

L'oggetto del controllo diviene la congruità dell'assetto societario: occorre accertare, tenendo conto delle specificità dimensionali e operative dell'impresa, se l'architettura organizzativa sia *razionale* rispetto agli scopi sociali. In altri termini, il sistema deve essere strutturato in modo da garantire un flusso informativo costante verso gli esecutivi, capace di evidenziare sia i risultati raggiunti sia, soprattutto, i fattori di rischio che potrebbero ostacolarli. Il controllo sindacale evolve così da mera ispezione a *processo di verifica dei processi*, abbandonando la logica del mero accertamento *ex post* degli atti, con un limite: la concreta attuazione dell'organizzazione resta nelle prerogative dell'amministrazione.⁷²

Il perimetro di vigilanza si amplia ulteriormente per le società quotate, il dettato dell'art. 149, comma 1, lett. c) del T.U.F.⁷³ impone all'organo sindacale un penetrante dovere di vigilanza sul sistema di controllo interno e sul sistema amministrativo-contabile, focalizzandosi sulla sua affidabilità nel fornire una rappresentazione veritiera dei fatti gestionali nonché di verificare la concreta attuazione delle regole di *corporate governance* previste dai codici di comportamento cui la società aderisce. Parallelamente, nel codice civile, l'art. 2403 si limita a richiamare il concetto di "adeguatezza" dell'assetto contabile.⁷⁴ La lettura combinata di tali disposizioni

⁷¹ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 71.

⁷² P. MARCHETTI, *Le raccomandazioni Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*, in «Riv. soc.», 1997, p. 193 ss.

⁷³ Art. 149 T.U.F.: «1. Il collegio sindacale vigila:

a) sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo;

b) sul rispetto dei principi di corretta amministrazione;

c) sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione».

⁷⁴ Proprio la lettura combinata di tali disposizioni ha indotto parte della dottrina a riconsiderare la portata del presunto "alleggerimento" dei doveri sindacali post-riforma. Se si considera, infatti, che nelle società chiuse (che non redigono il bilancio consolidato) lo statuto può ancora affidare il controllo contabile ai sindaci (ex art. 2403, comma 2, c.c.) e che, in ogni caso, permane l'obbligo generale di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto contabile, l'effettivo sfoltoimento delle responsabilità in materia appare, a ben vedere, assai più sfumato di quanto teorizzato in prima battuta. (F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, pp. 251 ss.).

sgombrerebbe l'assunto secondo cui la riforma avrebbe comportato una totale esclusione del Collegio Sindacale dalle materie contabili. Al contrario, residua in capo ai sindaci una competenza cruciale: non più la revisione analitica dei conti, bensì il controllo sulla correttezza e sull'adeguatezza delle procedure che generano quei dati. Tale funzione si iscrive a pieno titolo nel più ampio dovere di vigilanza sulla legalità e sui principi di corretta amministrazione.⁷⁵ Si configura, in definitiva, un ruolo di controllore generale e "garante di ultima istanza" dell'efficacia del sistema contabile, chiamato a operare una verifica sulla tenuta legale e tecnica dell'intero impianto procedurale.⁷⁶

La revisione contabile in senso stretto rientra nella competenza riservata ai revisori esterni. Tuttavia, il legislatore ha previsto un meccanismo di raccordo basato sullo scambio reciproco di dati e informazioni. Tale osmosi informativa è determinante: essa permette ai sindaci di apprendere eventuali anomalie contabili sintomatiche di *mala gestio*, facendo scattare l'obbligo di intervento la cui omissione è penalmente sanzionabile.⁷⁷

Una delle conseguenze più evidenti della nuova disciplina è l'intersezione tra le competenze del Collegio Sindacale e quelle degli amministratori non delegati. Il controllo dei sindaci abbraccia l'intero spettro dei doveri gestori, inclusi l'obbligo di agire in modo informato e la cura degli assetti organizzativi. Paradossalmente, i sindaci divengono i *controllori dei controllori*, dovendo verificare che anche i consiglieri non esecutivi esercitino la dovuta supervisione, sulla base della medesima informativa periodica fornita dai delegati.⁷⁸ Rispettivamente, però, i sindaci godono di prerogative istruttorie superiori e di un accesso alle informazioni più diretto ed efficiente rispetto a quello del C.d.A. I poteri informativi trovano il loro compimento nell'art. 2403-bis c.c., il quale attribuisce ai sindaci efficaci strumenti di indagine. Essi possono agire individualmente: con ispezioni "a sorpresa", con richieste di notizie o con scambi informativi infragruppo; collegialmente possono richiedere chiarimenti agli amministratori e attivare flussi informativi con le società del gruppo, senza incontrare barriere. La disponibilità di tali strumenti, rafforzata dalla partecipazione necessaria alle adunanze sociali, dimostra che il sindacato non interviene solo a cose fatte, ma accompagna la

⁷⁵ P. MONTALENTI, *La società quotata*, Padova, Cedam, 2004, p. 256.

⁷⁶ *Ibi*, p. 258. Nel contesto delle società quotate, la funzione di controllo si arricchisce di due ulteriori tasselli. In primo luogo, la vigilanza sulla governance: occorre accertare che l'adesione ai codici di comportamento non sia solo una dichiarazione di facciata, ma si traduca in prassi operative concrete. In secondo luogo, il controllo sui gruppi: il collegio deve vagliare l'idoneità delle disposizioni trasmesse alle società controllate (art. 114 T.U.F.) per assicurare il rispetto degli obblighi comunicativi.

⁷⁷ N. PISANI, *Controlli sindacali*, p. 278.

⁷⁸ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 336

gestione nel suo divenire (controllo concomitante) o ne anticipa gli esiti (controllo preventivo).⁷⁹

Dal punto di vista operativo, il dovere di vigilanza è garantito da una serie di poteri-doveri strumentali che impongono ai sindaci una presenza attiva nella vita societaria. Essi sono tenuti a riunirsi (art. 2404 c.c.)⁸⁰, a presenziare a tutte le riunioni degli organi sociali (C.d.A., Assemblee, Comitato Esecutivo ex art. 2405 c.c.)⁸¹ e a indagare tempestivamente sui fatti censurabili denunciati dai soci (art. 2408 c.c.).^{82,83}

Fondamentale per l'espletamento dell'incarico è altresì il sistema dei flussi informativi. Il legislatore ha previsto canali obbligatori attraverso cui il Collegio riceve aggiornamenti costanti dagli amministratori sull'andamento generale, sulle prospettive evolutive e sulle operazioni significative (artt. 2381 c.c. e 150 T.U.F.), oltre alla bozza di bilancio (art. 2429 c.c.) e alle comunicazioni su conflitti d'interesse o dissensi (artt. 2391-2392 c.c.). A ciò si aggiunge una rete di scambi informativi con gli altri attori del controllo: i revisori legali (art. 2409-septies c.c.), l'*Internal Audit* (art. 150 T.U.F.) e l'O.d.v. ex d.lgs. 231/2001. Infine, il Collegio riversa le risultanze della propria attività nella relazione all'Assemblea in sede di approvazione del bilancio.⁸⁴

La disponibilità di una tale massa di informazioni, derivante dall'estensione dell'oggetto del controllo e dalla connessione con le altre funzioni aziendali, pone il collegio al centro dei flussi informativi societari. Ne deriva una responsabilità per inadempimento estremamente estesa,

⁷⁹ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 251.

⁸⁰ Art. 2404 c.c.: «Il collegio sindacale deve riunirsi almeno ogni novanta giorni. La riunione può svolgersi, se lo statuto lo consente indicandone le modalità, anche con mezzi di telecomunicazione.

Il sindaco che, senza giustificato motivo, non partecipa durante un esercizio sociale a due riunioni del collegio decade dall'ufficio.

Delle riunioni del collegio deve redigersi verbale, che viene trascritto nel libro previsto dall'articolo 2421, primo comma, n. 5), e sottoscritto dagli intervenuti.

Il collegio sindacale è regolarmente costituito con la presenza della maggioranza dei sindaci e delibera a maggioranza assoluta dei presenti. Il sindaco dissenziente ha diritto di fare iscrivere a verbale i motivi del proprio dissenso.»

⁸¹ Art. 2405 c.c.: «I sindaci devono assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee e alle riunioni del comitato esecutivo.

I sindaci, che non assistono senza giustificato motivo alle assemblee o, durante un esercizio sociale, a due adunanze consecutive del consiglio d'amministrazione o del comitato esecutivo, decadono dall'ufficio.»

⁸² F. STELLA, D. PULITANO, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», 1990, pp. 559 ss.

⁸³ Art. 2408 c.c.: «Ogni socio può denunciare i fatti che ritiene censurabili al collegio sindacale, il quale deve tener conto della denuncia nella relazione all'assemblea.

Se la denuncia è fatta da tanti soci che rappresentino un ventesimo del capitale sociale o un cinquantesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il collegio sindacale deve indagare senza ritardo sui fatti denunciati e presentare le sue conclusioni ed eventuali proposte all'assemblea; deve altresì, nelle ipotesi previste dal secondo comma dell'articolo 2406, convocare l'assemblea. Lo statuto può prevedere per la denuncia percentuali minori di partecipazione.»

⁸⁴ M. AIELLO, *Il collegio sindacale: struttura e funzioni*, in (a cura di) G. COTTINO, G. BONFANTE, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *Il nuovo diritto societario*, Bologna, 2009, pp. 584 ss.

quasi priva di limiti predefiniti, in quanto il sindaco informato, o che avrebbe dovuto informarsi, non ha scusanti per l'inerzia. Proprio per scongiurare tale responsabilità, il codice civile affianca ai doveri di controllo una vasta gamma di poteri di intervento, suddivisibili in due tipologie. Vi sono anzitutto i poteri di *attivazione interna*, volti a stimolare la reazione degli altri organi societari: il riferimento è in primis all'Assemblea dei soci, organo sovrano che il collegio deve tutelare e che detiene il potere di revocare gli amministratori infedeli (art. 2383 c.c.); in seconda battuta, allo stesso Consiglio di Amministrazione. In alternativa, qualora i rimedi interni siano inefficaci, l'ordinamento prevede *poteri reattivi* diretti verso l'esterno (Autorità Giudiziaria o di Vigilanza), azionabili sia dall'intero organo che dal singolo componente.⁸⁵

In via preliminare, occorre rintracciare il fondamento normativo del dovere impeditivo in capo ai sindaci. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'individuare nell'art. 2407, secondo comma, c.c., il quale, con una formulazione che ripropone quella relativa alla responsabilità degli amministratori, sancisce la responsabilità solidale dei sindaci per la *mala gestio* degli amministratori, qualora il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica. L'interpretazione prevalente legge in tale disposizione la fonte di un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento pregiudizievole: si instaura così un'equivalenza tra l'azione illecita dell'amministratore e l'omissione di controllo del sindaco. È proprio da tale mancata vigilanza che discende, causalmente, il danno risarcibile.⁸⁶ Sotto il profilo dell'estensione della tutela, l'art. 2407 c.c. e il rinvio alle norme sulla responsabilità verso i singoli (ex art. 2395 c.c.) suggeriscono che l'obbligo impeditivo non sia posto a esclusiva salvaguardia del patrimonio sociale. Esso si estende, infatti, alla protezione dei diritti dei soci e dei terzi, legittimati ad agire per il ristoro dei danni diretti, confermando così una dilatazione della posizione di garanzia del collegio sindacale.⁸⁷

Di posizione opposta, autorevole dottrina ha ravvisato nel silenzio del legislatore, il quale non ha replicato per i sindaci l'obbligo, previsto per gli amministratori dall'art. 2392, co. 2 c.c., di "fare quanto possono per impedire" l'evento un sintomo di una marcata differenziazione funzionale tra i due organi.⁸⁸ È pur vero che, sul versante della responsabilità civile, la

⁸⁵ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, pp. 338 ss., «Più che un'alternativa tra esercizio degli uni e degli altri poteri, si profila una gamma progressiva di interventi, in una scala di crescente intensità: in prima istanza i sindaci devono interpellare il C.d.A., in secondo luogo l'assemblea¹⁰¹; nel caso impugnare le rispettive delibere; e infine, ove le precedenti azioni siano inefficaci, denunciare "gravi irregolarità" al Tribunale, o, nelle società quotate, comunicare "irregolarità" alla Consob».

⁸⁶ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 290.

⁸⁷ F. STELLA., D. PULITANO, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, pp. 558 ss.

⁸⁸ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, pp. 172 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 343, «È noto che, tra gli Autori che non hanno negato l'esistenza di una posizione di garanzia dei sindaci, sussistono alcune differenze circa l'ambito in cui circoscrivere quest'ultima. Secondo alcuni, la garanzia includerebbe solo i reati propri commessi dagli amministratori. Per altri,

solidarietà risarcitoria scatta in presenza di un nesso causale tra negligenza e danno. Per configurare una responsabilità penale per omesso impedimento, l'asticella si alza: non basta un generico dovere di vigilanza, ma occorre provare la sussistenza di uno specifico obbligo giuridico di impedire l'illecito, e non solo di rilevarlo. Tale vuoto normativo può essere colmato in via interpretativa: l'obbligatorietà dell'intervento impeditivo può ritenersi implicita ogniqualvolta l'ordinamento attribuisca al soggetto un potere il cui esercizio sia funzionalmente necessario alla tutela del bene giuridico protetto.⁸⁹

Ne consegue che, per radicare una posizione di garanzia in capo ai sindaci, l'indagine deve spostarsi sulla natura dei poteri loro conferiti. È essenziale verificare se tali prerogative abbiano o meno un'efficacia reale, ossia se si tratti di poteri *direttamente impeditivi* o capaci di arrestare l'*iter* criminoso. Devono essere prima di tutto esclusi i poteri di mera informazione, che attengono al momento conoscitivo e non a quello impeditivo, anche la presenza alle riunioni degli organi sociali si rivela insufficiente a giustificare una responsabilità per omesso impedimento.⁹⁰ Il limite strutturale risiede nell'assenza di poteri decisori: il sindaco può dissentire, ma non può votare contro né porre il veto su delibere che preludono a reati. Di conseguenza, tali prerogative restano confinate nell'alveo della persuasione morale o della sollecitazione, incapaci di bloccare meccanicamente l'*iter* criminoso come richiesto dal diritto penale.⁹¹

Quanto alla convocazione dell'assemblea, occorre distinguere. Se si prescinde dai casi di sostituzione per inadempimento degli amministratori, la normativa prevede due scenari. Nel caso in cui gravi irregolarità siano scoperte autonomamente dai sindaci, l'art. 2406, comma 2 c.c. attribuisce loro la semplice facoltà di convocare i soci. Al contrario, se l'accertamento di fatti gravi consegue alla denuncia di una minoranza qualificata, l'art. 2408, comma 2 c.c. trasforma tale facoltà in un obbligo stringente, sanzionando amministrativamente l'eventuale inerzia ai sensi dell'art. 2631 c.c.⁹²

Se l'omissione della convocazione mira a coprire le tracce di un reato, si ricade senza dubbio nel favoreggiamento personale (art. 378 c.p.). I dubbi sorgono quando il mancato impedimento permette la continuazione del reato: in questo caso, ci si chiede se il mancato allertamento

invece, più che il dato formale della qualifica soggettiva, rileva il fatto che il reato promani dall'attività di cui i sindaci detengono il controllo».

⁸⁹ F. STELLA, D. PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, p. 564.

⁹⁰ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, pp. 338 ss.

⁹¹ N. PISANI, *Controlli sindacali*, p. 169.

⁹² *Ibi*, p. 200.

dell'assemblea possa valere come mancato impedimento dell'illecito.⁹³ Non vi è differenza sostanziale tra il convocare l'assemblea ed esercitare una pressione morale: in entrambi i casi, il sindaco non ha il potere di arrestare immediatamente l'evento. Egli può solo sollecitare un altro organo (l'Assemblea) che detiene il vero potere sanzionatorio. Mancando un potere impeditivo autonomo, la condotta del sindaco rientra nei doveri di vigilanza e denuncia, ma non integra quella posizione di garanzia che trasforma l'omissione in causa del reato ai sensi dell'art. 40 c.p.⁹⁴

Parte della dottrina censura l'orientamento giurisprudenziale che, nel valutare la responsabilità dei sindaci, omette di distinguere tra i poteri attribuiti al singolo componente (*uti singulus*) e quelli spettanti esclusivamente all'organo nella sua collegialità. Tale indistinzione si riflette negativamente sull'accertamento della reale efficacia impeditiva della condotta omessa. Mentre al singolo sindaco sono riconosciute prerogative di natura prevalentemente ricognitiva o sollecitatoria, quali il diritto di procedere a ispezioni, l'obbligo di presenziare alle adunanze del C.d.A. o la facoltà di chiedere al Collegio di agire, i rimedi più incisivi appartengono alla sfera collegiale. Risultano infatti in capo al Collegio, e non al singolo, il potere di impugnare le deliberazioni consiliari, la convocazione dell'assemblea in caso di omissione degli amministratori, le segnalazioni alla Consob e, non ultimo, il ricorso al Tribunale ex art. 2409 c.c.⁹⁵

Il quadro normativo così delineato ha dato origine a due principali correnti interpretative. Un primo indirizzo, di matrice critica, evidenzia come i poteri su cui la prassi edifica la posizione di garanzia dei sindaci siano, in concreto, privi di una reale efficacia impeditiva. Secondo questa tesi, la giurisprudenza di legittimità tenderebbe ad affermare la responsabilità omissiva dei controllori prescindendo dalla verifica che i loro poteri reattivi siano capaci di incidere direttamente e nell'immediato sull'attività criminosa. Quanto alla denuncia di gravi irregolarità, essa rappresenta certamente il culmine del dovere di vigilanza, mutando da opzione discrezionale in obbligo funzionale laddove necessaria a impedire eventi dannosi.⁹⁶ La norma

⁹³ N. PISANI, *Controlli sindacali*, 200. Secondo la teoria del "potere mediato", tale condotta equivale a un mancato impedimento dell'illecito. Poiché l'assemblea non può agire se non è informata, il sindaco che omette di convocarla priva la società dell'unico strumento idoneo a fermare gli amministratori, assumendosi la responsabilità penale per il mancato intervento

⁹⁴ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia*, p. 173.

⁹⁵ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 76.

⁹⁶ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, pp. 341 ss.; La denuncia al tribunale rappresenta il culmine del dovere di vigilanza dei sindaci, mutando da opzione discrezionale in obbligo funzionale laddove necessaria a impedire eventi dannosi. Tale strumento, attivabile in presenza di indizi obiettivi di gravi irregolarità (funzione preventiva), ha subito una tendenziale restrizione dell'ambito oggettivo a seguito della riforma societaria, con una conseguente perimetrazione della posizione di garanzia dei sindaci ai soli beni interni alla società. Tuttavia, nelle società quotate, il potere di denuncia conferito anche alla Consob ex art. 152 TUF lascia

consente ai sindaci di ricorrere al giudice se sospettano gravi irregolarità nella gestione; se il sospetto è fondato, spetta poi al Tribunale ordinare ispezioni e, se necessario, prendere provvedimenti drastici come la revoca degli amministratori e la nomina di un commissario giudiziale. La criticità risiede nel fatto che, in questa dinamica, il sindaco si limita ad “avviare” la procedura, senza possedere il controllo diretto sugli eventi successivi. Anche se la sua azione mira a sventare un reato in preparazione (es. manipolazioni contabili), l’effettivo impedimento dell’illecito dipende dalla decisione di un soggetto terzo (l’autorità giudiziaria) o dalla reazione dell’assemblea, la quale può intervenire per sanare la situazione e bloccare il ricorso (art. 2409, comma 3 c.c.). Ne consegue che il potere del sindaco è solo strumentale e mai direttamente risolutivo.⁹⁷ A rendere ancor più fragile la costruzione del nesso eziologico concorre, infine, il funzionamento collegiale dell’organo. Di fronte all’inerzia del *plenum*, il singolo sindaco si trova disarmato: non potendo impugnare le decisioni del collegio (istituto non previsto dall’ordinamento), la sua condotta doverosa si riduce all’esercizio della *moral suasion* e alla verbalizzazione del proprio dissenso, senza poter garantire l’attivazione della procedura esterna.⁹⁸ Il centro del rimprovero penale si sposterebbe, dunque, dalla mancata prevenzione dell’evento alla semplice inerzia nell’esercizio delle funzioni di vigilanza e segnalazione. In definitiva, i sindaci sarebbero gravati da un mero obbligo di sorveglianza, volto alla conoscenza dell’illecito e alla successiva informativa, il quale, pur condividendo una finalità preventiva, risulterebbe dogmaticamente inidoneo a sorreggere una vera posizione di garanzia ai sensi dell’art. 40, comma 2, c.p.⁹⁹

In contrapposizione all’indirizzo critico, un secondo orientamento riconosce in capo al collegio sindacale una piena posizione di garanzia finalizzata all’impedimento dei reati. Secondo tale tesi, il perimetro del dovere giuridico coincide con l’ampia gamma di poteri di iniziativa, impulso e segnalazione conferiti dalla legge. Ne consegue che l’obbligo di impedimento non può dirsi assolto attraverso un intervento parziale: il garante risponde ex art. 40, comma 2, c.p.

aperta la possibilità di un’interpretazione estensiva del rimedio, volta alla protezione dell’integrità del mercato e degli investitori.

⁹⁷ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 277.

⁹⁸ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, pp. 343 ss.

⁹⁹ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 76. Il meccanismo dell’art. 40, cpv, c.p. opera solo in presenza di poteri che permettano di impedire l’evento in modo diretto e autonomo. La ratio è evidente: per equiparare il non fare al fare, l’omissione deve avere lo stesso peso causale dell’azione, il che accade solo se la salvezza del bene protetto è realmente nelle mani del soggetto obbligato. Traslando questo principio sulla figura del sindaco, ne deriva che non basta possedere strumenti di mera interferenza (come il potere di denuncia) per rispondere del reato altrui. È necessario, piuttosto, verificare l’esistenza di una potestà, ossia di un potere autoritativo in grado di arrestare concretamente gli effetti del reato. Solo la potestà, infatti, garantisce un intervento vincolante sul reato in corso di esecuzione, sottoponendo l’amministratore a un controllo esterno (o “potere di conformazione alieno”) che, pur rispettandone l’indipendenza gestionale, lo obbliga a desistere dall’illecito.

qualora ometta di esperire anche uno solo degli strumenti a sua disposizione che avrebbe potuto evitare l'evento. La responsabilità dei sindaci si fonderebbe, dunque, sulla mancata attivazione di quella catena di rimedi, dai flussi informativi alle denunce interne, che, se esercitati integralmente, avrebbero avuto l'efficacia di sventare l'illecito gestorio.¹⁰⁰ L'attribuzione ai sindaci di incisivi poteri reattivi, e in particolare la facoltà di innescare procedure di controllo giudiziario (cd. procedure pubblicistiche), finisce indubbiamente per collocare l'organo di controllo in una posizione di supremazia funzionale rispetto agli amministratori stessi. L'esito di tali iniziative, infatti, possiede un'efficacia potenzialmente paralizzante sulla gestione, incidendo direttamente sulla fonte del pericolo che i sindaci sono tenuti a monitorare.¹⁰¹

Sotto un profilo teorico, benché si tratti tecnicamente di poteri *mediati*, poiché passano attraverso l'autorità giudiziaria, ciò non osterebbe al riconoscimento di una posizione di garanzia se, infatti, si accoglie una nozione di *potere impeditivo* inteso come fattore causale necessario alla salvaguardia del bene giuridico, anche in assenza di una *signoria* assoluta sul decorso degli eventi, la natura indiretta dell'intervento perderebbe la sua valenza esimente.¹⁰²

Alla luce della disamina condotta, si giunge ad una conclusione: l'insussistenza, in capo ai membri del Collegio Sindacale, di una vera e propria posizione di garanzia penalmente rilevante. Questo approccio si pone in consapevole rottura con l'orientamento giurisprudenziale dominante, incline a dedurre l'obbligo impeditivo dal generico dovere di vigilanza senza vagliare l'effettività dei poteri, e respinge altresì le ricostruzioni dottrinali che vorrebbero attribuire rilevanza penale a poteri dotati di un'efficacia impeditiva soltanto mediata, ritenendoli strutturalmente insufficienti a fondare la responsabilità per il reato altrui.

A sostegno di tale esito negativo, in primo luogo, vi sono argomenti di natura dogmatica legati alla struttura dei poteri societari. Se si accoglie il principio per cui la responsabilità segue la competenza funzionale, i poteri dei sindaci non possono essere qualificati come *impeditivi* in senso stretto. Un potere capace di bloccare l'altrui illecito, infatti, è configurabile solo quando l'organizzazione societaria attribuisce a un organo il diritto di veto, sotto forma di autorizzazione *ex ante* o ratifica *ex post*. Poiché tra sindaci e amministratori non vige alcun rapporto di gerarchia o dipendenza che giustifichi tali ingerenze, viene meno il presupposto stesso dell'obbligo di impedimento.¹⁰³

¹⁰⁰ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 76.

¹⁰¹ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, pp. 342 ss.

¹⁰² N. PISANI, *Controlli sindacali*, pp. 227 ss.

¹⁰³ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 80; N. PISANI, *Controlli sindacali*, pp. 80 ss.

In quest'ottica, appare necessario restringere il campo della responsabilità ai soli casi in cui sussistano poteri vincolanti, tali da obbligare giuridicamente il terzo a uniformarsi. Viceversa, i poteri di mera persuasione o influenza, cd. *poteri deboli*, non appaiono sufficienti, poiché lasciano all'amministratore controllato un margine residuo di discrezionalità operativa.¹⁰⁴ Riprendendo la distinzione tra capacità di fatto (naturalistica) e potere giuridico (normativo),¹⁰⁵ l'obbligo di garanzia va misurato sulla base degli strumenti legali effettivamente disponibili: non conta quanto il sindaco sia autorevole nei fatti, ma se la legge gli conferisca l'autorità formale per intervenire. Ne deriva che il vero potere impeditivo si identifica solo con il potere di *blocco* o interdizione diretta, tagliando fuori tutti quegli strumenti a efficacia mediata che richiedono l'intermediazione di un altro soggetto per divenire efficaci.¹⁰⁶

D'altronde, anche a voler concedere spazio alle tesi favorevoli alla responsabilità penale dei sindaci, i sostenitori di tale indirizzo devono necessariamente misurarsi con le criticità insite nella prova del nesso causale. L'accertamento dell'idoneità impeditiva, ossia il giudizio controfattuale volto a stabilire se l'azione doverosa avrebbe effettivamente evitato l'evento, si rivela un percorso accidentato, complicato da due ostacoli strutturali che minano la certezza del diritto: da un lato, la natura collegiale dell'organo, che diluisce la capacità di intervento autonomo del singolo; dall'altro, l'efficacia solo indiretta dei poteri reattivi, i quali, non bloccando meccanicamente l'illecito ma richiedendo l'attivazione di terzi, rendono l'impedimento dell'evento un risultato tutt'altro che garantito.¹⁰⁷

4.4 I revisori esterni quali *gatekeepers* societari: evoluzione normativa e configurabilità dell'obbligo di garanzia.

Nel panorama dei controlli societari, un ruolo di primo piano è ricoperto dai soggetti esterni all'ente, tra cui spiccano i revisori legali. A partire dalla metà degli anni Settanta, il legislatore italiano ha infatti avviato un progressivo processo di specializzazione del controllo contabile, affidandolo inizialmente a tali figure esterne solo per le società quotate. Questa impostazione è stata poi definitivamente cristallizzata e generalizzata dalla riforma del diritto societario, il d.lgs. n. 6/2003, che ha esteso la figura del revisore a tutte le società di capitali,

¹⁰⁴ F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto societario*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2006, pp. 608 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 81.

¹⁰⁵ *Supra*, Capitolo 1.6 - *I poteri impeditivi nell'ambito del reato monosoggettivo*.

¹⁰⁶ F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto societario*, p. 609.

¹⁰⁷ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 76.

spogliando contestualmente il collegio sindacale della funzione di vigilanza strettamente contabile.¹⁰⁸

L'attuale architettura normativa è strutturata sul d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 (in recepimento della Direttiva 2006/43/CE), il quale definisce puntualmente il perimetro d'azione dei revisori. A questi ultimi compete una verifica continuativa, con cadenza perlomeno trimestrale, sulla regolare tenuta della contabilità e sulla corretta registrazione dei fatti di gestione. A chiusura dell'esercizio, l'attività culmina nel riscontro della piena corrispondenza tra il bilancio e le scritture contabili, accertandone la conformità ai precetti normativi e rassegnando, in un'apposita relazione, il proprio giudizio tecnico sull'attendibilità del documento.¹⁰⁹

In una prima fase di stesura del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, il legislatore sembrava orientato ad ampliare significativamente le responsabilità di tali figure esterne. La versione originaria dell'art. 14 CCII, antecedente alle successive modifiche, imponeva infatti esplicitamente al revisore o alla società di revisione precisi doveri di allerta. Si richiedeva, in particolare, di verificare costantemente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario e il prevedibile andamento della gestione, con il conseguente obbligo di segnalare tempestivamente all'organo amministrativo i fondati indizi di crisi. Tale impostazione avrebbe potuto costituire una vera e propria posizione di garanzia, implicando una responsabilità omissiva del revisore in caso di deterioramento finanziario non segnalato. Tuttavia, il successivo ripensamento del legislatore ha eliminato tale obbligo prima ancora della sua entrata in vigore, destituendo di fondamento questa prospettiva dogmatica. La recente giurisprudenza di legittimità ha ribadito l'assenza di doveri impeditivi in capo ai controllori esterni: l'obbligo di impedire la commissione di reati resta rigidamente circoscritto agli organi di gestione e controllo interni (come il collegio sindacale). Per i revisori legali, dunque, la responsabilità penale non si configura in forma omissiva impropria, ma può

¹⁰⁸ C. FATTA, L. IEMMI, *La responsabilità del revisore*, in *La responsabilità penali del professionista*, a cura di A. PISTOCHINI, G. STAMPANONI BASSI, Vicenza, Wolters Kluwer, 2023, pp. 215 ss.

¹⁰⁹ F. CENTONZE, *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, in «Diritto penale e processo», 2010, pp. 661 ss. Sulla scorta dei ripetuti scandali finanziari che hanno travolto aziende all'apparenza solide, evidenziando le gravi falle del sistema dei controlli contabili, l'intervento del legislatore europeo mira a ripristinare la fiducia nei revisori. Il decreto opera una revisione sistematica della materia, intervenendo sui punti nevralgici della disciplina: dalle procedure di nomina, revoca e dimissioni, all'introduzione di un regime rafforzato per gli Enti di Interesse Pubblico (EIP). Il riordino investe altresì lo status del revisore (abilitazione, formazione continua, nuovo registro), le regole di condotta (indipendenza, obiettività e adeguamento ai principi internazionali) e i sistemi di verifica, attraverso nuovi controlli di qualità, un rinnovato riparto della vigilanza tra MEF e Consob e un inasprito apparato sanzionatorio basato sul doppio binario amministrativo e penale.

concretizzarsi unicamente attraverso condotte commissive attive, secondo gli ordinari canoni del concorso di persone nel reato ex art. 110 c.p.¹¹⁰

Nel corso degli anni, gli interpreti si sono a lungo interrogati sulla possibilità di attribuire ai revisori il ruolo di *gatekeeper*, con i conseguenti oneri impeditivi previsti dall'art. 40, comma 2, c.p.¹¹¹ Sebbene un'autorevole e maggioritaria dottrina,¹¹² avallata dalla giurisprudenza di legittimità, propenda per la radicale esclusione di un obbligo giuridico di impedimento, tale approdo non è affatto pacifico né privo di zone d'ombra. Per tracciare l'esatto perimetro della responsabilità penale del revisore, occorre dunque indagare le ragioni dogmatiche che fondano tale diniego e questo perché, oggi, la figura del revisore legale risulta stretta in una duplice morsa penalistica. Da un lato, l'esercizio della funzione è presidiato da un nutrito catalogo di fattispecie incriminatrici dirette, si pensi, ad esempio, alle falsità nelle relazioni, la corruzione o la percezione di compensi illegittimi. Dall'altro lato, si assiste alla tendenza ad ascrivere a tali soggetti una responsabilità concorsuale omissiva, fondata sul mancato impedimento degli illeciti perpetrati dall'organo amministrativo della società committente.¹¹³

Un primo orientamento volto a escludere la configurabilità di una posizione di garanzia in capo ai revisori legali ha fondato le proprie argomentazioni sull'assetto della loro responsabilità civile. Si è evidenziata, in particolare, la minore incisività e ampiezza di tale disciplina se comparata al più rigoroso statuto normativo previsto per i membri del collegio sindacale.¹¹⁴ La formulazione originaria dell'art. 164 T.U.F., limitandosi a richiamare il solo primo comma dell'art. 2407 c.c., non contemplava infatti un'azione risarcitoria diretta da parte dei terzi, né tantomeno un vincolo di solidarietà con gli amministratori per gli illeciti gestori da questi perpetrati.¹¹⁵ Tale disallineamento è stato superato a partire dal 2004, attraverso un rinvio

¹¹⁰ F. CONSULICH, *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, in «Giurisprudenza commerciale», 2024, p. 707.

¹¹¹ Per “*gatekeeper*” si intende «qualsiasi soggetto che, prestando servizi agli amministratori di una società o agli investitori (attuali o potenziali), impegni la propria reputazione a supporto di informazioni che lo stesso approva, certifica o verifica»; nella nozione rientrano dunque revisori, studi legali, agenzie di rating, amministratori non esecutivi, assicuratori della responsabilità civile degli amministratori: si tratta di un «concetto lontano dall'avere confini certi» (G. FERRARINI, P. GIUDICI, *I revisori e la teoria dei gatekeepers*, in AA.VV., *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Milano, Giuffrè Editore, 2005, pp. 116 ss.).

¹¹² Si pensi a F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè editore, 2009, pp. 360 ss.; oppure A. CRESPI, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, in «Rivista delle società», 2006, l'Autore contesta in radice la configurabilità di un obbligo impeditivo in capo al revisore, osservando come il difetto di veri e propri poteri investigativi volti a disvelare frodi o illeciti ne limiti fisiologicamente il raggio d'azione. Le sue prerogative ispettive, infatti, non potrebbero spingersi oltre la mera verifica di corrispondenza tra la realtà materiale e «l'esattezza dell'ammontare di determinati beni quale trovasi indicato nella contabilità».

¹¹³ A. CRESPI, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, p. 373.

¹¹⁴ Sui risvolti sistematici derivanti dall'estensione ai revisori contabili della responsabilità solidale con l'organo amministrativo (richiamando l'art. 2407 c.c. operato dal d.lgs. 6/2003 e successive modifiche introdotte dal d.lgs. 37/2004), A. CRESPI, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, p. 373.

¹¹⁵ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 397.

integrale alla disciplina dettata per i sindaci; una scelta legislativa che, però, ha generato critiche per il rischio di appiattire ruoli e funzioni ontologicamente distinti. L'assetto normativo nell'art. 15 del d.lgs. n. 39/2010 ha definitivamente archiviato il regime originario: i revisori rispondono in via autonoma e in solido con l'organo amministrativo per i danni cagionati a terzi in conseguenza dell'inadempimento dei propri doveri.¹¹⁶ Questo argomento basato sull'irresponsabilità civile ha perso ogni fondamento; l'ordinamento, infatti, riconosce pienamente la possibilità di imputare ai revisori i pregiudizi derivanti dalle scelte illecite degli amministratori.¹¹⁷ Questa evoluzione normativa ha segnato un passaggio cruciale: il superamento del mero rinvio all'art. 2407 c.c. in favore di un inquadramento normativo autonomo. Tale mutamento non si riduce a un dettaglio formale; la pregressa clausola fondava infatti la solidarietà con gli amministratori su un inequivocabile nesso eziologico-omissivo, scattando laddove il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica. L'art. 15 del d.lgs. n. 39/2010,¹¹⁸ viceversa, ancora la responsabilità a una formula dogmaticamente meno stringente: «per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri».¹¹⁹ Sotto questo profilo, il quadro ermeneutico appare sovrapponibile a quello già tracciato per amministratori e sindaci: la presenza di una specifica disposizione civilistica funge da base normativa per configurare in capo al revisore un obbligo giuridico di garanzia, aprendo così la strada a un possibile concorso omissivo nei reati perpetrati dai soggetti sottoposti a controllo. A sostegno di tale impostazione, un'autorevole corrente dottrinale, di cui Romano si fa illustre portavoce,¹²⁰ ritiene arduo negare ai revisori una qualsivoglia funzione impeditiva rispetto all'illecito altrui. La ratio di tale orientamento risiede nella natura stessa della revisione obbligatoria, istituita a presidio di interessi che trascendono la sfera privata per assumere una chiara rilevanza pubblicistica. Ne consegue che, pur dovendo circoscrivere rigorosamente il raggio d'azione di tale garanzia al solo perimetro delle funzioni istituzionali normativamente previste, all'interno di tali stringenti confini non sussistono ostacoli dogmatici per ipotizzare, in presenza dei necessari requisiti fattuali, una corresponsabilità dolosa dei revisori, in concorso con amministratori o sindaci, per l'omesso impedimento dell'evento criminoso.¹²¹ È innegabile

¹¹⁶ P. GIUDICI, *La nuova disciplina della revisione legale*, in «Le Società», 2010, pp. 533 ss.

¹¹⁷ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 403.

¹¹⁸ Art. 15 d.lgs. n. 39/2010 «C. 1. I revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato.»

¹¹⁹ S. SEMINARA, *Diritto Penale Commerciale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 189.

¹²⁰ M. ROMANO, *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello "Schema Mirone") in tema di società di revisione contabile*, in «Giur. Comm.», 2000, p. 863.

¹²¹ *Ibi*, p. 865.

che la disciplina attuale preveda una responsabilità concorrente del revisore e degli amministratori, con un riparto interno proporzionale al rispettivo contributo causale. Si configura così un illecito in cui il revisore viene chiamato a rispondere proprio per la sua inerzia: la sua colpa si sostanzia nel non aver arginato, o ridotto, i danni innescati dalla *mala gestio* degli amministratori, configurando a tutti gli effetti una responsabilità da omesso impedimento.

Oltre all'ostacolo letterale, l'evoluzione legislativa ha spazzato via anche un secondo, storico argomento contrario alla posizione di garanzia: il limite temporale del controllo. In passato, si riteneva che il revisore, intervenendo solo a posteriori sul bilancio già chiuso, fosse strutturalmente incapace di prevenirne la falsificazione.¹²² Oggi il paradigma è capovolto. La legge in vigore, precisamente all'art. 14, co. 1, lett. b,¹²³ del decreto, impone infatti verifiche costanti nel corso dell'intero esercizio per accertare la corretta tenuta delle scritture. Il revisore ha dunque il preciso dovere di intercettare l'illecito in formazione, prima ancora che i dati viziati confluiscono nel documento di bilancio destinato al pubblico.

Non trova più alcun riscontro, la tesi che esonera i revisori dalla ricerca attiva delle frodi societarie. Un tempo si riteneva che il controllore non dovesse sindacare l'attendibilità delle informazioni ricevute dalla società revisionata, potendosi limitare a certificarne la corretta traduzione in partita doppia. L'attuale cornice giuridica ribalta radicalmente questa prospettiva introducendo, all'art. 9 del Decreto, il principio dello *scetticismo professionale*, un concetto peraltro già ampiamente radicato negli *accounting standards*.¹²⁴ Questo criterio impone al revisore un approccio dubitativo, obbligandolo a considerare ogni anomalia contabile come il potenziale sintomo di un illecito doloso¹²⁵.

Occorre ora dare conto di una parte autorevole della dottrina che nega in principio l'esistenza di un obbligo impeditivo a carico della società di revisione. Si osserva, prima di tutto, che la disciplina di riferimento non possiede i requisiti di specificità e determinatezza necessari per

¹²² A. CRESPI, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, pp. 395 ss.

¹²³ Art. 14 d.lgs. 39/2010: «c. 1 Il revisore legale o la società di revisione legale incaricati di effettuare la revisione legale dei conti:

a) esprimono con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto ed illustrano i risultati della revisione legale;

b) verificano nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili.»

¹²⁴ Occorre precisare che l'attività di revisione legale si fonda, sotto il profilo metodologico, su verifiche a campione. Ne consegue che il menzionato dovere di rilevazione delle frodi è rigorosamente circoscritto alle sole aree effettivamente sottoposte a scrutinio. In altri termini, il revisore non rilascia un'attestazione assoluta circa l'inesistenza di irregolarità nell'intero impianto contabile societario, ma fornisce una "ragionevole sicurezza" limitata agli specifici segmenti oggetto di indagine.

¹²⁵ Per completezza espositiva, va ricordato che prima del 2010 la dottrina adduceva anche altri argomenti per negare la responsabilità del revisore, oggi resi obsoleti dalle riforme e sui quali non occorre soffermarsi.

fondare un simile obbligo giuridico.¹²⁶ Sotto un secondo profilo, illustrato con chiarezza da Crespi, si contesta l'assenza di poteri autoritativi in grado di paralizzare l'azione degli amministratori.¹²⁷ Gli strumenti in mano al revisore si sostanziano in semplici diritti di accesso ai dati: in caso di ostruzionismo aziendale, egli non possiede poteri di comando, ma può unicamente esprimere un giudizio negativo sui conti e allertare la Consob, momento in cui si esaurisce la sua funzione. Equiparare tale dovere di segnalazione ad un obbligo di garanzia comporterebbe una grave forzatura dell'art. 40, co. 2, c.p., con il conseguente rischio di un'abnorme e ingiustificata espansione della responsabilità penale.¹²⁸

Questo approccio restrittivo pone in luce il vero cuore del problema: non vi può essere coinvolgimento concorsuale per omesso impedimento senza la preventiva e rigorosa delimitazione dei poteri effettivamente a disposizione del controllore. La dottrina è ormai concorde nel ritenere che non possa esservi posizione di garanzia senza la corrispondente attribuzione di poteri concretamente impeditivi e questo perché solo chi possiede i mezzi per bloccare un evento può essere equiparato a chi lo ha attivamente causato. Se l'ordinamento pretendesse di punire un soggetto per non aver impedito un reato rispetto al quale non aveva alcun potere di intervento o di neutralizzazione del pericolo, finirebbe inevitabilmente per condannarlo per un fatto altrui.¹²⁹

Come precedentemente esaminato, questa necessaria correlazione tra obbligo e potere riveste un'importanza cruciale per l'interprete. Da un lato, funge da criterio selettivo per individuare i veri garanti all'interno della *governance* societaria; dall'altro, condiziona l'intero accertamento processuale. Per giungere a una condanna, infatti, si impone un rigoroso *giudizio controfattuale*: occorre provare oltre ogni ragionevole dubbio che l'azione doverosa, se realizzata attraverso l'esercizio dei poteri a disposizione dell'imputato, avrebbe salvato il bene protetto.¹³⁰ La configurabilità di una posizione di garanzia in capo ai revisori ruota attorno alla nozione di potere impeditivo cui si aderisce. Da un lato, un approccio forte e restrittivo richiede poteri di arresto causale autonomi e risolutivi, negando rilevanza ai meri doveri di allerta e confinando

¹²⁶ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, pp. 399 ss., «Questi sviluppi interpretativi, che possono al limite appagare i criteri di attribuzione della responsabilità civile, sembrano non riuscire a garantire, dal punto di vista penalistico, un coefficiente minimo di tassatività della condotta imposta ai destinatari di questa normativa; tassatività che pure deve caratterizzare l'obbligo inteso nel senso dell'art. 40 cpv. c.p.»

¹²⁷ A. CRESPI, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, pp. 370 ss.

¹²⁸ L'Autore scrive che «non avendo il revisore alcun potere investigativo per individuare frodi o altre attività comunque illecite, anche i poteri ispettivi e di controllo che gli sono attribuiti non potrebbero andare oltre l'esigenza di verificare, ad esempio, l'esattezza dell'ammontare di determinati beni quale trovasi indicato nella contabilità» (A. CRESPI, *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, pp. 370 ss.)

¹²⁹ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 280.

¹³⁰ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in «Riv. Soc.», 2012, pp. 329 ss.

così i revisori al di fuori del novero dei garanti.¹³¹ All'opposto, un approccio più permissivo valorizza anche i poteri di natura sollecitatoria, ammettendo che l'obbligo giuridico di impedimento possa realizzarsi indirettamente, attraverso l'attivazione di terzi dotati di effettivi poteri di blocco. Il pregio di questa seconda impostazione risiede nella netta separazione tra la regola astratta e la prova concreta in sede processuale. Se la legge, infatti, seleziona i garanti basandosi sulla mera titolarità di strumenti di reazione, spetterà poi al giudice accertare la causalità individuale: la responsabilità penale scatterà solo dimostrando che, nel caso specifico, l'uso effettivo di quei poteri avrebbe bloccato l'operazione illecita.¹³² D'altronde, adottando una nozione troppo rigida di potere impeditivo, tale da esigere la capacità di paralizzare materialmente l'atto, si correrebbe il rischio di escludere apriori tutti gli organi di controllo dal perimetro dei garanti. Il diritto societario, infatti, non riconosce poteri di veto diretti e individuali: nel modello tradizionale il collegio sindacale non può arrestare da solo la gestione, e lo stesso consiglio di amministrazione ha bisogno di una decisione collegiale per fermare gli amministratori delegati.¹³³

Calando questo schema sul ruolo dei revisori legali, si osserva che i loro doveri di informativa, pur non costituendo un potere impeditivo *forte*, possiedono una chiara natura sollecitatoria, idonea ad attivare altrui meccanismi di blocco. Sul piano penale, l'omessa attivazione di tali segnali d'allarme non integra automaticamente gli estremi del reato omissivo improprio: la tipicità della condotta richiede infatti di dimostrare in concreto che, laddove il revisore avesse agito, la sua segnalazione avrebbe con alta probabilità logica impedito la realizzazione dell'illecito da parte dei *manager* (restando ovviamente impregiudicata, in questa sede, l'analisi dell'elemento soggettivo).

Restringendo il campo agli strumenti legalmente tipizzati in capo ai revisori, il quadro normativo offre invece precise e rigorose coordinate.¹³⁴ A fronte di irregolarità gestionali che minano la veridicità dei conti d'esercizio, il revisore deve far valere le proprie prerogative

¹³¹ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in dottrina si registra un orientamento marcatamente restrittivo in merito ai poteri impeditivi nei controlli societari. Tale impostazione esclude la configurabilità di una posizione di garanzia in assenza di una "signoria" sull'attività illecita del terzo: sono ritenuti idonei a fondare la responsabilità omissiva solo quei poteri dotati di efficacia vincolante o di blocco (es. la revoca dell'organo gestorio). Il garante deve dunque essere investito di un ruolo di protezione esclusivo e indispensabile per la neutralizzazione del rischio.

¹³² F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», 2006, pp. 608 ss.

¹³³ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, p. 294.

¹³⁴ Desta comunque perplessità l'orientamento estensivo adottato dalla Cassazione in un noto filone giudiziario del caso Parmalat. La Corte ha infatti dilatato il novero dei poteri impeditivi fino a ricomprendervi iniziative del tutto extra-istituzionali, sostenendo che l'imputato avrebbe potuto bloccare l'illecito ricorrendo alla diffusione di informazioni tramite la stampa (F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, p. 330).

attraverso la relazione prevista dall'art. 14 del d.lgs. n. 39/2010, formulando un giudizio con rilievi o un giudizio avverso. Se poi la società si chiude in un atteggiamento ostruzionistico, negando i chiarimenti richiesti su operazioni anomale, scatta l'obbligo di attestare l'impossibilità di rilasciare il giudizio. L'attivazione tempestiva di questi canali ufficiali, portando alla luce le prassi illecite, costituisce lo strumento giuridico attraverso il quale l'organo di controllo può concretamente arrestare lo sviluppo di un reato in corso di esecuzione. Il paradigma dei poteri reattivi a disposizione del revisore si articola secondo una precisa progressione, la cui prima fase si colloca nella fisiologia dei controlli "nel corso dell'esercizio". In questa fase prodromica, la legge (art. 155, comma 2, T.U.F. e art. 14, d.lgs. n. 39/2010) impone l'instaurazione di un dialogo preventivo con l'organo amministrativo e i sindaci, volto a far emergere i "fatti censurabili" e le criticità inerenti alla regolare tenuta della contabilità.¹³⁵ Qualora tale dialettica interna si riveli infruttuosa, il potenziale preventivo si sposta sul piano delle comunicazioni obbligatorie alle Autorità di vigilanza (Consob o Banca d'Italia, in base allo statuto dell'ente). Di fronte ad atti gestori anomali o a gravi violazioni normative (art. 52 T.U.B.), il dovere di segnalazione del revisore funge da veicolo d'innescio per i poteri interdittivi delle Autorità, le quali possono adottare provvedimenti incisivi, spingendosi fino al blocco di specifiche operazioni o alla restrizione delle attività aziendali (art. 53, comma 3, lett. d, T.U.B.). Infine, quale *extrema ratio* dinanzi alla constatazione di una conclamata e irrisolvibile illegalità gestoria, un dirompente effetto impeditivo può scaturire dalla decisione del revisore di recedere dall'incarico, avendo cura di trasmettere le motivazioni di tale strappo istituzionale alle medesime Autorità di vigilanza, paralizzando così, di fatto, la prosecuzione del programma criminoso.¹³⁶ L'idoneità impeditiva della segnalazione appare dimostrabile soprattutto nelle realtà *corporate* complesse. In questi contesti, infatti, la presenza di una *governance* articolata e il pronto intervento delle Autorità di settore garantiscono che il fondato sospetto sollevato dai revisori non cada nel vuoto, tramutandosi in un blocco effettivo della gestione patologica. La

¹³⁵ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, p. 330.

¹³⁶ Il quadro dei flussi informativi destinati al collegio sindacale si articola in plurime direttrici. Esso ricomprende, in primo luogo, le comunicazioni dell'organo gestorio inerenti: l'andamento e la prevedibile evoluzione della gestione, nonché le operazioni di maggior rilievo (art. 2381, comma 5, c.c.); gli interessi degli amministratori in specifiche operazioni (art. 2391 c.c.); le annotazioni di eventuale dissenso (art. 2392 c.c.) e le rinunce all'incarico (art. 2385 c.c.). Un secondo canale è alimentato dai soci, tramite la denuncia di fatti censurabili (art. 2408 c.c.) o la notifica dell'azione sociale di responsabilità (art. 2392-bis c.c.). Rilevano, inoltre, i flussi documentali legati a snodi critici o contabili: relazioni sul bilancio (art. 2429 c.c.), su aumenti di capitale con esclusione dell'opzione (art. 2441, comma 6, c.c.), su riduzioni per perdite (art. 2446 e 2482-bis c.c.) e rendiconti su patrimoni destinati (art. 2447-novies c.c.). A tali fonti tipiche si affiancano, infine, i flussi infragruppo (notizie dai collegi delle controllate ex art. 2403-bis c.c.) e le interlocuzioni con gli altri attori del sistema di controllo interno (O.d.v., *internal audit*, dirigente preposto, revisore legale, oltre a chiunque venga auditato avvalendosi dei poteri ispettivi ex art. 2403-bis c.c.).

prova del nesso controfattuale diviene, peraltro, ancor più semplice nell'ipotesi di frodi protratte nel tempo: in tali casi, il corretto espletamento dei doveri di informativa da parte dell'organo esterno avrebbe sventato, con un grado di certezza prossimo a quello logico, la reiterazione pluriennale della condotta illecita.¹³⁷

Sul fronte favorevole alla posizione di garanzia, un'illustre parte della letteratura tratteggia per i revisori un modello di responsabilità omissiva del tutto analogo a quello dei sindaci. Tale impostazione fa leva sulla valenza pubblicistica dell'incarico: il revisore agisce quale *gatekeeper* a tutela degli azionisti, degli *stakeholders* e del mercato nel suo complesso, garantendo l'attendibilità e la completezza dell'informativa societaria. L'elevato grado di fiducia riposto in questa figura professionale si traduce normativamente nell'assegnazione di un ruolo di protezione di beni giuridici fondamentali.¹³⁸ In definitiva, l'obbligo impeditivo rispetto al reato altrui deriverebbe da una precisa scelta legislativa di simmetria normativa, che allinea e parifica le finalità preventive e di controllo dei revisori a quelle del collegio sindacale.

139

Rileggendo le dinamiche del crac Parmalat, emerge un cortocircuito dogmatico nella qualificazione della responsabilità del revisore. La giurisprudenza tende a incasellare l'inerzia del professionista nello schema dell'omesso impedimento del reato, scontrandosi con i limiti del suo potere impeditivo. In realtà, data la natura dialogica del rapporto di revisione, quell'inerzia deliberata sottende quasi sempre un patto collusivo con il management: un accordo che integra a pieno titolo un concorso morale per rafforzamento del proposito criminoso. L'utilizzo dell'art. 40, comma 2, c.p. appare spesso come un espediente processuale per sopperire alla mancanza di prove dirette sulla rassicurazione fornita dal *revisore infedele* ai gestori. Tale scelta si rivela spesso un mero espediente processuale, un ripiego utilizzato dall'accusa per mascherare i vuoti probatori circa l'effettiva intesa collusiva e la rassicurazione fornita ai gestori. Se, in assenza di prove dirette dell'accordo, l'accusa omissiva può apparire una via obbligata, il vero paradosso si manifesta nei cosiddetti *hard cases*. Ostinarsi sulla via dell'omesso impedimento laddove vi sarebbero gli elementi per delineare la collusione tra

¹³⁷ F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo*, pp. 331 ss.

¹³⁸ F. CONSULICH, *Revisione contabile e responsabilità penale tra riforme e controriforme*, in «Le Società», 2010, p. 3. L'Autore rammenta che il d.lgs. 39/2010, pur riordinando la disciplina su indipendenza, professionalità e sorveglianza pubblica, non ha attribuito al revisore alcun potere impeditivo. L'assenza di prerogative inibitorie rende inapplicabile lo schema del concorso mediante omissione, relegando il revisore a una mera posizione di sorveglianza. Per tale ragione, preso atto della pratica impossibilità per la revisione di neutralizzare ex ante le manipolazioni contabili, il legislatore opta per fattispecie ad hoc: si incrimina, cioè, la falsità "propria" del *gatekeeper*, rifuggendo dall'ipotesi di un suo concorso nella falsità materiale o ideologica perpetrata dagli amministratori.

¹³⁹ M. ROMANO, *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello "Schema Mirone") in tema di società di revisione contabile*, 2000, p. 863.

revisore e revisionato rischia di indebolire fatalmente l'intero impianto accusatorio. Si rinuncia, in tal modo, alla solidità di un concorso commissivo morale per ancorare le sorti del processo alla *probatio diabolica* della causalità omissiva, sobbarcandosi l'ardua dimostrazione che la condotta impeditiva omessa, la mera segnalazione, avrebbe concretamente sventato il tracollo finanziario.¹⁴⁰

4.5 La problematica estensione della *Garantenstellung* all'Organismo di Vigilanza.

Allo stato attuale, l'orientamento maggioritario in dottrina esclude che in capo ai componenti dell'Organismo di Vigilanza possa configurarsi una vera e propria posizione di garanzia. Tale preclusione si fonda su un duplice ordine di ragioni: da un lato, la natura particolarmente *categoriale* e *macrosistemica* della funzione preventiva loro assegnata strutturalmente inidonea a sindacare sulle singole condotte individuali; dall'altro, la radicale assenza di poteri dotati di un'efficacia impeditiva diretta e immediata sull'evento-reato. Sul versante opposto, la dottrina minoritaria giunge ad affermare la sussistenza della *Garantenstellung* facendo leva su una nozione estensiva di potere impeditivo. In questa prospettiva, pur difettando di poteri di blocco diretto, l'O.d.v. disporrebbe di poteri impeditivi di natura "mediata" o "indiretta", consistenti nella facoltà di attivare quelle specifiche procedure di gestione del rischio-reato che, se tempestivamente innescate, risultano idonee a ostacolare la consumazione dei reati presupposto.¹⁴¹

Prima però di affrontare il delicato tema della responsabilità omissiva dell'Organismo di Vigilanza, è imprescindibile evidenziare l'intrinseca vaghezza che caratterizza il suo inquadramento normativo. Il contenuto del d.lgs. 231/2001 tratteggia i contorni dell'O.d.v. in modo sfumato, alimentando ampi dibattiti su aspetti fondanti quali i criteri di nomina, la qualifica dei membri e le concrete modalità di esercizio dei poteri di vigilanza. Sotto questo

¹⁴⁰ A. M. DELL'OSSO, L. ORSI, *Profili penali dell'attività di revisione legale dei conti*, in «Sistema Penale», 2023, pp. 127 ss. La via d'uscita proposta dall'Autore dalle attuali aporie del sistema sanzionatorio transita per un rinnovato approccio ermeneutico e legislativo. In sede processuale, occorre superare l'abuso dell'imputazione omissiva (art. 40 cpv. c.p.), orientando le indagini verso la prova del concorso morale: l'inerzia del revisore va letta, ove possibile, come un contributo attivo che rafforza il proposito criminoso dei gestori attraverso la garanzia di impunità. Qualora tale intesa collusiva non sia provata, deve subentrare la risposta sanzionatoria dei reati propri del revisore, intesi come presidio anticipato contro la manipolazione dell'informativa societaria a danno degli stakeholders. La tenuta di questo "doppio binario" è tuttavia subordinata a un improcrastinabile intervento del legislatore, cui spetta il compito di forgiare nuove fattispecie incriminatrici per i revisori, finalmente aderenti ai principi di tassatività, proporzionalità ed effettività probatoria.

¹⁴¹ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 223.

profilo, parte della dottrina non ha mancato di muovere aspre critiche al legislatore, colpevole di aver lasciato all'autonomia privata dell'impresa la risoluzione di tali incognite. Questa scelta di "privatizzazione" delle regole di *compliance* rende particolarmente difficoltoso condurre la figura dell'O.d.v. all'interno delle rigide categorie del diritto societario e, conseguentemente, ostacola l'individuazione di chiari obblighi giuridici di impedimento dotati di rilevanza penale.¹⁴²

Per delineare il ruolo dell'Organismo di Vigilanza come prima cosa è necessario individuare quali siano i suoi compiti all'interno dell'ente. Lo scopo centrale di tale organo si esplica nel duplice controllo sull'effettività e sull'adequatezza del Modello organizzativo gestionale. Dal lato *dell'effettività*, l'O.d.v. deve assicurarsi che la prassi aziendale si conformi costantemente alle direttive finalizzate a prevenire i rischi organizzativi previste dal Modello stesso; dal lato *dell'adequatezza*, gli compete la verifica dell'idoneità preventiva dell'impianto rispetto al rischio di commissione dei reati-presupposto contemplati dal d.lgs. 231/2001. Declinando sul piano operativo il requisito dell'effettività, all'Organismo sono riconosciuti specifici poteri-doveri: la conduzione di attività ispettive, sia in prima persona e senza preavviso, sia in forma mediata attraverso l'esame dei flussi informativi; il coordinamento e la vigilanza sulle iniziative di formazione in materia 231 destinate ai dipendenti; e, da ultimo, la facoltà di proporre all'ente l'irrogazione di sanzioni disciplinari in caso di accertate violazioni.¹⁴³

Passando al secondo profilo, quello dell'adequatezza, l'Organismo è chiamato a vagliare la reale attitudine del Modello ad arginare le condotte illecite. In questa prospettiva, l'O.d.v. deve farsi promotore degli aggiornamenti e delle modifiche che si rendano via via indispensabili, specialmente rispetto a fattori sopravvenuti, quali rilevanti violazioni del sistema, riassetto organizzativi dell'ente o novità legislative. Da tale assetto emerge chiaramente la natura squisitamente propositiva e consultiva dell'organo di controllo. La sua azione è mirata a intercettare le criticità gestionali, a suggerirne le soluzioni volta per volta e a monitorarne la successiva messa a regime. L'adozione effettiva di tali misure correttive e, in *primis*, l'aggiornamento formale del Modello resta tuttavia una prerogativa esclusiva dell'organo dirigente. È quest'ultimo, in ultima analisi, a detenere l'effettivo potere decisionale: l'eventuale scelta di disattendere i suggerimenti dell'Organismo non varrebbe in alcun modo a svincolarlo dalle proprie colpe, esponendolo, al contrario, a una diretta responsabilità politico-aziendale e,

¹⁴² F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, pp. 400 ss.

¹⁴³ N. ABRIANI, F. GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal D. lgs n. 231/01. Compiti e funzioni*, in «Resp. amm. soc. enti», 2012, pp. 217 ss.

potenzialmente, di natura risarcitoria.¹⁴⁴ L'O.d.v., infatti, non ha alcun potere *esecutivo* capaci di imporre le sue indicazioni all'interno dell'organizzazione.

Le prerogative attribuite all'O.d.v. si esauriscono in poteri di mero controllo e di iniziativa. Le prime si traducono nell'impulso propositivo verso gli organi decisionali attraverso la formulazione di pareri, denunce e osservazioni; le seconde si sostanziano nel riscontro della conformità tra le prassi operative e i dettami del Modello organizzativo. Si delinea, in tal modo, una finalità preventiva indiretta: l'Organismo non è chiamato a sventare materialmente la commissione del singolo illecito, bensì a presidiare la tenuta e l'effettività del sistema del d.lgs. 231/2001.¹⁴⁵

Ciò fa emergere una strutturale asimmetria tra la condotta criminosa dell'autore materiale e l'operato dell'O.d.v. Mentre il reato si consuma sul piano dell'azione individuale, i doveri dell'Organismo si collocano su una dimensione collettiva e meta-individuale, prettamente organizzativa. L'O.d.v., infatti, governa unicamente "classi di ipotesi astratte", elaborando cautele in ottica generale che fungono da cornice per misure più di dettaglio. Tali modelli di azione doverosa collettiva risultano dogmaticamente inconciliabili con il principio di colpevolezza individuale, il quale postula un rigoroso nesso eziologico e specifico tra la colpa del soggetto e il verificarsi del singolo evento storico.¹⁴⁶

È opportuno interrogarsi se i membri dell'O.d.v., in virtù della funzione di controllo sull'attuazione del MOG, possano concorrere nel reato commesso dai soggetti apicali o para-apicali nell'interesse della società. L'urgenza di tale riflessione è dettata da una tendenza giurisprudenziale "espansiva" la quale mostra una spiccata propensione ad estendere il perimetro della punibilità anche agli organi di controllo. Facendo leva sul meccanismo dell'omesso impedimento dell'evento ex art. 40 cpv. c.p., la contestazione si sostanzia nel rimproverare all'Organismo di non aver arrestato l'iter criminoso. La Corte postula in capo all'O.d.v. l'esistenza di un dovere giuridico e di un correlato potere materiale di impedire la

¹⁴⁴ N. ABRIANI, F. GIUNTA, *L'organismo di vigilanza previsto dal D. lgs n. 231/01*, pp. 217 ss.

¹⁴⁵ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 406.

¹⁴⁶ F. CONSULICH, *Vigilantes puniri non possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, in «Riv. trim. dir. pen. Economia», 2015, pp. 440 ss.; Si osserva in dottrina come il principale ostacolo alla configurabilità di una posizione di garanzia in capo ai membri dell'Organismo di Vigilanza (O.d.v.) non risieda tanto nel difetto di poteri gestori o di ingerenza, quanto nell'assenza di un vero e proprio obbligo impeditivo parametrato sul singolo evento di reato. Come evidenziato dall'Autore, il sistema delineato dal d.lgs. 231/2001 non è tarato sulla prevenzione dello specifico illecito, esaurendosi i compiti dell'O.d.v. nella mera verifica di adeguatezza ed effettività del Modello organizzativo. In quest'ottica, l'attività dell'Organo si atterrebbe a vero e proprio meta-controllo, focalizzato sulla tenuta sistemica del Modello preventivo nel suo complesso, piuttosto che sul sindacato delle singole scelte operative.

commissione dell'illecito da parte del soggetto controllato.¹⁴⁷ Si pensi, ad esempio, alla vicenda giurisprudenziale del Tribunale di Milano relativo al noto caso MPS.¹⁴⁸ Soffermandosi sui presupposti della responsabilità ex d.lgs. 231/2001, i giudici meneghini hanno tracciato un perimetro severissimo in merito ai doveri dell'Organismo di Vigilanza. La sentenza, infatti, denuncia l'operato di un O.d.v. che, pur essendo formalmente armato di penetranti poteri di iniziativa, controllo e acquisizione documentale presso ogni comparto della Banca, ha di fatto abdicato al proprio ruolo preventivo. La pronuncia censura duramente l'inerzia dell'Organismo a fronte di macroscopici campanelli d'allarme: dalle ispezioni di Banca d'Italia (di cui l'O.d.v. era edotto) fino al clamore mediatico e alle prime contestazioni giudiziarie. Essendosi l'organo limitato a "insignificanti prese d'atto" mentre si consumava il tracollo dell'istituto, il Tribunale ha concluso che un esercizio diligente e accorto di tali poteri ispettivi avrebbe certamente interrotto la spirale illecita. Da qui, l'inevitabile constatazione di un'omessa o insufficiente vigilanza, posta a fondamento della colpa di organizzazione dell'ente ai sensi dell'art. 6 del Decreto.¹⁴⁹ La norma, nel dettare le condizioni per l'esenzione da responsabilità dell'ente, impone non solo l'adozione del Modello, ma esige che il compito di vigilare sul suo «funzionamento e osservanza» sia affidato a un organo interno dotato di autonomi poteri, richiedendo altresì che tale vigilanza non si riveli omessa o insufficiente. La giurisprudenza ha declinato l'attività dell'Organismo come una verifica bifasica, calibrata sull'efficacia e sull'effettività del MOG. In sintesi, il Tribunale ha sovrapposto il giudizio sull'idoneità del Modello organizzativo a quello sull'efficienza dell'Organismo di Vigilanza. Ritenendo l'inadempimento dell'O.d.v. un fattore di per sé sufficiente a fondare la responsabilità dell'ente, la pronuncia ha destato immediate riserve in ambito accademico. La dottrina, pur riconoscendo l'importanza del controllore nel perimetro della disciplina 231, ha tacciato di eccessivo riduzionismo questa lettura: appiattare la colpa di organizzazione sulle sole mancanze dell'O.d.v. significa, infatti, estromettere illegittimamente dal giudizio elementi parimenti decisivi, quali la solidità delle procedure aziendali, la congruità dei protocolli preventivi e delle complessive direttive interne.¹⁵⁰

¹⁴⁷ E. NAPOLETANO, *Omesso impedimento del reato e illecito amministrativo dell'ente: quale responsabilità per l'Organismo di Vigilanza in caso di omesso o insufficiente controllo?*, in «Giurisprudenza Penale», 2020, pp. 2 ss.; A. MARTUSCELLI, *Idoneità dei MOG e ruolo dell'O.d.v.: prevenzione del rischio-reato e impedimento dell'evento-reato*, in «Bilancio e Revisione», 2021, pp. 60 ss.

¹⁴⁸ Trib. Milano, Sez. II pen., (ud. 15 ottobre 2020) 7 aprile 2021, n. 10748.

¹⁴⁹ A. MARTUSCELLI, *Idoneità dei MOG e ruolo dell'O.d.v.*, p. 61.

¹⁵⁰ C. SANTORIELLO, *Non c'è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all'Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell'azienda*, in «Giurisprudenza Penale», 2021, pp. 4 ss.

Sotto il profilo strettamente penalistico, merita di essere evidenziato un ulteriore sbarramento logico-giuridico: difettando una fonte formale dell'obbligo, ogni disquisizione sull'esistenza di poteri impeditivi degrada. Questo limite vale a maggior ragione per l'O.d.v., nei cui confronti il legislatore non ha mai delineato alcun dovere tipizzato di impedire materialmente i reati-presupposto.¹⁵¹ Chi propugna l'esistenza di una posizione di garanzia è perciò costretto a forzare il dato normativo, facendo leva sui generici doveri di controllo imposti dagli artt. 6 e 7 del Decreto. In virtù di questa dilatazione interpretativa, l'eventuale "consapevole inerzia" del controllore silente viene sussunta direttamente nell'alveo dell'art. 40, comma 2, c.p., trasformando la violazione dei protocolli di vigilanza nel presupposto causale che attiva l'equivalenza tra il non impedire e il cagionare l'illecito.¹⁵²

In questa prospettiva, autorevole dottrina ha posto in luce come i criteri soggettivi di imputazione scolpiti agli artt. 6 e 7 del Decreto presuppongano fisiologicamente l'esercizio di poteri di controllo da parte di specifiche figure interne. Tali soggetti sono funzionalmente preposti a sventare la commissione degli illeciti per porre l'ente al riparo dalla responsabilità amministrativa. Spingendo alle estreme conseguenze tale postulato, si può prospettare uno scenario di continua moltiplicazione delle posizioni di garanzia: chiunque prenda parte alla complessa filiera del Modello, dai progettisti dei protocolli ai membri degli organi disciplinari, passando per gli esecutori materiali dei controlli, potrebbe teoricamente tramutarsi nel destinatario di un obbligo giuridico di natura impeditiva. In questa rilettura espansiva, il Modello Organizzativo concretamente adottato, in quanto diretta attuazione del d.lgs. 231/2001, finirebbe per assurgere a fonte formale e primaria dell'obbligo di impedimento dell'eventoreato all'interno del perimetro aziendale.¹⁵³

Tale prospettiva renderebbe l'intero impianto del d.lgs. 231/2001 generatore di una "macro-posizione di garanzia" in capo all'ente. Questo obbligo collettivo di neutralizzare il rischio, pur nascendo originariamente in capo all'ente, subirebbe un'inevitabile traslazione verso il basso, riversandosi sulle persone fisiche preposte a funzioni apicali o di controllo tra cui anche ai componenti dello stesso O.d.v. Ne scaturisce un vero e proprio paradosso di sistema: la responsabilizzazione preventiva dell'ente, interfacciandosi con la clausola generale e aperta dell'art. 40, comma 2, c.p. e con il principio di obligatorietà dell'azione penale, innesca una perniciosa dilatazione delle posizioni di garanzia *indirette*. Si assiste, in altre parole, a una

¹⁵¹ F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, p. 412.

¹⁵² C. SANTORIELLO, *Qual è la posizione dei componenti dell'O.d.v. rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?*, in «Resp amm. soc. enti», 2015, pp. 70 ss.;

¹⁵³ A. GARGANI, *Imputazione del reato gli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in «Dir. pen. proc.», 2002, pp.1064 ss.

moltiplicazione a dismisura degli obblighi penalmente sanzionati volti a impedire l'altrui condotta illecita. L'imperativo di minimizzare il rischio d'impresa si traduca in una pericolosa «torsione teleologica del sistema».¹⁵⁴

L'esigenza di fondare la colpa d'organizzazione dell'ente finisce, in via di riflesso, per produrre effetti gravemente destabilizzanti sui rigidi confini dell'imputazione penale individuale. L'O.d.v. non è chiamato a operare un monitoraggio preventivo sulle condotte dei singoli consociati rispetto al rischio-reato. La sua sfera di competenza si esaurisce, infatti, nella supervisione sul corretto funzionamento delle procedure di prevenzione, verificando che il Modello organizzativo sia costantemente rispettato nella prassi aziendale e puntualmente adeguato ai mutamenti normativi o strutturali.¹⁵⁵

A tale organo vengono infatti riconosciuti poteri impeditivi di stampo *mediato*: pur difettando di un potere di veto diretto sulla gestione, l'O.d.v. sarebbe in grado di sollecitare l'attivazione di chi detiene effettivi poteri di blocco, o quantomeno di frapporre barriere organizzative tali da rendere la consumazione dell'illecito più ardua, ritardandone i tempi di realizzazione e disincentivando i propositi del controllato. Abbracciando questa nozione allargata di potere impeditivo, il paradigma della responsabilità omissiva ex art. 40 cpv. c.p. subirebbe un'ulteriore estensione, finendo per attrarre nell'orbita del concorso chiunque costituisca uno snodo procedurale necessario, ancorché di per sé insufficiente, all'interno dell'architettura di prevenzione aziendale. Pertanto, laddove si ammetta che l'O.d.v. abbia l'autorità di attivare protocolli impeditivi capaci di neutralizzare le sequenze causali del reato in via di realizzazione, si deve parallelamente riconoscere in capo ai suoi membri una prerogativa di indubbia rilevanza penale. La sua inerzia, o il suo negligente esercizio, integrerebbe dunque gli estremi della fattispecie omissiva colpevole.¹⁵⁶

Per un inquadramento completo ed esaustivo della tematica, è necessario richiamare due ulteriori argomenti che smentiscono l'ipotesi di una *Garantenstellung* per i membri dell'O.d.v. In primo luogo, appare azzardato far discendere posizioni di garanzia di rilevanza penale da protocolli interni rimessi in via esclusiva all'autonomia privata. Tale forzatura ermeneutica

¹⁵⁴ A. GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati*, p. 1066.

¹⁵⁵ F. CONSULICH, *Vigilantes puniri non possunt. I destini dei componenti dell'organismo*, p. 441.

¹⁵⁶ *Ibi*, p. 444; Alla luce dell'assetto consolidatosi nella prassi, all'O.d.v. competono ineludibili oneri informativi verso l'organo gestorio in merito alle violazioni dei protocolli interni. Tale prerogativa costituisce il potenziale fondamento di un addebito penale: la responsabilità dell'Organismo potrebbe infatti radicarsi laddove il deficit comunicativo abbia ad oggetto una regola di condotta dotata di efficacia eziologica diretta rispetto all'evento lesivo. L'ipotesi si fa ancora più stringente in presenza di violazioni sistemiche o seriali del Modello 231; in questi casi, il sindacato non potrà limitarsi alla carenza informativa, ma dovrà necessariamente estendersi alla verifica delle complessive attività di *risk assessment* e *risk management* che l'O.d.v. avrebbe dovuto porre in essere per arginare il decorso causale.

risulta ancor più stridente se si considera che l'adozione del MOG non costituisce, allo stato attuale, un obbligo giuridico in senso stretto per l'ente, configurandosi piuttosto come un mero onere facoltativo. Pur volendo ammettere, in via del tutto ipotetica, la possibilità di delegare a un Modello privato l'individuazione di specifici doveri di garanzia, tale opzione richiederebbe quantomeno un preventivo intervento legislativo volto a sancire l'obbligatorietà del MOG per tutte le compagini societarie. Calando l'analisi sullo specifico ruolo dell'O.d.v., emerge un insuperabile difetto strutturale: l'assoluta carenza di un dovere propedeutico finalizzato all'impedimento di singoli e specifici eventi lesivi. Come autorevolmente rilevato in dottrina, ciò che difetta in radice all'Organismo è, ancor prima della "posizione" di garanzia (intesa quale elemento fattuale e costitutivo del fatto tipico), il vero e proprio "obbligo" di garanzia, ossia quella qualificazione normativa che inerisce alla sfera del divieto e fonda il rimprovero omissivo.¹⁵⁷

In secondo luogo, come evidenziato in dottrina,¹⁵⁸ la corretta decifrazione del d.lgs. 231/2001 passa necessariamente attraverso l'esatta individuazione dello scopo ultimo cui assolve il Modello organizzativo. La normativa, a ben vedere, non è concepita con il fine primario di inibire materialmente la condotta criminosa, bensì con lo scopo propedeutico di costruire uno scudo protettivo idoneo a esentare la persona giuridica dalla responsabilità e dalle conseguenti sanzioni che scaturirebbero dalla consumazione del reato. Dal momento che il microsistema della responsabilità degli enti non risulta polarizzata sulla verifica dell'evento lesivo, non è configurabile in capo all'Organismo di Vigilanza un obbligo giuridico di controllo talmente pervasivo da imporre la neutralizzazione preventiva di ogni singola condotta delittuosa.

L'attuazione del Modello organizzativo non si traduce in una proliferazione di inedite posizioni di garanzia all'interno della compagine aziendale, né tantomeno degrada i componenti dell'O.d.v. a responsabili vicari per gli illeciti altrui. In sintesi, la *missione* istituzionale dell'Organismo non impone di frapporsi materialmente all'iter criminoso per impedirne la consumazione, bensì si concentra sulla salvaguardia dell'efficacia scriminante del Modello, assicurando che la *societas* possa beneficiare dell'esimente prevista dalla legge anche nel caso in cui il reato venga effettivamente perpetrato.¹⁵⁹

¹⁵⁷ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 202 ss.

¹⁵⁸ A. LANZI, *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in AA.VV., *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bonomia University Press, Bologna, 2009, pp. 36 ss.

¹⁵⁹ F. CONSULICH, *Vigilantes puniri non possunt. I destini dei componenti dell'organismo*, p. 442.

Vi è una innovativa rilettura in chiave pubblicistica del ruolo dell'O.d.v. che ha il merito di svincolare l'interprete da rigidi preconcetti dogmatici, superando l'ancoraggio esclusivo alla formale titolarità di una *Garantenstellung* e al requisito dell'impedimento diretto dell'evento. Tale prospettiva *pubblicistica* si fonda sulla constatazione che l'Organismo rileva esclusivamente ai fini del meccanismo delineato dall'art. 6 del d.lgs. 231/2001, incidendo direttamente sull'imputazione penale dell'ente. Sotto questa lente, l'O.d.v. viene spogliato della qualifica di mero organo societario per assumere le vesti e i compiti di una vera e propria «polizia interna».¹⁶⁰ L'obbligo giuridico di denunciare gli illeciti al vertice aziendale non si traduce, *tout court*, in un'automatica posizione di garanzia. Proprio come avviene per le forze dell'ordine, in capo all'incaricato di pubblico servizio non sorge un dovere impeditivo generale e indiscriminato rispetto a tutti i reati perpetrati nel proprio raggio d'azione. Il rimprovero penale per concorso omissivo si configura, al contrario, in termini ben più stringenti: esso scatta unicamente qualora il componente dell'O.d.v. percepisca in via diretta e immediata la commissione del fatto e, contestualmente, si trovi nella concreta e attuale possibilità di inibirne la realizzazione avvalendosi del proprio dovere di denuncia.

All'interno di un sistema basato sulla gestione condivisa e frazionata del rischio-reato, l'inadempimento degli obblighi di vigilanza da parte dell'O.d.v. assume una valenza intrinsecamente disfunzionale. L'inerzia dell'Organismo, paralizzando i flussi informativi, impedisce di fatto agli altri garanti e co-gestori aziendali di adempiere ai propri compiti e di calibrare i propri interventi per fronteggiare le specifiche dinamiche criminose. In tale scenario, l'onere probatorio a carico dell'accusa non verterà sulla mancata interruzione fisica dell'evento, bensì sulla strumentalità dell'omissione: si tratterà di dimostrare che il deficit di controllo dell'O.d.v. ha indotto nei terzi un comportamento antitetico rispetto alle finalità del Modello organizzativo. Si delinea così un parametro di giudizio che prescinde dalla ricerca di un'astratta capacità impeditiva diretta; un superamento necessario, posto che la dogmatica causale tradizionale, come si è cercato di evidenziare, finisca ormai per offrire soltanto una pseudo-tutela al principio costituzionale della responsabilità penale personale.¹⁶¹

¹⁶⁰ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo*, p. 226.

¹⁶¹ *Ibidem*.

Capitolo V

Società, organizzazione e responsabilità: gli orizzonti del concorso omissivo

SOMMARIO: 5.1 La frammentazione della responsabilità e la posizione di garanzia frazionata. - 5.2 L'iper-responsabilizzazione della persona fisica e il MOG. - 5.3 Considerazioni conclusive. Il concorso omissivo tra legalità, prassi e prospettive di riforma.

5.1 La frammentazione delle responsabilità e la posizione di garanzia frazionata.

Nel moderno diritto penale dell'economia il baricentro dell'imputazione si sposta inesorabilmente dalla dimensione strettamente individuale verso una prospettiva di responsabilità collettiva. Le condotte illecite perdono la loro connotazione isolata per assumere una natura spiccatamente organizzata. In tale scenario, la marcata burocratizzazione e la segmentazione dei poteri decisionali mandano in crisi l'approccio classico: diventa anacronistico, se non del tutto inefficace, ostinarsi a cercare un'azione individuale *principale* a cui poter ancorare gli eventuali comportamenti secondari degli altri soggetti coinvolti. Il paradigma omissivo muta diametralmente: da figura eccezionale all'interno del sistema di attribuzione della responsabilità, si erge a regola generale. All'interno di un agire collettivo sempre più ramificato, un criterio interpretativo valido per orientarsi diventa la distinzione basata sui *ruoli* assunti dai vari attori e sulle specifiche sfere di rischio che essi sono chiamati a governare.

Questo profondo mutamento di prospettiva trova riscontro anche sul piano legislativo, evidenziato da una chiara proliferazione di fattispecie incentrate sul pericolo astratto e sui

cosiddetti reati d'obbligo. Una simile trasformazione investe inevitabilmente anche l'elemento soggettivo del reato: pressato da evidenti necessità di semplificazione probatoria, l'accertamento del dolo rischia di subire una pericolosa standardizzazione e *normativizzazione*. L'elemento psicologico tende a perdere la sua effettiva consistenza di volontà, per appiattirsi su una mera presunzione legata alla qualifica formale ricoperta all'interno dell'ente, sfociando in quello che si è già definito un *dolo di posizione*.¹

Il pericolo insito in questo appiattimento processuale emerge in tutta la sua gravità non appena si riflette sulla diversa natura del rischio penalmente rilevante. Il dibattito sulla valenza del "rischio" si è infatti storicamente concentrato sui reati colposi, lasciando in ombra il suo ruolo nell'illecito intenzionale. Chi sostiene la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento ritiene che esista una base di rischio identica, superata la quale scatterebbe l'illecito, sia esso colposo o doloso.² Questa tesi, tuttavia, finisce per assecondare proprio quella pericolosa confusione tra dolo e colpa, non cogliendone la profonda differenza strutturale. Se nella colpa il rischio dialoga costantemente con le cautele, venendo da esse arginato o tollerato come rischio residuo, nel dolo le regole di prudenza sono del tutto estranee: l'azione, e qui risiede la vera essenza della volontà che non può essere presunta, è scientemente organizzata per aggirarle o renderle inefficaci.³ L'effettiva volontà dell'agente non si limita ad aggiungersi ad una condotta pericolosa, ma ne trasforma radicalmente il volto oggettivo. Non si tratta semplicemente di affermare che il dolo *abbassa* la soglia di tolleranza del rischio, ma di riconoscere che crea un fatto strutturalmente nuovo. La tolleranza dell'ordinamento verso attività aziendali fisiologicamente rischiose si fonda su un patto sociale: si accetta l'eventualità del danno in cambio dell'utilità dell'attività economica, purché si rispettino le regole precauzionali. Quando però un soggetto orienta deliberatamente l'azione verso l'offesa, tale patto viene meno. Questa totale differenza si riflette chiaramente in sede processuale e dimostra l'inaccettabilità del mero *dolo di posizione*. L'accertamento della colpa ruota attorno alla verifica oggettiva di un'inosservanza cautelare; l'accertamento del dolo, viceversa, prescinde dalle cautele e richiede

¹ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, Pisa University Press, 2022, pp. 172 ss.; 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», 2000, p. 482. L'imputazione della condotta omissiva tende ad ancorarsi in via quasi esclusiva alla qualifica formale o al ruolo funzionale rivestito dal soggetto nell'organigramma aziendale. Ne scaturisce una dinamica imputativa estremamente insidiosa, costantemente esposta al rischio di degenerare in una vera e propria responsabilità di posizione, pericolosamente sganciata da un effettivo e personale dominio sul fatto.

² M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè Editore, 1991, pp. 311 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, Giappichelli Editore, 2023, p. 333.

³ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè Editore, 1999, pp. 90 ss.; F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, p. 334.

la prova rigorosa che l'imputato si sia rappresentato e abbia indirizzato (o quantomeno accettato) il processo causale verso la lesione del bene. Mentre la colpa possiede una doppia struttura normativa (non danneggiare e agire con cautela), il dolo si risolve nel divieto assoluto di procurare un'offesa priva di alcun corrispettivo sociale. Parlare di rischio consentito nel dolo si rivela perciò una contraddizione.⁴

La progressiva parcellizzazione dei processi decisionali e operativi rappresenta ormai un tratto distintivo delle odierne realtà organizzative. Tale frammentazione affonda le proprie radici non solo nella naturale complessità strutturale degli enti, ma anche nella proceduralizzazione imposta dalle moderne logiche di *compliance*.⁵ Questa esigenza sistemica di conformità normativa, che si traduce in rigidi protocolli di autoregolamentazione e controllo interno, finisce per alterare in modo radicale i canoni e le metodologie tradizionalmente impiegate per l'accertamento della responsabilità penale del singolo individuo. Gli illeciti maturano quasi sempre all'interno di procedure deliberative estremamente intricate; tali processi decisionali non appartengono mai al dominio esclusivo di un singolo individuo, né possono essere ricondotti all'azione isolata di un gruppo ristretto che operi al di fuori di una preesistente struttura organizzativa. All'interno del tessuto societario, infatti, i flussi decisionali e operativi raramente seguono una traiettoria temporale lineare; essi assumono piuttosto andamenti circolari e reticolari. *L'iter* criminoso smarrisce la propria concentrazione individualistica: non è più possibile riscontrare l'intera sequenza materiale e psicologica in capo a un unico soggetto. Al contrario, la dinamica concorsuale si manifesta in tutta la sua articolazione, dominata da una pluralità di centri decisionali e da un processo di creazione della volontà parcellizzato. Ne deriva uno scenario fattuale altamente scomponibile, in cui le determinazioni, le valutazioni e i successivi vagli di controllo si rincorrono e si sovrappongono in modo concentrico tra i

⁴ F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, pp. 335 ss.

⁵ Come riporta l'Autore in nota (A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 173, nota n. 5), il profilo in esame si interseca inevitabilmente con le concezioni normativistiche della competenza (organizzativa e istituzionale) di matrice jakobsiana. Tali impostazioni, prendendo atto di dinamiche empiriche quali la divisione del lavoro, l'automazione dei processi e la natura professionale del rischio, tendono a fondare l'imputazione penale sul mero disvalore d'azione, facendola scaturire dalla violazione dei doveri disfunzionali rispetto al ruolo ricoperto. In ambito nazionale, un originale tentativo di armonizzare questa prospettiva con i principi costituzionali è stato condotto attraverso la teorica della norma costitutiva di *status*. Lo status viene inteso come quel prisma di posizioni giuridiche (doveri, potestà, facoltà) che definisce il soggetto di diritto e ne delimita la sfera di responsabilità personale. Da tale premessa deriva una scomposizione del giudizio in due fasi: un momento pre-tipico (l'imputazione), incentrato sul rapporto autore-fatto e sulla violazione del dovere quale condizione antecedente l'offesa, e un successivo momento di tipicità, dominato dai canoni di legalità e determinatezza (per approfondimenti, L. CORNACCHIA, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, p. 521 ss.).

molteplici attori coinvolti nella politica d'impresa, restituendo l'immagine di una fenomenologia delittuosa plurifrazionata.⁶

Questo assetto fisiologico genera inevitabili ostacoli sul piano dell'ascrizione delle responsabilità. Orientarsi nel difficile labirinto delle moderne corporazioni per isolare i reali autori delle condotte lesive si rivela un'impresa complessa: l'applicazione dei classici paradigmi penalistici si scontra con l'impossibilità pratica di rintracciare un singolo soggetto che possa fungere da autonomo centro di imputazione dell'illecito. Da questa inconciliabilità tra i modelli d'imputazione canonici e l'effettiva frammentazione dei centri decisionali scaturisce una vera e propria paralisi dell'accertamento penale, fenomeno che gli studiosi hanno sussunto nel concetto di *irresponsabilità organizzata*.⁷ Se ciò non fosse sufficiente, affiora un elemento determinante: la sistematica disgregazione delle mansioni e dei ruoli, tanto sul piano volitivo quanto su quello materiale. Una tale nebulizzazione organizzativa è destinata, per sua stessa natura, a proiettarsi direttamente sul piano dogmatico, imprimendo all'intero schema dell'istituto concorsuale i connotati di una radicale e ineludibile frammentazione.

È innegabile che, laddove si valuti un omesso impedimento in chiave monosoggettiva, l'accertamento non possa prescindere dalla rigida applicazione dell'art. 40, comma 2, c.p.: il soggetto obbligato deve essere investito di una formale posizione di garanzia, dotata di poteri di intervento diretti e immediati.⁸ Tale postulato perde, però, la propria absolutezza nel momento in cui la salvaguardia del bene giuridico richiede la necessaria cooperazione di una pluralità di attori. In questi contesti, il disvalore della singola inerzia muta radicalmente la propria fisionomia: grazie all'effetto espansivo garantito dalle norme sul concorso di persone, la rilevanza penale della condotta si sgancia dalla rigida necessità di possedere poteri impeditivi immediati, dilatando i confini della tipicità. Pretendere questi rigidi requisiti significa ignorare la natura reticolare dell'impresa, comprimendo indebitamente il fenomeno plurisoggettivo all'interno di un riduttivo schema *duale* composto unicamente dal garante e dall'esecutore materiale. Emerge l'urgenza di indagare le specifiche ricadute derivanti da un obbligo di impedimento frazionato su più soggetti, i quali operano in modo interattivo all'interno di una cornice ad alta complessità.⁹

⁶ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, pp. 337 ss.

⁷ G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden Baden, Nomos, 1995 p. 31, si tratta della c.d. *organisierte Unverantwortlichkeit*.

⁸ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 177.

⁹ T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa, Pisa University Press, 2015, p. 23; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 177.

La chiave di volta per sbrogliare l'intricata matassa del concorso omissivo societario risiede nella sua rilettura in chiave di *esecuzione frazionata del reato*.¹⁰ Esiste, infatti, una naturale influenza reciproca tra la fattispecie concorsuale e il paradigma dell'esecuzione frazionata: affinché più omissioni convergano nel medesimo reato, è postulabile un vincolo di strumentalità reciproca, in forza del quale il mancato impedimento di un soggetto si salda a quella di un altro in una logica di indispensabile complementarità. Questo approccio si dimostra uno strumento insostituibile se applicato alla vita dell'impresa. La frammentazione dei poteri e la scomposizione delle fasi decisionali si specchiano perfettamente in questa categoria penalistica: all'interno dell'ente, la suddivisione della condotta tipica costituisce l'ordinaria modalità di inveroamento del concorso di persone.

La nozione di *esecuzione frazionata* descrive quell'assetto concorsuale in cui il compimento della fattispecie tipica non è vincolata al volere di un solo autore, ma risulta dalla somma di apporti esecutivi ripartiti tra più soggetti.¹¹ Tale scomposizione decreta il tramonto dell'antico paradigma dell'accessorietà,¹² incapace di gestire fattispecie prive di una chiara condotta principale. La moderna teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale assurge a griglia concettuale perfetta: svincolandosi dalla rigida dicotomia tra autore principale e mero partecipe, questo schema teorico valorizza la realizzazione collettiva dell'offesa. L'approccio plurisoggettivo possiede una naturale predisposizione ad "assorbire" l'esecuzione frazionata: esso postula che il reato nasca dall'insieme di contributi oggettivi parziali, tenuti insieme dal collante soggettivo del dolo il quale, peraltro, non deve necessariamente risiedere in tutti i frammenti dell'azione materiale.¹³

Per inquadrare le dinamiche interne agli enti, la dottrina suggerisce di valorizzare l'idea del concorso come *realizzazione frazionata* del reato, estendendone il raggio d'azione alle molteplici condotte antecedenti, quali le verifiche periodiche, i flussi informativi e gli *alert* preventivi. Questa chiave di lettura si regge su una solida impalcatura logico-sistematica che muove, in primo luogo, dal nesso di strumentalità: la fisiologica frammentazione dei comportamenti aziendali non ostacola l'imputazione concorsuale dal momento che l'intero

¹⁰ T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato*, p. 169.

¹¹ M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 280 ss.

¹² Questa peculiare dinamica, definita in dottrina come *tipicità parziale*, manda irrimediabilmente in crisi il tradizionale paradigma dell'accessorietà nonché il classico dogma causale in tema di concorso. Nessuno dei due frammenti di condotta, se isolatamente considerato, possiede l'idoneità a integrare gli estremi del delitto complesso. L'errore prospettico del modello dell'accessorietà risiede proprio nel suo difetto di "connettività": ostinandosi a cercare una condotta principale cui agganciare apporti secondari, esso fallisce nel cogliere la dimensione profondamente unitaria dell'illecito, il quale prende vita solo attraverso la fusione dei singoli segmenti d'azione.

¹³ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, pp. 183 ss.

quadro dogmatico si ricompone proprio attraverso lo schema logico dei nessi funzionali che legano i singoli apporti operativi. Sotto questa luce, l'illecito smarrisce la propria connotazione di azione monolitica per assumere le sembianze di un vero e proprio intreccio strumentale, rivelandosi come un intricato mosaico in cui ogni contributo partecipativo risulta intimamente e funzionalmente connesso agli altri.¹⁴ È proprio in questi reticolati aziendali che tale schema dogmatico trova la sua massima applicazione: la scomposizione delle funzioni e la ripartizione dei compiti assumono i connotati di un dato essenziale e sistemico, rendendo la realizzazione frazionata del reato una fisiologica conseguenza dell'assetto organizzativo. Calandosi in questa strutturale frammentazione, per delineare pienamente il paradigma della posizione di garanzia plurisoggettiva e frazionata, occorre muovere da un assunto dogmatico: incrociando l'art. 40, comma 2, c.p. con la clausola generale sul concorso di persone, il concorrere all'omesso impedimento di un evento lesivo si traduce, sul piano dell'imputazione, nel concorrere materialmente alla sua causazione. Questa combinazione consente, infatti, di sanzionare contributi omissivi che, se vagliati attraverso la sola e rigida lente dell'art. 40 cpv. c.p., risulterebbero penalmente irrilevanti. In una simile cornice *frazionata*, svanisce la tradizionale cesura dottrinale tra l'obbligo di impedimento in senso stretto e l'obbligo di mera sorveglianza: la violazione di un dovere di controllo, pur inidoneo, da solo, a fermare il reato acquista immediata tipicità concorsuale qualora si riveli strumentale alla consumazione dell'illecito.¹⁵ L'accertamento della responsabilità omissiva non postulerebbe più la ricerca di un unico garante in cui si concentrino, al contempo, l'obbligo giuridico e il pieno potere di veto. La nuova dimensione tipica si accontenta di una distribuzione asimmetrica: la doverosità dell'azione grava sui singoli, mentre l'effettiva capacità preventiva si materializza soltanto nell'aggregato, emergendo quale frutto della sinergia procedurale aziendale. Questo approccio sistemico,

¹⁴ G. A. DE FRANCESCO, *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 3928 ss.; A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 186. Se si raffigura il reato concorsuale alla stregua di un «ordito strumentale di contributi partecipativi» e di un «articolato e complesso mosaico di contributi strumentalmente collegati e reciprocamente interconnessi» è possibile decodificare gli illeciti maturati all'interno dell'ente.

¹⁵ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, pp. 195 ss., come riporta l'Autore in nota n. 7, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte, l'instaurazione di un contatto sociale in occasione di un consulto radica in capo al medico specialista una pregnante posizione di garanzia. Ne deriva l'obbligo di porre in essere ogni condotta esigibile per salvaguardare la salute del paziente, pur laddove il sanitario non sia nelle condizioni di erogare direttamente la prestazione (in tal senso, Cass. pen., Sez. IV, 18 dicembre 2009, n. 3365). In questa prospettiva, l'istituto della cooperazione colposa finisce per assolvere una funzione di natura eminentemente disciplinare. Una rigorosa declinazione di tale principio si rinviene in una più recente pronuncia (Cass. pen., Sez. IV, 14 febbraio 2022, n. 5117), in cui i Giudici di legittimità hanno qualificato come «agevolatrice» e dunque penalmente rilevante, la condotta del medico specialista il quale, interpellato per un consulto, aveva avallato il ricorso esclusivo a pratiche omeopatiche rifiutando i presidi terapeutici tradizionali; così agendo, l'imputata non solo aveva omesso di impedire l'evento infausto, ma aveva attivamente concorso alla definizione di un iter curativo rivelatosi poi letale.

peraltro, consente di disinnescare la disputa dogmatica sull'intensità dei poteri impeditivi mediati. Non vi è più alcuna necessità di forzare e dilatare la categoria del garante per attrarvi soggetti dotati di mere prerogative indirette o di avvertimento; ciò che rileva per fondare il rimprovero penale è il potere impeditivo valutato nella sua interezza organica, inteso quale risultante logica e causale del concatenarsi di adempimenti, funzioni e interventi che i vari soggetti sono chiamati a dispiegare.¹⁶

La posizione di garanzia plurisoggettiva e frazionata si manifesta in tutta la sua evidenza in quelle fattispecie ove difetti, in capo al singolo agente, la pienezza della *Garantenstellung*. Nessun singolo operatore assomma su di sé i requisiti completi richiesti dall'art. 40, comma 2, c.p.; il combinato disposto tra la clausola di equivalenza e le disposizioni sul concorso legittima la scomposizione della posizione di garanzia, separando nettamente la fonte dell'obbligo giuridico dal materiale possesso dei poteri inibitori. Per comprendere tale dinamica, occorre immaginare un assetto in cui convergono due distinte tipologie di condotte omissive, nessuna delle quali singolarmente autosufficiente. Da un lato, vi sono soggetti gravati da specifici doveri di attivazione quali il controllo o l'informazione e muniti di limitate prerogative di intervento, ma privi del formale obbligo impeditivo; dall'altro, vi sono figure su cui incombe il dovere giuridico di sventare l'illecito, le quali risultano tuttavia sprovviste degli strumenti materiali e diretti per paralizzarlo. Presi singolarmente, nessuno di questi soggetti integra gli estremi dell'omissione impropria monosoggettiva. È solo ricomponendo il mosaico attraverso la lente del concorso che i soggetti obbligati all'impedimento e quelli tenuti alla mera attivazione si fondono nella figura dei *co-omittenti*.¹⁷ In questo schema, la violazione di un dovere strumentale, pur non essendo direttamente idonea a bloccare il reato, assume rilievo penale in quanto concorre causalmente alla complessiva inerzia impeditiva. Ne discende che la disciplina concorsuale esplica una funzione necessariamente incriminatrice: essa permette di sanzionare quella rete di soggetti aziendali che, detenendo solo un frammento dei poteri o degli obblighi richiesti dall'art. 40 cpv. c.p., realizzano collettivamente un omesso impedimento altrimenti impunibile. Affinché l'inerzia di questa rete assuma rilevanza penale, l'accertamento dell'omissione deve transitare per la verifica della sua concreta strumentalità. Ricostruita la mappa dell'organigramma e l'esatta distribuzione delle mansioni, lo snodo cruciale per l'interprete consiste nell'appurare se la violazione del dovere di agire da parte di un singolo soggetto abbia materialmente ostacolato o pregiudicato l'intervento inibitorio degli altri garanti. Nell'impresa, questa valutazione in concreto impone di declinare l'omissione in base al ruolo

¹⁶ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 196.

¹⁷ *Ibi*, p. 198.

effettivamente ricoperto: il deficit di intervento potrà infatti annidarsi, a seconda dei casi o in via cumulativa, nei vertici strategico-direttivi, negli organi deputati al controllo e alla vigilanza, nei flussi di segnalazione e informazione o, ancora, nei nuclei tecnico-esecutivi. Dinanzi a questa fitta trama di obblighi relazionali e contributi, occorre misurare l'impatto della singola trasgressione sull'efficacia del complessivo sistema di prevenzione. Ripercorrendo a ritroso il decorso causale culminato nell'evento lesivo, la ricomposizione della *catena* funzionale diviene lo strumento d'elezione per mappare le responsabilità societarie. Tale approccio sistematico permette di isolare i singoli anelli inattivi, rivelando come l'inosservanza di un precetto si leghi alle mancanze altrui, in un susseguirsi di reciproci condizionamenti che vanifica lo sforzo impeditivo e sfocia nella consumazione del reato.¹⁸

Tale teoria impone di respingere, con fermezza, le attuali semplificazioni giurisprudenziali. Al cospetto della stratificazione organizzativa dei moderni enti, non è ammissibile nascondersi dietro le formule del tradizionale schema causale, ipotizzando meccanicamente che l'intervento del singolo avrebbe scongiurato la lesione. Concentrarsi unicamente sul nesso isolato tra omissione individuale ed evento significa credere in una visione irrealistica e statica del diritto penale d'impresa. La scomposizione delle funzioni esige che gli attori del processo penale si facciano carico di questa frammentazione, calibrando i rispettivi oneri probatori sull'effettiva natura interconnessa del co-impedimento.¹⁹ Il pubblico ministero è chiamato a dimostrare il funzionamento della cooperazione sinergica salvifica, mentre al giudice spetta il compito di accertare, superando la soglia del ragionevole dubbio, in che misura l'inerzia dell'imputato sia stata concretamente strumentale al fallimento della rete preventiva. Questa fisiologica divisione del lavoro probatorio postula una precomprensione delle regole interne, della ripartizione dei ruoli e dei nessi teleologici che legano i gestori del rischio. Un accertamento che prescinda da tale lettura funzionale, ignorando le reciproche influenze tra le informazioni omesse e gli

¹⁸ A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, pp. 200 ss.

¹⁹ F. CONSULICH, *Odv e responsabilità penale: si scrive compliance e si legge complice. Condizioni e limiti dell'imputazione del reato al controllore del modello organizzativo*, in «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 2024, pp. 33 ss. In ambito concorsuale, parte della dottrina auspica il superamento degli obblighi impeditivi individuali in favore di doveri di "co-impedimento" a vocazione collettiva, estendendo la responsabilità per il fallimento preventivo anche a soggetti privi di una formale qualifica di garante ex art. 40, comma 2, c.p. Tale prospettiva, pur mossa dall'intento equitativo di mitigare l'oggettivizzazione della *responsabilità di posizione*, si scontra con insuperabili ostacoli dogmatici. In primo luogo, la rilevanza penale del non facere in capo al non garante difetta di tipicità: per il principio di legalità, il *minus* naturalistico dell'omissione impone il plus normativo di una fattispecie incriminatrice ad hoc o di una precisa posizione di garanzia, non potendo bastare un mero criterio esegetico di strumentalità. In secondo luogo, tale impostazione postula l'adesione alla controversa teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, la quale, in un sistema a tipizzazione causale unitaria del concorso che non differenzia le forme di partecipazione, finisce per rendere del tutto incerti e sfuggenti i confini della responsabilità penale.

interventi paralizzanti, rischia di sfociare in una *responsabilità di posizione*, in aperto contrasto con le garanzie dettate dagli artt. 25 e 27 della Carta Costituzionale.²⁰

5.2 L'iper-responsabilizzazione della persona fisica e il MOG.

L'ingresso della responsabilità d'impresa nel nostro ordinamento ha storicamente decretato il definitivo tramonto del brocardo «*societas delinquere non potest, sed puniri non potest*», rispondendo a un'esigenza di profondo riequilibrio sistematico. Fino all'avvento della riforma del 2001, infatti, occorreva razionalizzare un apparato di istituti penali che, pur indirizzati sulla carta all'imputato-persona fisica, ricadevano materialmente sulle spalle delle persone giuridiche. La presenza di quest'ultima era già innegabile osservando la mole delle pene pecuniarie previste per i reati ambientali, societari e territoriali: le cornici edittali risultavano palesemente parametriche sulla forza economica dell'impresa, e non certo sui patrimoni personali degli apicali o dei dipendenti.²¹ Un'ulteriore spia di questa sotterranea commistione si rinviene nelle dinamiche di accesso a istituti deflattivi quali l'oblazione e il patteggiamento, la cui concessione è storicamente condizionata a massicce opere di bonifica o riparazione dell'offesa, ovvero a sforzi economici che trascendono le capacità del singolo e postulano, inevitabilmente, l'intervento finanziario dell'ente.²²

Il baricentro dogmatico attorno al quale ruota questa epocale transizione, e che funge da criterio principale per l'iscrizione della responsabilità penale (o "para-penale") alle persone giuridiche, è rappresentato dal costrutto della cosiddetta colpevolezza di organizzazione²³. Nel sistema delineato dal legislatore italiano agli artt. 6 e 7 del d.lgs. 231/2001, questo deficit si traduce, sul piano pratico, nell'assenza o nell'inefficacia di modelli organizzativi e gestionali capaci di arginare il pericolo di commissione dei reati-presupposto.²⁴ Eppure, le strategie adottate per imputare l'illecito penale alla *societas*, pur formalmente costituite a salvaguardare il principio

²⁰ Richiedendo un impegno argomentativo di gran lunga superiore a quello offerto dall'anacronistica logica causale, il paradigma dell'impedimento plurisoggettivo e organizzato si afferma, in definitiva, come una soluzione capace di tutelare realmente l'individuo contro espansioni incontrollate della punibilità (A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, p. 206); M. CATINO, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, il Mulino, 2022.

²¹ A. GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in «Diritto penale e processo», 2002, p. 1061; *Relazione al Progetto Grosso*, in www.giustizia.it, par. 7.

²² *Ibidem*.

²³ G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in G. GARUTI (a cura di), *Responsabilità amministrativa degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, p. 71.

²⁴ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale*, Bologna, 2009, pp. 236 ss. L'essenza di tale paradigma imputativo si coglie in un'inerzia strutturale: all'ente viene contestata la mancata predisposizione, attraverso l'operato dei propri organi, delle tutele necessarie a mantenere l'attività d'impresa entro un binario fisiologicamente «non delittuoso».

di personalità sancito dall'art. 27, co. 1, Cost., non esauriscono affatto la loro portata all'interno della mera dimensione corporativa.²⁵ Nel faticoso tentativo di plasmare la colpevolezza dell'ente a immagine e somiglianza di quella umana, il legislatore ha creato un sistema caratterizzato da profonde concordanze tra i due piani ascrivibili.²⁶ Questo allineamento normativo innesca cortocircuiti insidiosi, finendo per interferire con lo status giuridico dell'individuo operante nell'azienda.

Una volta inquadrata la genesi della colpa collettiva, la riflessione deve necessariamente spostarsi sulle sue derive applicative. Guidato dalla sottesa adesione alla teoria dell'immedesimazione organica, il sistema genera un complesso gioco di rifrazioni in cui la responsabilità dell'ente e quella della persona fisica si contaminano a vicenda. Prende così forma quel temuto meccanismo di "riverbero", attraverso il quale la colpa d'organizzazione dell'impresa finisce per traslare sui singoli apicali o controllori, generando una pericolosa e ampiamente denunciata contaminazione dogmatica tra i presupposti della responsabilità collettiva e i canoni rigorosi dell'imputazione penale individuale.²⁷

La logica sottesa a questa deriva è tanto semplice quanto insidiosa: se l'ente è una finzione giuridica che opera per mezzo dei suoi vertici, l'obbligo di neutralizzare il rischio-reato attraverso misure organizzative non finisce forse per gravare penalmente sullo stesso *management*?²⁸ Un simile ragionamento trova terreno fertile in quegli ambiti normativi in cui la legge impone già all'individuo un preciso dovere di organizzazione. Basti pensare agli stringenti obblighi incombenti sul datore di lavoro in materia di sicurezza (un tempo dettati dal d.lgs. 626/1994, oggi confluiti nel d.lgs. 81/2008), consistenti proprio nella mappatura dei rischi e nell'adozione di presidi preventivi. Questa sovrapposizione è divenuta assoluta con l'ingresso dei delitti colposi di evento (omicidio e lesioni sul lavoro) nel perimetro del d.lgs. 231/2001: in tale ambito, l'obbligo organizzativo della persona fisica e quello dell'ente convergono ormai in un unico precetto. Utilizzare come metro di imputazione la colpa d'organizzazione per giudicare le persone fisiche comporterebbe un ribaltamento dogmatico senza precedenti: per radicare la responsabilità di un soggetto operante nell'impresa, non si ricorre più al tradizionale sillogismo penalistico incentrato sulla condotta materiale, «tu hai commesso un certo fatto», ma si fa leva su un'omissione sistemica, traducibile nell'addebito: «tu non hai organizzato una

²⁵ R. BORSARI, *La responsabilità da reato degli enti in cerca d'autore*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 2012, p. 70.

²⁶ A. IANNINI, *L'impresa e la crisi economica: analisi e prospettive alla luce delle proposte di modifica della 231/2001*, in «Resp. amm. soc. enti», 2011, pp. 187 ss.

²⁷ A. GARGANI, *Imputazione di reato agli enti collettivi*, pp. 1065 ss.

²⁸ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 237.

certa attività».²⁹ Ciò significa muovere all'ente un rimprovero per non aver saputo strutturare adeguatamente la propria "vita" antecedente alla consumazione dell'illecito.³⁰ Si tratta di un paradigma che riecheggia la controversa figura della colpevolezza "per la condotta di vita", allontanandosi sideralmente dal principio della colpevolezza per il singolo fatto materiale.³¹ L'imposizione di vincoli organizzativi ridisegna innegabilmente i contorni della responsabilità (anche penale) degli organi societari, arrivando a plasmare e, talvolta, a generare dal nulla inedite posizioni di garanzia. Infatti, «la responsabilità degli enti è stata concepita come una via di fuga dalle strettoie della responsabilità penale individuale, ma rischia di rivelarsi oggi un catalizzatore di nuove posizioni di garanzia per le persone fisiche, come se quelle incastonate a viva forza nelle strutture societarie non fossero ancora sufficienti, né numericamente né tipologicamente, ad assicurare un massiccio intervento sanzionatorio dello Stato in ambito economico».³² Da questa metamorfosi strutturale discende una potenziale, quanto inevitabile, attrazione nell'orbita penalistica di tutti gli attori della prevenzione: chiunque partecipi alla progettazione, all'esecuzione o al monitoraggio delle procedure interne si scoprirebbe, infatti, destinatario di un dovere stringente di neutralizzazione dell'illecito. In quest'ottica, l'impalcatura del d.lgs. 231/2001 opererebbe alla stregua di una vera e propria norma penale "in bianco", delegando direttamente all'ente collettivo la stesura materiale di quelle regole cautelari destinate a riempire di contenuto il precetto e a fondare il rimprovero omissivo individuale. I protocolli aziendali si trasformerebbero così nell'effettiva fonte generatrice dell'obbligo. Incrociandosi con la clausola di equivalenza dell'art. 40 cpv. c.p., che agisce come un vero e proprio "duplicatore automatico" della tipicità, le procedure interne dettate dagli artt. 6 e 7 del Decreto finiscono per tradursi in specifici obblighi individuali volti a sventare l'evento lesivo.³³ Ad avvalorare l'assunto di un Modello organizzativo capace di generare obblighi interviene la stessa Relazione al decreto, la quale incoraggia una progressiva tipizzazione e

²⁹ F. SGUBBI, *La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001: profili penali, civili e amministrativi*, in «Sanità Pubblica e Privata», 2008, p. 11.

³⁰ A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 239.

³¹ Sotto il profilo strutturale, inoltre, la violazione dell'obbligo di adottare i modelli 231 non può essere semplicisticamente equiparata alla trasgressione di una comune norma cautelare (la cosiddetta "misura oggettiva" della colpa). Il precetto che impone all'ente di organizzarsi non ha lo scopo di neutralizzare hic et nunc un singolo e specifico evento lesivo, ma riveste una natura essenzialmente "pianificatoria". In quanto tale, esso funge da architrave per la successiva declinazione di protocolli comportamentali mirati a estirpare o comprimere un determinato rischio-reato: si pone come il logico presupposto di un'autentica regola cautelare, ma non si confonde con essa (P. PATRONO, *Verso la soggettività penale di società ed enti*, in «Riv. trim. pen. ec.», 2002, pp. 191 ss.9).

³² F. CONSULICH, *"Vigilantes puniri possunt"*, p. 425.

³³ F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio*, p. 245.

differenziazione normativa dei programmi preventivi per fronteggiare le diverse forme di criminalità d'impresa.³⁴

Per quanto riguarda l'obbligo di impedimento, si assiste a una singolare metamorfosi giuridica. L'implementazione dei protocolli di *compliance*, pur nascendo come onere difensivo a esclusivo vantaggio della *societas*, degrada rapidamente a vincolo cogente per il *management*. Il rispetto e l'applicazione del Modello prescelto si elevano, di fatto, a obbligo giuridico penalmente sanzionato (ex art. 40, comma 2, c.p.) per tutti gli operatori dotati di poteri direttivi e ispettivi. Gli operatori preposti all'attuazione dei *Compliance Programs* muniti *ex ante* di un portafoglio di risorse adeguate e di autonomi poteri di spesa e d'ispezione si ergono, di fatto, a veri e propri affidatari del bene giuridico minacciato dall'illecito d'impresa. L'oggetto di questa peculiare tutela si rivela peraltro estremamente circoscritto: il potere-dovere di attivazione risulta teleologicamente orientato a inibire un target specifico, ovvero la consumazione di quei reati-presupposto (elencati nella parte speciale del Decreto) perpetrati dai vertici aziendali o dai sottoposti.³⁵ Così strutturata, la rete dei titolari di funzioni di vigilanza si trova nella condizione materiale e giuridica di poter recidere i decorsi eziologici illeciti, arrivando a governare e signoreggiare «l'accadere che sfocia nell'evento lesivo».³⁶ Si perfeziona il nucleo contenutistico e funzionale indefettibile per la genesi di una posizione giuridica di garanzia: la titolarità di un potere impeditivo attuale e concreto. È proprio la fisiologica adozione del Modello Organizzativo, finalizzato in origine a esentare la *societas* da responsabilità, a conferire ai controllori quel necessario nucleo di prerogative di comando, di ingerenza e di interdizione nei confronti dei potenziali trasgressori; prerogative che assumono un'inegabile cogenza giuridica in virtù del riconoscimento operato dallo stesso d.lgs. 231/2001.³⁷

Il Modello Organizzativo assurge a perno dell'intero sistema imputativo: esso codifica non soltanto il fondamento del dovere di attivarsi (*l'an* dell'omissione impropria), ma fissa altresì le precise direttrici operative dell'intervento (il *quomodo* della cautela preventiva). Prende così

³⁴ A. GARGANI, *Imputazione di reato agli enti collettivi*, pp. 1066 ss.

³⁵ F. GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 2006, pp. 599 ss.

³⁶ F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in «Diritto penale e processo», 1999, pp. 623 ss.

³⁷ A. GARGANI, *Imputazione di reato agli enti collettivi*, p. 1067. Spostando l'asse dell'indagine sul delicato terreno della causalità omissiva, si registra un ulteriore fenomeno di potenziale dilatazione di ascrizione del reato. L'omesso impedimento, in questo peculiare sottosistema, non si confronta con il libero dispiegarsi di meri eventi naturalistici, bensì con condotte umane volontarie, ontologicamente contrarie ai precetti penali. Tale specificità impone di ridimensionare i tradizionali timori legati a un'eccessiva rigidità del giudizio controfattuale condizionalistico: doversi misurare con la concreta impedibilità di un comportamento umano criminoso allarga sensibilmente le maglie dell'accertamento eziologico, amplificando a dismisura le potenzialità espansive della responsabilità per omissione in capo al garante aziendale.

forma un'inedita posizione giuridica di garanzia, saldamente ancorata al diritto positivo, che consegna alla giurisprudenza uno sterminato arsenale applicativo. Concependo la fattispecie concorsuale in un'ottica causalmente orientata, laddove l'evento da scongiurare coincide con l'illecito perpetrato dall'autore materiale, non residua alcun ostacolo dogmatico all'applicazione dell'art. 40, comma 2, c.p. dinanzi al mancato impedimento della condotta criminosa altrui.³⁸

In questa prospettiva preventivo-impeditiva, la dimensione naturalistica della condotta cede il passo alla mera collocazione topografica del soggetto all'interno dell'organigramma anticrimine. Attorno alla commissione di un singolo illecito si avviluppa un'inestricabile spirale di responsabilità, imperniata su un sistema incrociato di garanzie "orizzontali" (poste a presidio dell'adempimento dei parigrado) e "verticali" (gravate dall'obbligo di sorvegliare i sottoposti). Si cristallizza, in tal guisa, un paradigma ascrittivo dominato da una fisiologica ipertrofia: ai canonici binari della responsabilità individuale classica e di quella corporativa di matrice 231, si affianca prepotentemente un "terzo livello" di colpevolezza funzionale, radicato sul piano dei *compliance programs* e focalizzato esclusivamente sull'omesso impedimento del reato.

All'interno di questo reticolato, i molteplici garanti sono chiamati a una cooperazione sinergica, ciascuno vincolato a neutralizzare una specifica frazione del rischio. È il programma aziendale stesso a parcellizzare i doveri, separando le responsabilità tra chi progetta l'assetto, chi lo esegue, chi ne monitora la tenuta e chi è preposto a sanzionarne le falle. L'esito pratico di tale frammentazione normativa è dirompente: per un unico reato commesso nell'interesse dell'ente, la responsabilità penale può ricadere sull'intero Consiglio di Amministrazione e sugli Amministratori Delegati. L'imperativo categorico di un'organizzazione efficiente trasla inesorabilmente sui vertici il peso di ogni deficienza sistemica e di ogni omessa mappatura dei fronti di pericolo. I criteri normativi che legittimano l'esonero della *societas* finiscono per saldarsi inestricabilmente con le posizioni di garanzia individuali. L'obbligo personale di sventare il reato diviene, in quest'ottica, il diretto collegamento logico-giuridico della colpa d'organizzazione aziendale. Si assiste, in altri termini, a una fluida e pericolosa continuità teleologica: l'originaria tensione preventiva, pensata per la persona giuridica, muta geneticamente in una stringente tensione impeditiva a carico della persona fisica.³⁹

³⁸ F. PALAZZO, *Concorso mediante omissione in omicidio preterintenzionale: un caso e un problema "delicati"*, in «*Studium iuris*», 2001, p. 1111.

³⁹ A. GARGANI, *Imputazione di reato agli enti collettivi*, p. 1068; I garanti vengono di fatto declassati a meri "terminali umani" del sistema repressivo, costretti a esercitare penetranti funzioni di polizia interna nel nome della compliance e della solidarietà sociale.

Le ricadute processuali di tale assetto si rivelano drammatiche per gli imputati: discolarsi da un addebito omissivo funzionale è un'operazione probatoria impervia, soprattutto se si considera che, per l'accusa, contestare una mancata vigilanza organizzativa risulta proceduralmente e logicamente assai più agevole rispetto all'ardua individuazione del vero esecutore materiale dell'illecito.⁴⁰

La colpevolezza dell'ente rischia così di degradare a mera finzione, fungendo da cavallo di Troia per introdurre insidiosamente inaudite responsabilità di posizione, ancorate alla sola titolarità di un ruolo formale. Ed è in questa frattura che si consuma il paradosso dogmatico: assodato che l'inefficacia *ex post* di un programma preventivo non ne decreta automaticamente l'inidoneità originaria, l'impresa è fortemente tentata di aggirare l'impianto sanzionatorio edificando una rete di garanti di pura facciata. Il singolo intraneo viene così trasformato in un perfetto capro espiatorio su cui "scaricare" il complessivo deficit preventivo, consentendo alla società di monetizzare l'impunità a un costo irrisorio in termini di bilanciamento costi-benefici.⁴¹ Ciononostante, per radicare la colpevolezza di chi è investito di apicali funzioni non sarà mai sufficiente invocare la mera infrazione di un generico dovere di organizzazione. Accedere a una simile equazione significherebbe piegarsi alla criticabile impostazione teorica che esaurisce l'illecito (commissivo od omissivo) nel cattivo governo del proprio *Organisationskreis*, banalizzando la persona a un costrutto approssimativo identificabile unicamente con l'organizzazione della propria sfera di libertà. Un simile cambio ermeneutico finirebbe, oltretutto, per sdoganare l'indiscriminato ingresso di logiche imputative tipicamente extrapenali nell'alveo stringente e garantista del diritto penale propriamente inteso.⁴² Per rifuggire da tali derive, il contenuto della responsabilità omissiva in capo ai membri dell'ente dovrà scaturire unicamente dalla rigorosa combinazione tra il dovere d'ufficio e il simmetrico corredo di poteri di cui l'organo risulti effettivamente titolare; una verifica, questa, praticabile solo attraverso l'attenta analisi delle disposizioni interne che governano la specifica struttura organizzativa aziendale. Tuttavia, affidare la delimitazione di questa responsabilità alla sola esegesi pretoria, in un quadro normativo strutturalmente lacunoso, ha innescato derive patologiche e incontrollabili, ponendosi in aperto e stridente contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale cristallizzato nell'art. 27, comma 1, Cost.

⁴⁰ P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in «Dir. giust.», 2001, 29, pp. 79 ss.

⁴¹ F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in «Riv. trim. dir. pen. ec.», 1998, p. 474.

⁴² K. SEELMANN, *Nichtstun als Straftat Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte*, in «ZStrR», 2007, pp. 267 ss.; A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario*, p. 240.

L'introduzione della responsabilità diretta degli enti,⁴³ avrebbe preteso una preventiva e profonda armonizzazione della Parte Generale del codice penale, palesemente inidonea ad accogliere in modo organico un modello ascrittivo di stampo non personalistico. Aver sovrapposto «il nuovo senza adeguare l'esistente», senza verificare la tenuta del sistema tradizionale, ha significato radicare le contraddizioni dogmatiche e aggravare le storpiature applicative.⁴⁴

Il cortocircuito si manifesta in tutta la sua gravità sul delicatissimo terreno dell'illecito omissivo: in assenza di una rigorosa tipizzazione legislativa delle posizioni di garanzia all'interno delle organizzazioni complesse, ipotizzata dal "Progetto Grosso", il d.lgs. 231/2001 finisce per configurarsi come una sovrastruttura disarmonica, intimamente disfunzionale e irrispettosa dei canoni di proporzionalità e sussidiarietà.⁴⁵

Le istanze di deterrenza, persuasione e prevenzione, sebbene indirizzate sulla carta alla *societas*, finiscono inevitabilmente per deflagrare in un'incontrollata iper-responsabilizzazione della persona fisica.⁴⁶

Giunti all'epilogo di questa indagine, si assiste alla scoperta di un drammatico paradosso dogmatico: il secolare intreccio tra la responsabilità della persona fisica e quella della macro-organizzazione si ripropone oggi in termini diametralmente capovolti. Se nel panorama pre-riforma l'ordinamento colpiva formalmente il singolo per sanzionare, di fatto, la forza economica dell'impresa, l'odierna dimensione del d.lgs. 231/2001, pur rivolgendosi nominalmente all'ente collettivo, finisce per far ricadere tutto il proprio peso patologico sulla libertà e sulla sfera giuridica dell'individuo.⁴⁷

5.3 Considerazioni conclusive. Il concorso omissivo tra legalità, prassi e prospettive di riforma.

L'indagine sin qui condotta ha consentito di ripercorrere la complessa parabola evolutiva dell'illecito omissivo, rivelandone una profonda e inarrestabile metamorfosi. Da

⁴³ F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, pp. 108 ss.

⁴⁴ A. GARGANI, *Imputazione di reato agli enti collettivi*, p. 1069.

⁴⁵ F. PALAZZO, *Nuova legislatura e politica penale*, in «Diritto penale e processo», 2001, pp. 800 ss.

⁴⁶ A. GARGANI, *Imputazione di reato agli enti collettivi*, p. 1069; Parametrando l'imputazione dell'ente su logiche e schemi di matrice squisitamente civilistica, ma armandoli con il rigore formale delle sanzioni penali, il legislatore ha innescato una proliferazione patologica e non governata dei centri di imputazione individuali, destinata a produrre nuovi e inaccettabili squilibri sistemici.

⁴⁷ *Ibidem*.

strumento di un diritto penale originariamente concepito in chiave repressivo-conservativa, la responsabilità per omissione ha subito una formidabile espansione con l'avvento dello Stato solidaristico degli anni Cinquanta, ergendosi a presidio diretto di interessi collettivi. Ha raggiunto la sua massima utilizzazione nell'odierno orizzonte del diritto penale economico: un'era tecnologica in cui l'incalzare del progresso scientifico e industriale ha generato inedite fonti di pericolo. In questo scenario, l'ordinamento ha risposto moltiplicando le fattispecie omissive, innestandole su un tessuto normativo già denso di obblighi di protezione.

Al centro di questa architettura si colloca la figura del garante, soggetto gravato dall'obbligo di tutelare un bene giuridico altrui laddove il titolare si trovi nell'incapacità di proteggerlo autonomamente; un dovere stringente che incombe in via esclusiva su tale figura.

Nel faticoso tentativo di perimetrare questa eccezionale forma di responsabilità, la dottrina contemporanea ha elaborato e consolidato il paradigma della *teoria mista*. Questo approccio, superando le rigidità del passato, esige una rigorosa doppia validazione per accertare l'effettiva sussistenza della posizione di garanzia. Da un lato, viene recepita l'istanza della concezione formale, che postula l'inderogabile necessità di un fondamento giuridico positivo da cui far scaturire l'obbligo impeditivo. Dall'altro, si sussume la fondamentale prospettiva funzionale, la quale ancora l'essenza dell'obbligo alla sua concreta finalità protettiva: al garante non viene assegnato un mero ruolo nominale, ma l'effettiva veste di custode attivo, chiamato a neutralizzare uno specifico rischio precostituito a tutela del bene. In tale cornice di progressiva dilatazione ermeneutica, l'art. 40, comma 2, c.p. diviene fulcro dogmatico per radicare la rilevanza penale dell'omissione all'interno del nucleo concorsuale. Innestandosi sul disposto dell'art. 110 c.p., la clausola di equivalenza opera una crasi sistematica indispensabile per attrarre nella sfera della tipicità condotte che, altrimenti, resterebbero relegate nell'irrelevanza penale. Il collante di questa architettura imputativa diviene il principio dell'efficienza causale: è quest'ultimo a legittimare, seppur subordinatamente al vaglio di presupposti giuridici, la piena fungibilità tra il contributo partecipativo di natura attiva e la mera inerzia del garante. Dinanzi a una prassi che tende a combinare queste disposizioni in modo quasi automatico e indiscriminato, dilatando a dismisura l'area della punibilità, la dottrina maggioritaria avverte l'urgenza di erigere un solido argine sistematico. Per contenere tale deriva, si impone un vaglio ben più rigoroso sui requisiti oggettivi della partecipazione omissiva: l'indagine giudiziale non può arrestarsi a criteri generici, ma deve focalizzarsi sull'accertamento di una vera e propria posizione di garanzia in capo all'agente. Solo laddove vi sia un effettivo e concreto potere giuridico impeditivo sarà possibile configurare il concorso mediante omissione.

Alla luce di queste premesse strutturali, si impone un interrogativo: in quale momento, all'interno delle maglie sempre più complesse delle dinamiche societarie, può dirsi effettivamente costituita una posizione di garanzia? E, ancor più nello specifico, a quali condizioni un generico dovere si converte in un potere davvero impeditivo, munito della forza giuridica e materiale necessaria per inibire la condotta altrui? Le risposte a tali cruciali quesiti mettono a nudo un deficit di legalità e una carenza di tipizzazione che affliggono storicamente il nostro ordinamento in materia di posizioni di garanzia.

Nel tempo, molteplici progetti di riforma del codice penale hanno tentato di arginare questa insostenibile lacunosità normativa. Il “Progetto Pagliaro”,⁴⁸ ad esempio, si proponeva di subordinare l'equivalenza tra omettere e cagionare all'esistenza di un *obbligo giuridico attuale di garanzia*, tracciando una netta distinzione tra i veri e propri doveri di garanzia e i meri doveri di sorveglianza.⁴⁹ Ancora più ambizioso si rivelava il progetto della Commissione Grosso, il quale mirava a formulare nella Parte Generale del codice un catalogo chiuso e formalizzato di posizioni di garanzia, saldamente ancorato alla stretta corrispondenza tra poteri impeditivi e doveri d'ufficio.⁵⁰ Eppure, l'idea di un “numero chiuso” si è scontrata con l'incapacità di un catalogo cristallizzato di mantenersi stabile, attuale e performante dinanzi alle mutevoli, fluide e multiformi esigenze di tutela espresse dalla moderna società.⁵¹ Basti pensare che, come precedentemente osservato, la posizione di garanzia si costituisce in quasi ogni interazione sociale: vincolarla a rigide etichette tipizzate, come la mera “tutela degli incapaci”, ne precluderebbe l'adattabilità ai nuovi scenari tecnologici.

L'esempio paradigmatico è dato dai sistemi di Intelligenza Artificiale ad apprendimento autonomo nel settore dei servizi. Nell'inedito e complesso circuito “uomo-macchina-uomo”, il cui principale dilemma risiede proprio nella ricerca e nell'imputazione della responsabilità in capo all'operatore che risponde per fatto illecito commesso da un sistema operativo fondato sulla autogestione evolutiva delle operazioni. La soluzione potrebbe essere quella di sfruttare

⁴⁸ Si pensi all'art. 114, Capo V intitolato “Dei reati connessi alla costituzione e organizzazione dell'impresa: «Prevedere la contravvenzione di omessa sorveglianza, consistente nel fatto di chi, non adempiendo al proprio obbligo giuridico di sorveglianza, ostacola l'impedimento, da parte del garante, di reati commessi nell'attività di impresa»».

⁴⁹ Art. 11: «Equiparare il non impedire l'evento al cagionarlo solo sotto il presupposto di un obbligo giuridico attuale di garanzia dello interesse tutelato dalla legge. Prevedere che la violazione degli obblighi giuridici di sorveglianza sia punibile solo in quanto espressamente prevista come reato.»

⁵⁰ Si pensi all'art. 16, Capo III intitolato “Responsabilità per omissione”: «Le posizioni di garanzia rilevanti ai fini della responsabilità penale per omissione sono stabilite dalla legge con disposizione espressa.

I doveri inerenti alle posizioni di garanzia sono determinati in conformità alla disciplina speciale delle situazioni considerate.»

⁵¹ A. GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia», 2017, pp. 523 ss.

l'elasticità dell'art. 40, comma 2, c.p.: l'operatore risponde dell'illecito algoritmico per non averne impedito la realizzazione, violando uno specifico obbligo di garanzia assunto verso l'ordinamento, a condizione che sussista la consapevolezza o prevedibilità dell'evento.⁵²

Proprio per queste ragioni potrebbe risultare utile, in ottica di un intervento legislativo, l'intuizione avanzata già negli anni Novanta dal Progetto Pagliaro, ovvero l'idea di codificare una norma generale che fissi gli elementi essenziali della causalità omissiva e che sia in grado di colmare alla radice quel *deficit* di tipicità e di legalità che da sempre affligge la materia dell'omesso impedimento.

Questa disposizione generale dovrebbe farsi carico di individuare e circoscrivere tassativamente le fonti dell'obbligo, tracciando un discrimine netto e inequivocabile tra le vere e proprie posizioni di garanzia, dotate di effettivi e tempestivi poteri impeditivi, e le mere posizioni di sorveglianza. Un simile sforzo definitorio non rappresenterebbe una creazione *ex novo* da parte del legislatore, ma costituirebbe la traduzione in diritto positivo di un'amplissima ed elaborata produzione dottrinale e giurisprudenziale già stratificatasi nel tempo. Una norma riformulata sarebbe in grado di precisare quanto oggi è previsto dalla clausola di equivalenza del codice penale. L'obiettivo è soddisfare le esigenze di legalità senza dover cedere all'elencazione di ogni singola posizione di garanzia, ma imponendo che sia sempre la legge a determinare le condizioni e i caratteri di esistenza. Codificare in un precetto normativo i risultati dogmatici faticosamente consolidati dalla dottrina costituirebbe un primo e indispensabile passo chiarificatore, finalizzato a sottrarre la materia all'incertezza applicativa e alle attuali derive interpretative giurisprudenziali. Tale sforzo di tipizzazione, però, non può concludersi in una sola clausola che disponga i profili e principi generali. Come sostenuto da autorevole dottrina,⁵³ per definire con precisione le posizioni di garanzia, specialmente quelle inserite in contesti complessi, occorre procedere a una formalizzazione per "campi di materia", operando preferibilmente sul terreno della legislazione complementare. Questo approccio deve però essere attuato in modo rigorosamente sistematico: non attraverso acritiche elencazioni, bensì individuando, per ogni specifico settore, la reale sussistenza della posizione di garanzia. Risulta infatti essenziale distinguere, caso per caso, tra chi sia titolare di effettivi poteri impeditivi

⁵² Comunque tale architettura omissiva va peraltro coordinata con lo statuto delle concause (art. 41 c.p.), essenziale per governare sul piano eziologico quel complesso intreccio di condotte concorrenti, sia umane che robotiche, che caratterizza la genesi dell'evento nell'era digitale. (P. TRONCONE, *Il sistema dell'intelligenza artificiale nella trama grammaticale del diritto penale. dalla responsabilità umana alla responsabilità delle macchine pensanti: un inatteso return trip effect*», in «Cassazione Penale», 2022, p. 3304.

⁵³ C. PEDRAZZI. *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p. 17.

dell'evento e chi rivesta invece una mera posizione di sorveglianza, priva di quel dominio sul decorso causale che solo può giustificare la responsabilità per omissione impropria.

Per quanto riguarda i poteri impediti, anche essi necessitano di una definizione; i parametri generali individuati dalla giurisprudenza danno consistenza a questa tipologia di ingerenze. Se la tempestività e l'efficacia possono costituire il profilo di esistenza dei poteri impeditivi immediati, la questione si fa ben più complessa quando si tratta di determinare la reale portata dei poteri impeditivi mediati o indiretti. Il meccanismo con il quale si accerta la portata impeditiva del potere, ovvero l'astratta capacità del suddetto potere di impedire il verificarsi dell'illecito, risulta essere inidoneo per questa specifica categoria. Questo perché all'interno degli organi societari mancano quasi del tutto poteri individuali in grado di paralizzare direttamente le scelte degli amministratori e la complessità fisiologica della macchina aziendale rende oggettivamente arduo codificare in anticipo ogni possibile mossa impeditiva. Il rischio da evitare è che l'attenzione si sposti in modo esclusivo sulla verifica giudiziale *ex post*, finendo per trascurare la necessità di definire regole chiare che guidino il garante *ex ante*. Anche di fronte a meccanismi gestionali complessi, infatti, l'ordinamento offre al controllore una pluralità di strumenti giuridici la cui tempestiva attivazione deve poter essere pretesa e indirizzata ancor prima che l'illecito si consumi. Il rischio di espansione punitiva è evidente nel diritto societario, dove si è instaurato il principio *dell'agire informato*. Tale obbligo, unito al dovere di *diligenza*, struttura un flusso informativo che, pur nascendo dall'iniziativa individuale, è destinato a illuminare l'intero consiglio di amministrazione sui potenziali segnali di pericolo. Non bisogna, però, cadere in un automatismo fuorviante: violare questi obblighi di comunicazione non significa necessariamente rispondere del reato per omesso impedimento. Per configurare una simile responsabilità penale, l'intervento omesso deve essere tale da innescare la reazione di soggetti dotati di reali poteri di blocco. Anche quando l'impedimento è solo mediato, la mossa del garante deve risultare teoricamente decisiva e capace di arrestare l'azione illecita.⁵⁴ La giurisprudenza tende a forzare le maglie del sistema, imputando responsabilità penali anche in assenza di poteri impeditivi effettivi, scavalcando il rapporto di sussidiarietà tra norma civile e sanzione penale. La soluzione a questa aporia non può che passare per una riforma normativa: o attraverso l'introduzione di reati di pura omissione che puniscano l'inerzia a prescindere dall'evento, o mediante un potenziamento strutturale dei poteri di intervento individuale all'interno degli organi collegiali, rendendo l'impedimento un obiettivo realisticamente perseguibile anche, potenzialmente, dal singolo.

⁵⁴ C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in «Criminalia», 2012, pp. 672 ss.

Per quanto attiene agli organi di sorveglianza, il discorso merita una diversa calibratura. Sebbene la dottrina maggioritaria escluda una loro automatica vocazione a garanti ex art. 40, comma 2, c.p., data l'assenza di poteri impeditivi, il loro peso specifico nella vita aziendale non ne esce affatto sminuito. Sono proprio gli organi di sorveglianza ad assumere sempre più un ruolo centrale nell'ambito del funzionamento e della *salute* dell'impresa. L'O.d.v. dispone, infatti, di poteri di intervento che, seppur mediati, sono in grado di sollecitare azioni altrui o di frapporre ostacoli organizzativi tali da ritardare o rendere meno probabile la commissione del reato da parte del controllato. I compiti dell'O.d.v. mantengono una natura squisitamente generale e organizzativa rivolta all'ente nel suo complesso e, difettando di una previsione normativa espressa non ricavabile né dal d.lgs. 231/2001 né dal d.lgs. 81/2008, ai membri dell'Organismo non è imputabile una posizione di garanzia in senso stretto. Ciò non si traduce in un'esenzione da responsabilità penale totale e l'eventuale negligenza dei membri dell'O.d.v., ad esempio nell'interazione istituzionale con i garanti per la sicurezza, può rilevare sotto il profilo del concorso colposo (art. 113 c.p.) per agevolazione dell'illecito.⁵⁵ Questa fattispecie si configura come un presidio punitivo volto a sanzionare l'inosservanza di un peculiare dovere di prudenza, la cui specificità risiede proprio nell'oggetto della cautela: la neutralizzazione di un rischio originato dalla condotta altrui. In questo contesto, il difetto di vigilanza emerge quale tratto distintivo della responsabilità colposa, o dell'agevolazione colposa, concretizzandosi nella violazione di parametri di diligenza rigorosamente formalizzati che definiscono il perimetro dell'agire doveroso. La conformazione di tali vincoli di prudenza è intimamente connessa al ruolo istituzionale rivestito dall'Organismo e al legittimo affidamento che il sistema ripone nella sua funzione: ne consegue che un'errata validazione di procedure intrinsecamente rischiose può generare un pericoloso effetto distorsivo. Da un lato, infatti, tale consenso finisce per consolidare la falsa percezione di agire correttamente in chi, in realtà, sta contravvenendo alle norme; dall'altro, esso induce i lavoratori a una rischiosa auto-esposizione al pericolo, fiduciosi nell'efficacia dei controlli interni, e parallelamente inibisce l'adozione di ulteriori e

⁵⁵ F. CONSULICH, *Odv e responsabilità penale: si scrive compliance e si legge complice. Condizioni e limiti dell'imputazione del reato al controllore del modello organizzativo*, in «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 2024, pp. 28 ss. La condotta dei componenti dell'O.d.v. assume la fisionomia dell'agevolazione commissiva, distinguendosi strutturalmente dalla violazione della regola cautelare posta in essere dall'autore materiale del reato. L'O.d.v. sarà responsabile «se e solo se contribuisca a determinare nell'azienda una situazione di insicurezza da cui si possa asserire sia scaturito l'evento illecito, secondo i codificati passaggi in cui si articola l'accertamento della "causalità della colpa"». In questo schema, l'insufficienza dei controlli agisce come fattore condizionante che priva il Modello Organizzativo della sua efficacia preventiva, ponendosi in termini di causalità rispetto all'evento storico. Ne deriva che, oltre alle ipotesi di colpevole agevolazione colposa, è configurabile un concorso doloso nel reato dell'amministratore laddove l'Organismo di Vigilanza presti una cooperazione attiva, asseverando consapevolmente politiche aziendali contrarie ai protocolli preventivi.

necessarie misure cautelative da parte dei garanti della sicurezza, convinti dell'adeguatezza del sistema già validato.⁵⁶

Piuttosto che forzare il perimetro della responsabilità penale per omissione, l'ordinamento dovrebbe puntare a rafforzare la reale efficacia della loro azione preventiva. È infatti nell'ascolto tempestivo e nella reale valorizzazione dei rilievi sollevati dagli organi di controllo che risiede la chiave per una sana e fisiologica conduzione dell'impresa. Se un controllore inerte costituisce un rischio per l'intera impresa, altrettanto problematica è il disinteressamento del management ai pareri e agli *alert* provenienti dalla sorveglianza.

Proprio sul fronte della prevenzione, la dottrina⁵⁷ ha evidenziato profonde contraddizioni all'interno del d.lgs. n. 231/2001. Suscitano incertezze le facoltà concesse dai commi 4 e 4 bis dell'art. 6, che consentono di attribuire i compiti dell'Organismo di Vigilanza direttamente all'organo dirigente (nelle PMI) o al collegio sindacale (nelle società di capitali). Questa immedesimazione organica finisce per svuotare dall'interno l'imprescindibile requisito di autonomia e indipendenza che dovrebbe caratterizzare l'O.d.v. (ex art. 6, co. 1). Concentrare le funzioni di garanzia in capo ai sindaci, infatti, significa ignorare la realtà del moderno diritto societario: il collegio sindacale si trova spesso in una condizione di reciproca operatività con gli amministratori, essendo chiamato ad affiancarli in numerose valutazioni. Una simile contiguità azzerava quella doverosa distanza critica necessaria per vigilare oggettivamente sulla tenuta del Modello organizzativo. A questa compromissione dell'indipendenza si affianca una seconda e ancor più delicata criticità di natura penalistica. In queste casistiche si profila infatti una peculiare asimmetria tra la natura dell'organo collegiale, sprovvisto in sé di una posizione di garanzia, e quella dei suoi singoli componenti, che invece ne sono titolari. Tale disallineamento rischia di generare, sul piano interpretativo, un pericoloso «effetto di trascinamento», estendendo progressivamente l'obbligo impeditivo del singolo all'intero collegio. La confusione tra l'agire dell'organo e l'agire del suo membro diventa un rischio concreto, specialmente quando quest'ultimo non esplicita a quale titolo stia ponendo in essere la condotta impeditiva; un rischio che, inevitabilmente, cresce in proporzione al numero di garanti presenti nell'organismo. Peraltro, le rigorose pretese giurisprudenziali nei confronti del singolo garante, come il dovere per il sindaco o l'amministratore senza deleghe di non limitarsi al mero dissenso, ma di ostacolare attivamente gli illeciti, finiscono per condizionare l'intero

⁵⁶ F. CONSULICH, *Odv e responsabilità penale: si scrive compliance e si legge complice. Condizioni e limiti dell'imputazione del reato al controllore del modello organizzativo*, pp. 36 ss.

⁵⁷ A. MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettiva di soluzione*, in «Ind. Pen.», 2000, pp. 46 ss.

organo, spingendolo verso continue iniziative di verifica e denuncia. Sotto questo profilo emerge la forte criticità della sovrapposizione tra O.d.v. e Collegio Sindacale la quale, pur lecita, non solo compromette la terzietà del controllo, ma moltiplica le occasioni in cui il singolo soggetto si vede costretto ad attivare il proprio obbligo impeditivo.⁵⁸

Al netto delle incertezze dogmatiche e delle incoerenze legislative che fisiologicamente affliggono il diritto penale societario, vi è un altro elemento che necessita di essere tenuto in considerazione: il fattore umano. Le architetture di *governance* e gli organi di controllo non sono ingranaggi composti da *cyborg* infallibili, ma da uomini. Si tratta di soggetti che possono sbagliare, che talvolta difettano della formazione necessaria per comprendere fino in fondo il carico delle proprie responsabilità e che, troppo spesso, cedono alla tentazione più pericolosa ovvero: la scelta deliberata di restare *ciechi* e non informarsi davvero.

Per comprendere appieno la portata di questa patologia, risulta emblematico volgare lo sguardo a un istituto di matrice anglosassone: la *willful blindness*, la cosiddetta *cecità volontaria*.⁵⁹ Va premesso che, nel nostro ordinamento, l'importazione di tale paradigma si scontra con il rigoroso dettato dell'art. 43 c.p. in tema di dolo. Tuttavia, sul piano prettamente simbolico e sociologico, questo scenario di omessa e deliberata acquisizione di informazioni non si riduce a una banale negligenza organizzativa, ma diventa l'alibi strutturale di chi, pur intuendo la realtà criminale dell'impresa, decide di rimuoverla artificialmente dalla propria sfera cognitiva semplicemente *chiudendo gli occhi*. Sotto il profilo del disvalore socio-criminologico, prima ancora che dogmatico e penale, l'indifferenza attiva verso il bene giuridico si allinea intimamente alla lucida scelta di chi agisce con piena consapevolezza. In quest'ottica, *chiudere gli occhi* di fronte a ciò che si sospetta e si teme di scoprire cessa di essere una semplice omissione, per trasformarsi in una complicità taciuta e deliberata. I confini di questo coefficiente psicologico sono stati affermati dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale esige la rigida compresenza di due condizioni: da un lato, l'imputato deve maturare l'intima convinzione circa l'alta probabilità dell'esistenza del fatto illecito; dall'altro, deve porre in essere azioni deliberate mirate a evitarne l'effettiva conoscenza. Solo questa sinergia separa la

⁵⁸ F. CONSULICH, *Odv e responsabilità penale: si scrive compliance e si legge complice. Condizioni e limiti dell'imputazione del reato al controllore del modello organizzativo*, 2024, p. 30.

⁵⁹ Mentre in Italia il dibattito su tali tematiche si colloca in una fase ancora largamente esplorativa, negli Stati Uniti la *willful blindness* ha già assunto una centralità assoluta, divenendo l'architave probatoria del diritto penale dell'economia. Dinanzi all'obiettivo difficoltà di dimostrare la connivenza dei top manager nei white-collar crimes, i procuratori statunitensi ricorrono sistematicamente a questo istituto. È divenuta prassi consolidata che i tribunali federali forniscano alle giurie specifiche direttive volte a equiparare, senza mezzi termini, la "cecità volontaria" alla piena consapevolezza del crimine, come emblematicamente avvenuto con le istruzioni impartite nel giudizio a carico di Jeffrey Skilling, l'ex CEO travolto dal crac Enron (F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari*, in «Riv. soc.», 2021, pp. 330 ss.).

cecità volontaria dalla *recklessness* (assimilabile alla nostra imprudenza o al dolo eventuale) e dalla *negligence* (la colpa in senso stretto).

Come anticipato, tale “soluzione” si scontra con la nostra concezione di colpevolezza, richiamando alla mente i severi moniti contenuti nell’*opinion* dissenziente espressa dal giudice Kennedy in merito a quella stessa pronuncia. Denunciando i rischi di questa deriva espansiva, Kennedy rilevava con estrema lucidità come la cecità volontaria non coincida affatto con la reale e concreta conoscenza («*is not knowledge*») e come il rigore del dettato normativo penale non possa tollerare estensioni in via analogica.

Nel nostro ordinamento, il mero convincimento soggettivo di un’alta probabilità di violazione non può equivalere all’effettiva rappresentazione dello specifico evento illecito. Atteggiamenti interiori quali il “rifiutarsi deliberatamente di sapere” non risultano sussumibili all’interno della concreta rappresentazione del fatto e della volontaria adesione alla sua realizzazione, requisiti indefettibili per la configurabilità del delitto doloso ex art. 43 c.p. La mera inerzia cognitiva, l’indifferenza attiva o il cinico ricorso all’alibi dell’ignoranza non sono strutturalmente in grado di surrogare il dolo.

Eppure, sebbene il nostro diritto penale non possa punire la cecità volontaria come se fosse dolo per salvaguardare il principio di personalità della responsabilità penale, la suggestione della *willful blindness* costudisce il monito più importante per il futuro del diritto societario: la vera sfida non si vince solo nelle aule di tribunale o riscrivendo le norme sull’omissione, ma all’interno dei consigli di amministrazione e dei collegi sindacali, formando professionisti consapevoli del proprio ruolo, ai quali non sia più concesso il lusso morale di *chiudere gli occhi*. Allo stato attuale, il delicato bilanciamento tra l’esigenza di rafforzare la tutela degli interessi sociali e dei terzi, il quale si traduce in una progressiva espansione delle posizioni di garanzia in ambito societario, e la necessità di preservare il rigore dei principi fondamentali della responsabilità penale che imporrebbe, al contrario, una rigida perimetrazione del concorso omissivo, è rimesso alle Corti. Queste ultime, si mostrano sempre più inclini ad assecondare la prima opzione. Se è innegabile che tale deriva estensiva assecondi le pressanti istanze punitive provenienti da una comunità esasperata da scandali finanziari e dall’intollerabile sensazione di impunità dei *white-collar crimes*⁶⁰, appare altrettanto evidente come l’effettivo rispetto dei

⁶⁰ I. AERTSEN, *Restorative Justice For Victims Of Corporate Violence*, in *Victims and corporations*, G. FORTI, Cedam, 2018, pp. 235 ss.; sotto il profilo strettamente criminologico, il concetto di “crimine dei colletti bianchi” coniato da Sutherland (1940) impone una preliminare distinzione tassonomica. Da un lato, rileva la cd. criminalità occupazionale (*occupational crime*), intesa quale devianza del singolo o di piccoli gruppi in ambito professionale; dall’altro, assume preminenza la criminalità d’impresa (*corporate crime*), espressione di illeciti commessi da società, enti o dai rispettivi dipendenti in stretta aderenza agli obiettivi dell’organizzazione (Clinard, 2007). All’interno di quest’ultima categoria, Friedrichs (2007) traccia un ulteriore confine tra gli illeciti di natura

principi cardine che governano l'imputazione penale rimanga, in questo scenario, un nodo irrisolto e profondamente critico.⁶¹

L'apparente immaterialità del reato economico non deve in alcun modo trarre in inganno. La criminalità societaria agisce non sempre facendo rumore, ma possiede una capacità lesiva profonda e pervasiva, in grado di produrre ricadute sistemiche ben più ampie. Un *deficit* organizzativo, l'omissione di un controllo o l'aggiramento sistematico di una norma cautelare non esauriscono i propri effetti su una singola vittima isolata, ma innescano un inarrestabile effetto domino. L'illecito d'impresa finisce per coinvolgere decine, centinaia, talvolta migliaia di lavoratori e le rispettive famiglie; compromette la tenuta dell'indotto, inquina le logiche concorrenziali, arreca grave pregiudizio all'ambiente e incide pesantemente sul tessuto socio-economico di interi territori. Questo potenziale offensivo raggiunge il suo apice quando le condotte illecite si annidano all'interno di società quotate in borsa. In questi scenari di macro-criminalità, la violazione delle regole non si limita ad alterare le dinamiche del libero mercato, ma si traduce in una profonda lesione del capitale fiduciario e del risparmio diffuso. Società all'apparenza inattaccabili, coperte da reti di *compliance* talvolta puramente cartolari, attirano investimenti reputati sicuri dalla collettività, per poi vanificarli nel volgere di poco tempo. Il pensiero non può che correre al crac Parmalat: un dissesto finanziario generato da anni di opacità, complicità e omissioni ai vertici, che ha disperso i sacrifici di innumerevoli piccoli risparmiatori, mettendo a repentaglio la stabilità di un'intera filiera produttiva. Quella vicenda, ancora impressa nella memoria storica e giudiziaria del nostro Paese, assurge a monito perenne di come una *governance* spregiudicata, unita all'inerzia di chi avrebbe il dovere di impedire l'illecito, possa tradursi in un danno sociale di proporzioni incalcolabili.⁶²

È proprio dinanzi alle profonde lacerazioni lasciate da simili dissesti che la riflessione giuridica ritrova la sua dimensione più essenziale. Non si può, e non si deve, cedere alla tentazione di sottovalutare la gravità di questa peculiare tipologia di reati. La ricerca di un equilibrio dogmatico nell'applicazione dell'art. 40, comma 2, c.p., la ferma critica alle torture applicative del d.lgs. 231/2001 e l'urgenza di circoscrivere le posizioni di garanzia non si riducono a meri

prettamente patrimoniale (abuso di potere, frode e sfruttamento economico in danno di consumatori o creditori) e la ben più allarmante violenza d'impresa (corporate violence). Quest'ultima si configura ogniqualvolta un'organizzazione lecita, mossa da finalità di profitto, ponga in essere, tolleri o ignori deliberatamente condotte non accidentali capaci di mettere a repentaglio l'integrità fisica di lavoratori, consumatori o cittadini (Green e Shou, 2015).

⁶¹ M. PELLISERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in «Giurisprudenza italiana», 2010, p. 978.

⁶² G. FRANZINI, *Il crac della Parmalat. storia del crollo dell'impero del latte*, 2004.

vezzi teorici per giuristi, ma rappresentano un limite necessario contro l'arbitrio e il declino etico dei mercati.

Per arginare tale declino la risposta dell'ordinamento non può limitarsi a un mero inasprimento delle pene. L'efficacia preventiva del diritto penale, infatti, non risiede nella severità astratta della sanzione, ma nella sua certezza. Si tratta di un principio fondamentale, ereditato dalla nostra tradizione illuminista: come insegnava Cesare Beccaria, non è *l'intensità* della pena a fungere da deterrente contro i reati, ma la sua *estensione*, ovvero la certezza della legge e la prontezza con cui la sanzione viene comminata.⁶³

Questa riflessione si rivela oggi particolarmente attuale nel contesto della criminalità d'impresa. Nel complesso ecosistema societario, infatti, non di rado si assiste ad una *noncuranza* del disvalore del fatto: si tende a minimizzare la gravità di determinati comportamenti illeciti, derubricandoli a mere irregolarità o a prassi operative consolidate, arrivando talvolta ad agire senza nemmeno possedere la piena consapevolezza di porre in essere un vero e proprio reato. L'attore economico che valuta di aggirare le regole non è frenato dalla minaccia di sanzioni se queste appaiono lontane, incerte o se sa di poter far ricadere la colpa su un facile capro espiatorio. È dissuasivo, al contrario, dalla consapevolezza di operare in un sistema dotato di regole chiare, in cui le responsabilità di ciascuno sono definite a monte e la risposta sanzionatoria è tempestiva e mirata.

Pretendere una responsabilità reale dall'ente e tipizzare rigorosamente i doveri impeditivi dei singoli garanti significa, in definitiva, restituire al diritto penale la sua essenziale dimensione di certezza. Solo abbandonando le forzature interpretative sarà possibile strutturare un sistema davvero efficace, capace di prevenire gli illeciti all'interno delle organizzazioni complesse senza mai rinunciare ai principi fondamentali di garanzia e di responsabilità personale.

⁶³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Capitolo XIX intitolato "Prontezza della pena", 1974, «Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile.»

Bibliografia

ABBADESSA P., *Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in ABBADESSA P. - PORTALE G.B. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum*, Vol. II, Torino, 2006

ABRIANI N. - GIUNTA F., *L'organismo di vigilanza previsto dal D. lgs n. 231/01. Compiti e funzioni*, «La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 7 (2012), 3, 191

AERTSEN I. - FORTI G., *Restorative Justice For Victims Of Corporate Violence*, in *Victims and corporations*, Padova, Cedam, 2018

AIELLO M., *Il collegio sindacale: struttura e funzioni*, G. COTTINO - G. BONFANTE - CAGNASSO O. - MONTALENTI P. (a cura di), *Il nuovo diritto societario*, Bologna, Zanichelli Editore, 2009, 573

ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, Giuffrè, 1984

ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali, Relazione svolta al Convegno per il XXX anniversario della fondazione della rivista Giurisprudenza Commerciale, svoltosi a Bologna l'8-9 ottobre 2004*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 48 (2005), 2, 235

ALESSANDRI A., *Impresa (Responsabilità penali)*, in AA.VV. *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, Utet, 1992, 193

ALESSANDRI A., SEMINARA S., *Diritto penale commerciale, Vol. I, I principi generali*, Torino, Giappichelli Editore, 2018

ALESSANDRI A., SEMINARA S., *Diritto penale commerciale, Vol. I, I principi generali*, Torino, Giappichelli Editore, 2025

ANTOLISEI F., *Il rapporto di Casualità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1934

ANTOLISEI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, «Rivista Italiana di Diritto Penale», 4(1936), 1, 121

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI edizione, Milano, Giuffrè Editore, 2003

ARENDT H., *La banalità del male*, Milano, Feltrinelli, 2019

ASHWORTH A., *Positive Obligations in Criminal Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013

BARKER R. M., *Corporate Governance, Competitions and Political Parties*, Oxford, Oxford University Press, 2010

BASTIA P., *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in PALAZZO F. (a cura di), AA.VV. *Societas puniri potest - La responsabilità da reato degli enti collettivi (atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 15-16 marzo 2002)*, Padova, Cedam, 2003, 35

BETTIOL G. - PETTOELLO L. - MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, Cedam, 1986

BIRKMAYER K., *Teilnahme am Verbrechen*, in *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, II, Berlin, Otto Liebmann, 1908

BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 40 (1997), 4, 1339

BLAIOTTA R., *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, «Cassazione penale», 40 (2003), 4, 1176

BORSARI R., *La responsabilità da reato degli enti in cerca d'autore*, «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 25 (2012), 1, 69

BOSCH N., *Organisationsverschulden in Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2002

BRUNELLI D., *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, Giappichelli Editore, 2019

BRUNELLI D., *Riflessioni sulla condotta del reato omissivo*, Pisa, IUS - Pisa University Press, 2023

CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, Giuffrè Editore, 1999

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, Tip. Giusti, 1867

CARRIERO M.F., *L'Ingerenz-Theorie alla luce di nuove (e più sofisticate) derive giurisprudenziali*, «Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale», 67 (2023), 3, 957

CATINO M., *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna, il Mulino, 2022

CENTONZE F., *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2009

CENTONZE F., *Il concorso mediante omissione degli amministratori senza delega nei reati posti in essere dagli amministratori delegati*, «Rivista delle Società», 52 (2007), 4, 722

CENTONZE F., *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, «Rivista delle Società», 57 (2012), 2, 317

CENTONZE F., *La nuova disciplina penale della revisione legale dei conti*, «Diritto penale e processo», 4 (2010), 6, 663

CHIARAVIGLIO G., *Causalità omissiva e potere di impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*, «Rivista Dottori Commercialisti», 63 (2012), 1, 185

COCCO G. - AMBROSETTI E. M., *Trattato breve di diritto penale*, Padova, Cedam, 2024

CONSULICH F., *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, Giappichelli Editore, 2023

CONSULICH F., *Le posizioni di garanzia nel diritto penale economico*, «Giurisprudenza commerciale», 51 (2024), 3, 699

CONSULICH F., *Odv e responsabilità penale: si scrive compliance e si legge complice. condizioni e limiti dell'imputazione del reato al controllore del modello organizzativo*, «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 13 (2024), 3, 19

CONSULICH F., *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie*, «Le Società», 14 (2012), 2, 553

CONSULICH F., *Revisione contabile e responsabilità penale tra riforme e controriforme*, «Le Società», 12 (2010), 1, 45

CONSULICH F., *Vigilantes puniri non possunt. I destini dei componenti dell'organismo di vigilanza tra doveri impeditivi e cautele relazionali*, «Rivista trimestrale di diritto penale dell'Economia», 28 (2015), 2, 425

CONTE A. - CORAN L., *Riflessioni in materia di reato omissivo improprio: le posizioni di garanzia "di fatto" alla luce delle più recenti applicazioni giurisprudenziali*, «Giurisprudenza Penale Web», 2022, 12

COPPOLA R., *La posizione di garanzia nel rapporto di ospitalità, il caso Vannini*, «Archivio Penale», 2021, 3

CORNACCHIA L., *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in AA.VV. *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, «Indice Penale», 16 (2013), 247

COSTANTINI A., *Un caso di omicidio volontario per omissione dolosa “intermedia” tra azione colposa ed evento-morte: brevi note su “ingerenza” e dolo successivo*, «Cassazione penale», 62 (2022), 12, 4359

COSTI R. - MESSORI M., *Per lo sviluppo. Un capitalismo senza rendite e con capitale*, Bologna, Il Mulino, 2005

CRAMER P., *in Vorbem. § 25 ff.*, in CHÖNKE A. - SCHROÖDER H., *Strafgesetzbuch: Kommentar*, München, C.H.Beck, 1997

CRESPI A., *La pretesa «posizione di garanzia» del revisore contabile*, «Rivista delle società», 51 (2006), 2, 373

CRESPI A., *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale della società per azioni*, «Rivista italiana di diritto penale», 8 (1957), 3, 541

DE FRANCESCO G. A., *Il concorso di persone nel reato*, in *Introduzione al sistema penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2001

DE FRANCESCO G. A., *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, Giappichelli Editore, 2022

DE SIMONE G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, in GARUTI G. (a cura di), *Responsabilità amministrativa degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, Cedam, 2002, 58

DE TERSSAC G., *Come cambia il lavoro. Efficacia, autonomia, valorizzazione delle competenze*, Milano, Rizzoli, 1993

DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè Editore, 2008

DELL'ANDRO R., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 1956

DELL'OSSO A. M. - ORSI L., *Profili penali dell'attività di revisione legale dei conti*, «Sistema Penale», 9 (2023), 1, 71

F. DENCKER, *Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung*, in W. KÜPER - J. WELP (hrsg.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993

DONINI M., *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 32 (1984), 1, 175

DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè Editore, 1991

EBNER E., *Il reato omissivo improprio, la compartecipazione omissiva e la connivenza non punibile*, «Cassazione Penale», 27 (1997), 7, 2238

FATTA C. - IEMMI L., *La responsabilità del revisore*, in A. PISTOCHINI - G. STAMPANONI BASSI (a cura di), *Le responsabilità penali del professionista*, Vicenza, Wolters Kluwer, 2023

FERRARINI G., GIUDICI P., *I revisori e la teoria dei gatekeepers*, in AA.VV. *Nuove prospettive della tutela del risparmio*, Milano, Giuffrè Editore, 2005

FERRUA F., *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, «Diritto e giustizia», 29 (2001), 1, 79

FEUERBACH P. J. A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Gissen, 1801

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale*, Torino, Zanichelli Editore, 2024

FIANDACA G., *Reati omissivi e responsabilità penale*, «Il Foro Italiano», 106 (1983), 2, 27

IORE C., IORE S., *Diritto Penale*, Milano, UTET, 2023

IORELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, Nardini, 1985

FISCHER T., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 2011

FORTUNATO S., *Fallimento del mercato e revisione contabile*, in ABBADESSA P. - PORTALE G.B. (a cura di), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Torino, UTET, 2007, 395

FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Nebst dem Einführungsgesetze*, Tübingen, Mohr, 1931

FRANZINI G., *Il crac della Parmalat. storia del crollo dell'impero del latte*, Roma, Editori Riuniti, 2004

GALBRAITH J. K., *The Economics of Innocent Fraud. Truth For Our Time*, Boston-New York, Allen Lane, 2004, trad. it., *L'economia della truffa*, Milano, Rizzoli, 2004

GARGANI A., *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, Pisa University Press, 2022

GARGANI A., *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, «Diritto penale e processo», 8 (2002), 9, 1061

GARGANI A., *Lo strano caso dell'azione colposa seguita da omissione dolosa. Uno sguardo critico alla sentenza Vannini*, «disCrimen», 2020

GARGANI A., *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 30 (2017), 2, 508

GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, «L'Indice Penale», 3 (2000), 2, 581

GIUDICI P., *La nuova disciplina della revisione legale*, «Le Società», 12 (2010), 5, 533

GIUNTA F., *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 19 (2006), 3, 597

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, Giuffrè Editore, 1983

GRASSO G., *Orientamenti legislativi in tema di omesso impedimento dell'evento: il nuovo § 13 del codice penale della repubblica federale tedesca*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 21 (1978), 3, 872

GROSSO C. F., *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2020

GROSSO C. F., *Il reato omissivo improprio*, Milano, Giuffrè Editore, 1983

GRUNHUT M., *Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme*, «JW», 2 (1932), 5, 366

HAMILTON R., MACEY J., *Cases and Materials on Corporations*, St. Paul, MN, 2005

HEGLER A., *Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft*, in AA.VV. (hrsg.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, vol. V, Berlin, Walter de Gruyter, 1929, 373

HEINE G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos, 1995

HERBERTZ L., *Die Ingerenz. Eine Garantenpflicht aus Gefährdungsunrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2020

HERZBERG R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlin-New York, De Gruyter, 1972

HOFFMAN K., *Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen*, «ZStW», 118 (2006), 2, 620

IANNINI A., *L'impresa e la crisi economica: analisi e prospettive alla luce delle proposte di modifica della 231/2001*, «Responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 4 (2011), 187

INSOLERA G., *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, «Rivista italiana diritto e procedura penale», 45 (2002), 3, 816

IRRERA M., *Collegio sindacale e assetti adeguati*, Milano, Giuffrè Editore, 2007

JESCHECK H. H. - VINCIGUERRA S. (a cura di), *Il Codice Penale tedesco*, Padova, CEDAM, 2003

KAUFMANN A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gottiga, Schwartz, 1959

KINDHÄUSER U., *Strafgesetzbuch, Lehrund Praxiskommentar*, Baden-Baden, Nomos, Verlagsgesellschaft MbH & Co, 2013

KRUG A.O., *Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen v. 11 Aug. 1855 u. den damit in Verbindung stehenden Gesetzen*, Leipzig, Wolfgang Gerhard, 1855

KRÜGER M., *Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten. Überlegung aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer*, «ZIS», 48 (2011), 1

KÜHL K., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, C.H.Beck, 2014

KÜPPER G., *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, «Goltdammer's Archiv für Strafrecht», 45(1998), 2, 519

LANZI A., *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in AA.VV. *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, Bonomia University Press, 2009, 35

LATAGLIATA A. R., *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, Morano, 1964

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, Giappichelli Editore, 1999

LISZT F. - SCHMIDT E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, De Gruyter, 1927

LUCCHINI L., *Prefazione - La terza serie della Rivista Penale*, in LUCCHINI L. (a cura di), *Rivista penale di dottrina, legislazione e Giurisprudenza*, Vol. XXI, 1/3, Torino, Utet, 1890

LUDERSSEN K., *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Baden-Baden, Nomos, 1967

LUHMANN N., *Organizzazione e decisione*, Milano, Mondadori, 2005

MACE M. L., *Directors: Myth and Reality*, Boston, Harvard University Press, 1971

MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 47 (2004), 3, 984

MANTOVANI F. - FLORA G., *Diritto penale*, Padova, Cedam, 2023

MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 44 (2001), 2, 337

MARCHETTI P., *Le raccomandazioni Consob in materia di controlli societari: un contributo alla riforma*, «Rivista delle società», 42 (1997), 1, 193

MARINUCCI G. - DOLCINI E. - GATTA G.L., *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè Editore, 2012

MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè Editore, 1965

MARINUCCI G. - ROMANO M., *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in AA.VV. *Il diritto penale delle società*, Milano, Giuffrè, 1971

MARTUSCELLI A., *Idoneità dei MOG e ruolo dell'O.d.v.: prevenzione del rischio-reato e impedimento dell'evento-reato*, «Bilancio e Revisione», 10 (2021), 10, 57

MASSARO A., *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, Aracne, 2011

MASSARO A., *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Napoli, Jovene Editore, 2013

MELCHIONDA A., *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettiva di soluzione*, «Indice Penale», 3 (2000), 1, 47

MERENDA I., *Sulla responsabilità penale dell'amministratore senza delega. Alcune considerazioni dopo la riforma del diritto societario*, «Cassazione penale», 51 (2011), 5, 1182

MEZZETTI E., *Diritto penale - Dottrina, casi e materiali*, Bologna, Zanichelli, 2023

MONGILLO V., *La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto "correttivo". Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante*, «Diritto Penale Contemporaneo», 2 (2012), 75

MONTALENTI P., *La società quotata*, Padova, Cedam, 2004

MURMANN U., *Beteiligung durch Unterlassen*, in FAHL C. (hrsg.), AA.VV. *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, München, C.H. Beck, 2015

NAGLER J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, «ZStW», 40 (1938), 3

NAGLER J., *Reichs-Strafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung: Leipziger Kommentar*, Berlino, Gruyter, 1994

NAPOLETANO E., *Omesso impedimento del reato e illecito amministrativo dell'ente: quale responsabilità per l'Organismo di Vigilanza in caso di omesso o insufficiente controllo?*, «Giurisprudenza Penale Web», 2020, 3

NAUCKE W., *Strafrecht. Eine Einführung*, X ed., Neuwied, Luchterhand, 2002

NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale, posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, Bononia University Press, 2009

OTTO H. - BRAMMSEN J., *Die Grundlagen der strafrechtliche Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, «Jura», 1985, 2, 530

OTTO H., *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, «Jura», 2001, 3, 753

OTTO H., *Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung*, «NJW», 28 (1974), 2, 528

PADOVANI T., *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 66 (2003), 46, 395

PADOVANI T., *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, «Cassazione penale», 51 (2011), 4, 1581

PADOVANI T., *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, Giuffrè Editore, 1973

PAGLIARO A., *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, Giuffrè Editore, 1966

PALAZZO F., *Concorso mediante omissione omicidio preterintenzionale: un caso e un problema "delicati"*, «Studium iuris», 2 (1996), 7/8, 1108

PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli Editore, 2008

PALAZZO F., *Nuova legislatura e politica penale*, «Diritto penale e processo», 7 (2000), 799

PALIERO C. E., *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la "Parte Generale" di un Codice Penale dell'Unione Europea*, «Rivista italiana diritto e procedura penale», 43 (2000), 2, 466

PALIERO C. E. - PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 3 (2006), 167

PAONESSA C., *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in AA.VV. *Criminalia – Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, Edizioni ETS, 2012

PEDRAZZI C., *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, «Rivista delle società», 7 (1962), 1, 220

PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, Priulla, 1952

PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2 (1988), 1, 126

PEDRAZZI C., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV. *Studi in onore di Giacomo Delitala*, vol. 3, Milano, Giuffrè Editore, 1984, 1111

PELISSERO M., *Il concorso nel reato proprio*, Milano, Giuffrè Editore, 2004

PELISSERO M., *Il contributo concorsuale tra tipicità del fatto ed esigenze di commisurazione della pena. Paradigmi teorici e modelli normativi*, in E. DOLCINI - C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, vol. II, Teoria della pena, teoria del reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2006, 1625

PELISSERO M., *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, Firenze University Press, 2010, 359

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Milano Giuffrè Editore, 2004

PISANI N., *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, Giuffrè Editore, 2003

PROVERA A., *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli Editore, 2025

- PULITANÒ D., *Diritto penale*, seconda ed., Torino, Giappichelli Editore, 2007
- RENGIER R., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, C.H. BECK, 2019
- RISICATO L., *Combinazione E Interferenza Di Forme Di Manifestazione Del Reato*, Milano, Giuffrè Editore, 2001
- RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 38 (1995), 4, 1267
- RISICATO L., *Tentativo e compartecipazione criminosa nella più recente dottrina di lingua tedesca. Una lettura sistematica dei saggi contenuti nella Festschrift für Claus Roxin*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 45 (2002), 1, 282
- ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del Codice penale*, Vol. I (art. 1-84), Milano, Giuffrè Editore, 1995
- ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I (art. 1-84), Milano, Giuffrè Editore, 1987
- ROMANO M. - GRASSO G., *Commentario Sistematico del Codice Penale*, Vol. II (art. 85-149), Milano, Giuffrè Editore, 2005
- ROMANO M., *Sulla recente normativa penale (e sviluppi nelle proposte dello “Schema Mirone”) in tema di società di revisione contabile*, «Giurisprudenza Commerciale», 27 (2000), 6, 851
- ROXIN C., *Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen*, «Goltdammer’s Archiv für Strafrecht», 156 (2009), 2, 73
- ROXIN C., *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, «ZIS», 7 (2006), 293
- ROXIN C., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Vol. II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H.Beck, 2003

ROXIN C., *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, «Goltdammer's Archiv für Strafrecht», 110 (1963), 193

ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlino, De Gruyter, 2000

RUDOLPHI H. J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Gottinga, 1996

SANTORIELLO C., *Non c'è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all'Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell'azienda*, «Giurisprudenza Penale Web», 2021, 5

SANTORIELLO C., *Qual è la posizione dei componenti dell'O.d.v. rispetto agli infortuni sul lavoro e le malattie professionali?*, «La responsabilità amministrativa delle società e degli enti», 10 (2015), 1, 71

SBRICCOLI M., *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini. 1874-1900*, «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 16 (1987), 105

SCHMIDT E., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlino, De Gruyter, 1927

SCHÖNE W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung "unechter" Unterlassungsdelikte*, Köln-Berlin-Bonn-München, Duncker & Humblot, 1974

SCHUMANN B., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1986

SCHÜNEMANN B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Schwartz, 1971

SEELMANN K., *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin-New York, De Gruyter, 2002

SEELMANN K., *Nichtstun als Straftat Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte*, «ZStW», 111 (2007), 262

SEMERARO P., *Concorso di persone nel reato e commisurazione della pena*, Padova, Cedam, 1986

SEMERARO P., *Il concorso mediante omissione nel reato*, «L'Indice Penale», 11 (2006), 2, 583

SEMINARA S., *Il delitto tentato*, Milano, Giuffrè Editore, 2012

SEMINARA S., *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, Giuffrè Editore, 1987

SGUBBI F., *La responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del d.lgs. 231/2001: profili penali, civili e amministrativi*, «Sanità Pubblica e Privata», 27(2008), 2, 10

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, Cedam, 1975

SIGISMONDI F. L., *La "funzione pratica della giustizia punitiva". Le prolusioni romane di Enrico Ferri*, «HISTORIA ET IUS», 15 (2013), 4

STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 11 (1998), 2, 459

STELLA F., *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, «Rivista italiana di diritto processuale penale», 46 (2003), 1, 55

STELLA F. - PULITANÒ D., *La responsabilità penale dei sindaci di società per azioni*, «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 3 (1990), 2, 553

STRATENWERTH G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Köln, C. Heymann, 2000

STREE W., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Monaco di Baviera, C.H. Beck, 2019

SUMMERER K., *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, Edizione ETS, 2013

TRIFFTERER O., *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Manz, Springer Verlag GmbH, 1983

TRONCONE P., *Il sistema dell'intelligenza artificiale nella trama grammaticale del diritto penale. dalla responsabilità umana alla responsabilità delle macchine pensanti: un inatteso return trip effect*», «Cassazione Penale», 62 (2022), 9, 3287

VASSALLI G., *Riforma del codice penale: se, come e quando*, «Rivista italiana diritto e procedura penale», 45 (2002), 1, 10

VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003

VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 52 (2009), 4, 1679

VIGNALE L., *Ai confini della tipicità: l'identificazione della condotta concorsuale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 26 (1983), 4, 1358

VOGEL J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993

WEIGEND T., *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar StGB*, volume I, Berlin, Gruyter Recht, 2020

WELZEL H., *Das deutsche Strafrecht*, XI ed., Berlin, De Gruyter, 1969

WELZEL H., *Studien zum System des Strafrechts*, «ZStrW.», 58 (1939), 491

WESSELS J. - BEULKE W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, Muller, 2000

WRIGHT R. W., *Causalità, responsabilità e rischio, probabilità, nude statistiche e prova: sfoltire il cespuglio di rovi chiarendo i concetti*, in STELLA F. (a cura di), *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, 70

Giurisprudenza

BGH, sent. del 6 luglio 1990, in «JR», 1992

BGH, sent. del 28 novembre 2017, 3 StR 266/17

BGH, sent. del 01 marzo 2018, 4 StR 399/17

BGH, ord. del 19 aprile 2018, 3 StR 638/17

BGH, ord. del 27 novembre 2018, 5 StR 604/18

BGH, ord. del 28 novembre 2017, 3 StR 266/17

BGH, sent. del 25 ottobre 1994, 4 StR 173/94

BGH, sent. del 17 luglio 2009, 5 StR 394/08

C. Ass. Alessandria - Ud. 8 febbraio 2021 Ud. 8 febbraio 2021

Cass. pen., Sez. IV, 14 giugno 2016, n. 33609

Cass. pen., Sez. IV, 27 novembre 2008, n. 48292

Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761

Cass. pen., Sez. IV, 20 settembre 2011, n. 18798

Cass. pen., Sez. 4, 13 settembre 2013, n. 37738

Cass. pen., Sez. I, 22 ottobre 2013, n. 43273

Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2012, n. 7765

Cass. pen., Sez. I, 6 marzo 2020, n. 9049

Cass. pen., Sez. II, 12 febbraio 2009, n. 20515

Cass. pen., Sez. III, 12 dicembre 2005, n. 2206

Cass. pen., Sez. III, 13 marzo 2014, n. 15109

Cass. pen., Sez. III, 14 novembre 2016, n. 47979

Cass. pen., Sez. III, 17 giugno 2015, n. 33397
Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2006, n. 4331
Cass. pen., sez. III, 22 novembre 2007, n. 47083
Cass. pen., Sez. III, 27 novembre 2013, n. 47110
Cass. pen., Sez. III, 29 settembre 2026, n. 40663
Cass. pen., Sez. III, 4 febbraio 2022, n. 11087
Cass. pen., Sez. III, 6 giugno 2014, n. 23911
Cass. pen., Sez. III, 9 novembre 2013, n. 49327
Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2006, n. 2206
Cass. pen., Sez. IV, 8 gennaio 2021, n. 32899
Cass. pen., Sez. IV, 04 luglio 2022, n. 25327
Cass. pen., Sez. IV, 10 novembre 2017, n. 55005
Cass. pen., Sez. IV, 11 aprile 2012, n. 13547
Cass. pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761
Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre 2020, n. 28316
Cass. pen., Sez. IV, 14 febbraio 2022, n. 5117
Cass. pen., Sez. IV, 16 dicembre 2013, n. 50606
Cass. pen., Sez. IV, 16 maggio 2012, n.18798
Cass. pen., Sez. IV, 17 giugno 2024, n. 35016
Cass. pen., Sez. IV, 18 aprile 2019, n. 39261
Cass. pen., Sez. IV, 18 dicembre 2009, n. 3365
Cass. pen., Sez. IV, 20 novembre 2018, n. 52122
Cass. pen., Sez. IV, 21 dicembre 2018, n. 11708

Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 1988, n. 8217

Cass. pen., Sez. IV, 21 maggio 1988, n. 8217

Cass. pen., Sez. IV, 22 maggio 2007, n. 25527

Cass. pen., Sez. IV, 23 ottobre 2015, n. 2536

Cass. pen., Sez. IV, 25 maggio 2022, n. 21869

Cass. pen., Sez. IV, 26 aprile 2000, n. 7402

Cass. pen., Sez. IV, 26 settembre 2019, n. 42867

Cass. pen., sez. IV, 27 dicembre 2018, n. 58243

Cass. pen., Sez. IV, 6 settembre 2021, n. 32899

Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2007, n. 12800

Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2007, n. 12800

Cass. pen., Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 10704

Cass. pen., Sez. IV, 8 febbraio 2005, n. 12275

Cass. pen., Sez. IV, 9 aprile 2019, n. 24372

Cass. pen., Sez. IV, 9 novembre 2004, n. 3458

Cass. pen., Sez. IV, del 17 ottobre 2017, n. 51448

Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343

Cass. pen., Sez. V, 17 marzo 2021, n. 20867

Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690

Cass. pen., Sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905

Cass. pen., Sez. V, 3 giugno 2005, n. 44279

Cass. pen., Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932

Cass. pen., Sez. V, 4 ottobre 2018, n. 44107

Cass. pen., Sez. V, 8 giugno 2012, n. 42519

Cass. pen., Sez. V, 20 luglio 2011, n. 28932

Cass. pen., Sez. VI, 12 aprile 1995, n. 6990

RINGRAZIAMENTI

Questa tesi rappresenta il traguardo di un lungo percorso di formazione, arricchito da esperienze e incontri fondamentali. Per questo motivo, ci tengo a ringraziare chi ha contribuito concretamente alla sua realizzazione.

Un ringraziamento speciale va all'Avv. Piero Monti. Il periodo di tirocinio presso il suo studio ha rappresentato un momento cruciale del mio percorso accademico: mi ha permesso di vedere la teoria studiata in questi anni finalmente applicata nella sua viva concretezza, ed è proprio in questo contesto che ho individuato l'argomento di questa tesi dopo aver trascorso un pomeriggio su un fascicolo. Ma, al di là dell'aspetto tecnico, lo ringrazio per avermi fatto scoprire l'anima di questa professione, dimostrandomi quotidianamente quanta dedizione e passione siano necessarie per essere un grande professionista.

Vorrei poi ringraziare la Dott.ssa Johanna Rinceanu e il Max Planck Institute di Friburgo per avermi accolta. Aver avuto l'opportunità di strutturare e dare forma a questa tesi proprio lì, immersa tra i suoi corridoi e gli infiniti piani di libri, è stato un privilegio immenso.

Vorrei soprattutto esprimere la mia gratitudine al mio relatore, il Prof. Alessandro Provera, che mi ha fatto conoscere e scoprire questa disciplina tanto complessa quanto interessante. Lo ringrazio per avermi accompagnata anche in quest'ultimo, fondamentale, tratto del mio percorso. Grazie soprattutto per aver reso l'università in un ambiente vivo, stimolante e denso di possibilità. Se ho potuto arricchire così tanto il mio percorso di studi e vivere queste esperienze è stato unicamente grazie alla sua fiducia e alla sua guida.

In ultimo, ma prima di ogni altra cosa, desidero ringraziare la mia famiglia. Siete stati la mia forza; grazie per il supporto, la fiducia e l'immenso amore.